



UOHSX00C0E7D

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0018/2019/VZ-07240/2019/541/PDz

Brno: 12. března 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v řízení o přestupku zahájeném z moci úřední dne 11. 1. 2019, jehož účastníkem je

- obviněný – město Libochovice, IČO 00263931, se sídlem náměstí 5. května 48, 411 17 Libochovice,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona obviněným při uzavření dodatku č. 2 dne 13. 8. 2015 ke smlouvě o dílo č. 032/2015/SoD/prok ze dne 12. 3. 2015 s vybraným uchazečem – METALL QUATRO spol. s r. o., IČO 61538213, se sídlem Vysoká Pec 600, 431 59 Vysoká Pec – na plnění veřejné zakázky „Revitalizace veřejných prostranství v místních částech Poplze a Dubany – Libochovice“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 23. 9. 2014,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – město Libochovice, IČO 00263931, se sídlem náměstí 5. května 48, 411 17 Libochovice – **se dopustil přestupku** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že postupoval v rozporu s § 82 odst. 7 písm. a) citovaného zákona, když dne 13. 8. 2015 uzavřel dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo ze dne 12. 3. 2015 s vybraným uchazečem – METALL QUATRO spol. s r. o., IČO 61538213, se sídlem Vysoká Pec 600, 431 59 Vysoká Pec – v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky

stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) citovaného zákona pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť potřeba stavebních prací realizovaných jako předmět plnění citovaného dodatku č. 2 nevznikla v důsledku okolností, které obviněný jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, když obviněný již v době před uzavřením smlouvy o dílo dne 12. 3. 2015 prokazatelně věděl o potřebě realizace výše uvedených stavebních prací, o čemž svědčí e-mailová zpráva obviněného ze dne 13. 7. 2015 označená jako „Výzva k ocenění dodatečných stavebních prací a dodávek – komunikace U školky I. etapa Poplze“, v níž obviněný uvedl: *„Žádáme Vás o ocenění následujících dodatečných stavebních prací a dodávek (VP a MP), které nebyly obsaženy v původní projektové dokumentaci a ve výkazu výměr v rámci stavby spolufinancované z ROP SZ ‚Revitalizace veřejných prostranství v místních částech Poplze a Dubany – Libochovice‘: Komunikace U školky I. etapa – Poplze. Ve vysoutěženém VV z 10/2014 byly oceněny položky dle zpracované PD a navrženého odvodnění silnice prostřednictvím drenáží. V prosinci 2014 se toto řešení ukázalo jako nevhodné a bylo navrženo odvodnit silnici prostřednictvím dešťové kanalizace. Cenovou nabídku předložte prosím nejpozději do 17. 7. 2015 do 14 hod., kancelář č. 102, pí Šutková.“*, a citovaným dodatkem č. 2 rozšířil předmět původní veřejné zakázky v rozsahu dodatečného plnění dle změnového listu č. 2, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – město Libochovice, IČO 00263931, se sídlem náměstí 5. května 48, 411 17 Libochovice – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 20 000,- Kč (dvacet tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – město Libochovice, IČO 00263931, se sídlem náměstí 5. května 48, 411 17 Libochovice (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) zahájil jakožto veřejný zadavatel podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 24. 9. 2014 odesláním výzvy k podání nabídek ze dne 23. 9. 2014 pěti dodavatelům zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Revitalizace veřejných prostranství v místních částech Poplze a Dubany – Libochovice“ (dále jen „původní veřejná zakázka“).
2. Z článku 2.1 „Předmět plnění veřejné zakázky a technické podmínky“ zadávací dokumentace původní veřejné zakázky vyplývá, že předmětem původní veřejné zakázky je mimo jiné rekonstrukce *„přilehlých komunikací (v rozsahu Poplze, ul. U školky – I. etapa, Dubany přilehlé komunikace I. etapa)“*.

3. Dne 19. 2. 2015 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky na původní veřejnou zakázku, a to nabídky vybraného uchazeče – METALL QUATRO spol. s r. o., IČO 61538213, se sídlem Vysoká Pec 600, 431 59 Vysoká Pec (dále jen „vybraný uchazeč“).
4. Dne 12. 3. 2015 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 032/2015/SoD/prok na předmět plnění původní veřejné zakázky (dále jen „smlouva o dílo“).
5. Dne 3. 8. 2015 zadavatel vydal „Rozhodnutí o přidělení zakázky“ k veřejné zakázce „Dodatečné stavební práce a dodávky č. 2 v rámci stavby ‚Revitalizace veřejných prostranství v místních částech Poplze a Dubany – Libochovice‘, dle smlouvy o dílo ze dne 12. 3. 2015 (dle výzvy jednomu účastníku ze dne 10. 7. 2015)“, v níž uvádí, že rozhodl o přidělení výše specifikované veřejné zakázky vybranému uchazeči s nabídkovou cenou 1 209 273,43 Kč bez DPH.
6. Dne 13. 8. 2015 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem Dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo (dále jen „dodatek č. 2“).

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

7. Na základě kontroly postupu zadavatele, zahájené dne 19. 9. 2018 doručením oznámení o zahájení kontroly č. j. ÚOHS-K0010/2018/VZ-23542/2018/544/RPí ze dne 17. 9. 2018 zadavateli, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) v protokolu o kontrole č. j. ÚOHS-K0010/2018/VZ-30619/2018/544/RPí ze dne 22. 11. 2018 (dále jen „protokol o kontrole“) konstatoval, že zadavatel nepostupoval v souladu s ustanovením § 82 odst. 7 písm. a) zákona, když dne 13. 8. 2015 uzavřením dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo ze dne 12. 3. 2015 s vybraným uchazečem v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 7 zákona pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, rozšířil předmět původní veřejné zakázky v rozsahu dodatečného plnění dle změnového listu č. 2, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo.
8. Proti kontrolnímu zjištění obsaženému v protokolu o kontrole podal zadavatel přípisem ze dne 10. 12. 2018 námitky, které byly Úřadu doručeny téhož dne.
9. Přípisem č. j. ÚOHS-K0010/2018/VZ-00336/2019/544/MDb ze dne 10. 1. 2019 sdělil Úřad zadavateli, že podané námitky budou v souladu s § 14 odst. 3 zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „kontrolní řád“) vyřízeny v tomto správním řízení.
10. Úřad, který je příslušný podle § 112 zákona k výkonu dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, získal na základě kontroly postupu zadavatele vedené pod sp. zn. K0010/2018/VZ taktéž pochybnosti, zda se zadavatel nedopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval v rozporu s § 82 odst. 7 písm. a) zákona, když dne 13. 8. 2015 uzavřel dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo ze dne 12. 3. 2015 s vybraným uchazečem v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 7 zákona pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, neboť potřeba stavebních prací realizovaných jako předmět plnění citovaného dodatku č. 2 nevznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, když zadavatel již v době před uzavřením smlouvy o dílo dne 12. 3. 2015 prokazatelně věděl o potřebě realizace výše uvedených stavebních prací, rozšířil předmět

původní veřejné zakázky v rozsahu dodatečného plnění dle změnového listu č. 2, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a proto zahájil správní řízení o přestupku.

III. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

11. Účastníkem řízení je podle § 116 zákona obviněný.
12. Zahájení správního řízení oznámil Úřad obviněnému přípisem č. j. ÚOHS-S0018/2019/VZ-00276/2019/541/PDz ze dne 10. 1. 2019, přičemž ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Oznámení o zahájení řízení o přestupku bylo obviněnému doručeno dne 11. 1. 2019, přičemž tímto dnem bylo podle § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) v návaznosti na § 113 zákona a § 78 odst. 2 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.
13. Usnesením č. j. ÚOHS-S0018/2019/VZ-00916/2019/541/PDz ze dne 10. 1. 2019 stanovil Úřad obviněnému lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byl oprávněn vyjádřit své stanovisko v řízení.

Vyjádření obviněného ze dne 20. 1. 2019

14. Dne 21. 1. 2019 obdržel Úřad vyjádření obviněného ze dne 20. 1. 2019, v němž obviněný uvedl, že skutečnosti uváděné Úřadem v protokole o kontrole považuje za nesprávné a Úřadem použitou právní argumentaci za nepřipadnou a nepřiléhající na posuzovaný případ. Obviněný rekapituluje, že dne 24. 9. 2014 zahájil zadávací řízení na původní veřejnou zakázku a dne 25. 9. 2014 předložil Úřadu regionální rady soudržnosti Severozápad (dále jen „poskytovatel dotace“) žádost o dotaci na základě jeho výzvy ze dne 25. 8. 2014, kdy jednou z podmínek této výzvy bylo zahájení zadávacího řízení před registrací projektu. Obviněný dále zdůrazňuje, že předmětem plnění původní veřejné zakázky byla mimo jiné „c) Rekonstrukce přilehlé komunikace – Poplze, ul. U školky – I. etapa (odvodnění komunikace prostřednictvím drenáže a vsakovacích jímek)“, přičemž přílohou č. 3 zadávací dokumentace byla rovněž projektová dokumentace zpracovaná externím subjektem – autorizovaným projektantem. Odvodnění komunikace v ul. U školky – I. etapa, Poplze bylo dle obviněného řešeno do navržených drénů a do vsakovací jímky. Součástí zmíněné projektové dokumentace byl dle obviněného rovněž hydrogeologický posudek ze dne 9. 6. 2014 vypracovaný autorizovaným hydrogeologem, který potvrzoval správnost a proveditelnost stanoveného způsobu řešení odvodnění uvedené pozemní komunikace.
15. V době podání žádosti o dotaci na části projektu obviněný dle svého tvrzení nedisponoval pravomocným stavebním povolením na části projektu „c) Rekonstrukce přilehlé komunikace - Poplze, ul. U školky – I. etapa“ a „f) Rekonstrukce přilehlé komunikace - Dubany - I. Etapa“. Dané stavební řízení k povolení stavby bylo dle obviněného zahájeno dne 15. 9. 2014, přičemž na podkladě projektové dokumentace bylo vydáno stavebním úřadem stavební povolení č. j. ODSH – 3345/2014 ze dne 21. 10. 2014, jímž bylo obviněnému uděleno povolení k rekonstrukci všech dotčených pozemních komunikací, jejichž rekonstrukce byla předmětem původní veřejné zakázky. Stavební povolení bylo dle obviněného vydáno po zohlednění veškerých připomínek a námitek dotčených orgánů, účastníků řízení a dalších

osob, přičemž stavební úřad stejně jako obviněný bez jakýchkoliv pochybností předpokládal, že projektovou dokumentací navržený způsob odvodnění pozemní komunikace v ulici U Školky je zcela správný.

16. Obviněný dále uvádí, že dne 6. 11. 2014 podala jedna z účastnic daného stavebního řízení odvolání proti rozhodnutí o vydání stavebního povolení s nesouhlasem s navrženým odvodněním s námitkou, že tento způsob odvodnění, tedy prostřednictvím drenáží a vsakovacích jímek, bude způsobovat nové škody na majetku, které půjdou k tíži stavebníka a vlastníka komunikace, tedy obviněného. Výše zmíněné skutečnosti byly pro obviněného zcela nové a nepředvídané. Obviněný tedy dle svého tvrzení započal se zjišťováním a ověřováním uvedených skutečností a současně svolal dne 4. 12. 2014 jednání s poskytovatelem dotace a žádal o stažení projektu z další fáze hodnocení z důvodu neobdržení pravomocného stavebního povolení. Ze strany poskytovatele dotace bylo obviněnému dle jeho tvrzení doporučeno pokračovat v procesu získání stavebního povolení a nestahovat projekt, neboť vyhlášená závěrečná výzva je poslední možností, jak v případě zadavatele získat dotační prostředky na spolufinancování zlepšení kvality fyzické infrastruktury města a dále, pokud by se potvrdila důvodnost uplatněných výše uvedených námitek a v případě přidělení dotace, přikročit k přepracování projektové dokumentace s vhodným novým řešením odvodnění komunikace, které nebude způsobovat škody na majetku obyvatel a které by šly k tíži stavebníka a vlastníka komunikace, tedy obviněného.
17. V době uplatnění námitek a připomínek stran navrženého způsobu odvodnění pozemní komunikace odvolatelkou v rámci jejího odvolání ve stavebním řízení byl obviněný dle svého tvrzení nucen vycházet ze zpracované projektové dokumentace a považovat navržený způsob odvodnění jako správný, když sám obviněný nedisponoval odborným aparátem, který by mohl po odborné stránce posoudit správnost a úplnost navrženého způsobu odvodnění. V době před podáním výše uvedeného odvolání neměl zadavatel dle svého názoru důvod pochybovat o správnosti a vhodnosti projektové dokumentace a jí navrženého způsobu odvodnění, a to proto, že projektová dokumentace byla zpracována autorizovanou osobou a ověřena příslušným stavebním úřadem, který na základě ní vydal stavební povolení. Teprve až po řadě zdlouhavých jednání, porad a konzultací s řadou odborníků mohl zadavatel dle svého názoru v průběhu ledna 2015 učinit závěr, že námitky odvolatelky měly reálný základ a byly důvodné, a že tedy v části týkající se způsobu odvodnění pozemní komunikace bude třeba projektovou dokumentaci přepracovat, a to z původně navrženého systému odvodnění prostřednictvím drenáží a vsakovací jímký na nový způsob odvodnění prostřednictvím dešťové kanalizace formou retenční nádrže s čerpadly. Obviněný dodává, že předmětné stavební povolení nabylo právní moci dne 18. 12. 2014 v důsledku zpětvzetí odvolání účastnicího řízení.
18. Obviněný dále uvádí, že ve dnech 22. – 23. 1. 2015 proběhla osobní konzultace mezi ním a pracovníci oddělení veřejných zakázek poskytovatele dotace ohledně dalšího postupu, kdy tato pracovnice požádala o vyjádření projektanta ve vztahu k rozsahu změn v případě nově navrženého způsobu odvodnění prostřednictvím dešťové kanalizace oproti původnímu řešení. Dne 23. 1. 2015 uvedená pracovnice dle obviněného posoudila rozsah změn v projektové dokumentaci a dle jejího vyjádření a doporučení jedinou možností obviněného na předmětné méněpráce a vícepráce bylo uzavřít dodatek ke smlouvě o dílo prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona, neboť se

jedná o okolnosti, které zadavatel jednající s náležitou péčí v době zahájení zadávacího řízení nemohl předvídat, přičemž pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 zákona nenastaly zákonné důvody a zadavatel by se tak vystavil případnému postihu ze strany Úřadu, a dále zrušením zadávacího řízení by zadavatel porušil novou a nejzásadnější podmínku vyhlášené závěrečné výzvy poskytovatele dotace. Vzhledem k tomu obviněný usuzuje, že mu vzniklo legitimní očekávání, že jeho postup v rámci zadávacího řízení je zcela správný a v souladu s právními předpisy. Obviněný současně konstatuje, že dokončená část projektu je plně funkční, o čemž svědčí děkonné reakce občanů.

19. Tvrzení Úřadu, že obviněný věděl ještě před uzavřením smlouvy o dílo na původní veřejnou zakázku o nutnosti změnit původně navrhovanou metodu odvodnění, protože se v daném případě nemohlo jednat o nepředvídatelnou okolnost, která způsobila vznik potřeby dodatečných stavebních prací, považuje obviněný za zcela nesprávné a nemající oporu v právní úpravě a není ani náležitě odůvodněno. Obviněný se domnívá, že toto tvrzení Úřadu vyplývá z nesprávné interpretace a výkladu ustanovení § 23 odst. 7 písmeno a) zákona, když Úřad nesprávně posoudil hledisko času vzhledem k požadavku zákona, neboť ze zákona v tomto směru nevyplývá žádné časové omezení jako je tomu např. v případě § 23 odst. 5 písmeno b) zákona (který se uplatní až po uzavření smlouvy s dodavatelem) a obviněnému tak není zřejmé, z čeho Úřad dovozuje, že se v daném případě nejednalo o nepředvídatelnou okolnost jenom proto, že tuto okolnost zjistil obviněný před uzavřením samotné smlouvy o dílo. Obviněný připouští, že již v prosinci roku 2014 měl důvodné pochybnosti o možnosti použít při realizaci původní veřejné zakázky původně navrhovanou metodu odvodnění prostřednictvím drenáží a vsakovacích jámek, a že již v této době činil celou řadu kroků k ověření skutečnosti, zda lze původně navržený způsob odvodnění provést a jaké jsou jiné možnosti řešení odvodnění. Předmětné pochybnosti však dle obviněného vyvstaly až poté, co se seznámil s námitkami odvolatelky proti předmětnému stavebnímu povolení a poté, co tyto námitky konzultoval předběžně s odborníky na danou problematiku. Obviněný je přesvědčen o tom, že za situace, kdy zadávací řízení na zadání původní veřejné zakázky bylo v takové fázi, kdy zadávací podmínky již nebylo možno měnit a kdy zadávací řízení bylo již v konečné fázi hodnocení nabídek a před uzavřením smlouvy s vybraným uchazečem, a současně, kdy až v této době vyšla najevo nepředvídatelná okolnost a současně nebylo možno z žádného důvodu zrušit zadávací řízení, bylo zcela namístě postupovat dle ustanovení § 23 odst. 7 písmeno a) zákona.
20. Dle aktuální judikatury považuje obviněný taktéž za nutné, s odkazem na právní předpisy upravující hospodaření zadavatelů, zadávací řízení posoudit z hlediska principů 3 E, a právě s ohledem na tyto principy se mu jako neúčelné a nevhodné jeví řešení, aby jednacím řízením bez uveřejnění na vícepráce šlo využít pouze po uzavření smlouvy na původní veřejnou zakázku s vybraným uchazečem, když podmínky uvedené v dotčeném ustanovení mohou být splněny i před uzavřením smlouvy a zrušení původní veřejné zakázky kvůli vícepracím by znamenalo zbytečné zdržení, obstrukce, možné problémy v novém zadávacím řízení a v konečném důsledku i možná pro zadavatele nevýhodnou nabídkovou cenu. Ve vztahu k otázce zvážení aplikace principů 3 E v zadávacím řízení při možném použití jednacím řízením bez uveřejnění obviněný rovněž odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012 – 64 ze dne 11. 1. 2013. S ohledem na výše uvedené obviněný dovozuje, že zákon výslovně nezakazuje použití jednacím řízením bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona při zadávání víceprací, pokud zadavatel potřebu těchto víceprací zjistil v mezidobí po

uplynutí lhůty pro podání nabídek (kdy zadávací podmínky jsou nezměnitelné) a před uzavřením smlouvy (kdy zadávací řízení lze ještě zrušit). Na základě výše uvedeného a i s ohledem na judikaturou doporučené aplikování principů 3 E se obviněný domnívá, že v jeho situaci bylo možné nejprve dokončení původního zadávacího řízení a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, a následně na základě jednacím řízení bez uveřejnění uzavřít dodatek k původní smlouvě na vícepráce. Obviněný se současně domnívá, že nepředvídatelné okolnosti ve smyslu § 23 odst. 7 písm. a) zákona se jednoznačně vztahují k době, kdy je ještě možné změnit zadávací podmínky, přičemž okolnosti, o nichž se dozví až v době, kdy již zadávací podmínky nelze měnit, a které obviněný nemohl do doby, než se o nich dozvěděl, předvídat, je třeba považovat za okolnosti, které obviněný jednající s náležitou péčí nemohl předvídat.

21. Obviněný dále konstatuje, že při posuzování jeho konkrétního případu by nemělo být postupováno čistě formalisticky, přičemž je třeba si uvědomit, že zadávání veřejných zakázek je pro zadavatele vždy velmi náročným a zdoluhavým procesem a zadavatel se vždy snaží dostat všem svým zákonným povinnostem. Současně je však dle jeho názoru třeba mít na paměti, že ustanovení zákona nebyla vždy jasná, přesná a jednoznačná, proto také často docházelo k novelizacím a vše nakonec vyvrcholilo ukončením účinnosti zákona a přijetím zcela nového zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“).
22. V souvislosti s přijetím ZZVZ obviněný uvádí, že podle nové právní úpravy by předmětné plnění nezadával v jednacím řízení bez uveřejnění, nýbrž by využil možnost změnit uzavřenou smlouvu prostřednictvím změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 odst. 4 ZZVZ.
23. S ohledem na vše shora uvedené je obviněný přesvědčen o tom, že zjištění Úřadu je nesprávné a žádá, aby Úřad svoje stanovisko přehodnotil a aby zahájené řízení ukončil s konstatováním, že v daném případě na straně obviněného nedošlo k porušení § 82 odst. 7 písm. a) zákona a ke spáchání přestupku dle § 120 odst. 1 písmena a) zákona.

Další průběh správního řízení

24. Usnesením č. j. ÚOHS-S0018/2019/VZ-02323/2019/541/PDz ze dne 24. 1. 2019 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které byl oprávněn vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí. Obviněný se ve stanovené lhůtě ani později k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

25. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o šetřené veřejné zakázce, vyjádření obviněného a na základě vlastního šetření konstatuje, že se obviněný dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval v rozporu s § 82 odst. 7 písm. a) zákona, když dne 13. 8. 2015 uzavřel dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo ze dne 12. 3. 2015 s vybraným uchazečem v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) zákona pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, neboť potřeba stavebních prací realizovaných jako předmět plnění citovaného dodatku č. 2 nevznikla v důsledku okolností, které obviněný jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, když obviněný již v době před uzavřením smlouvy o dílo

dne 12. 3. 2015 prokazatelně věděl o potřebě realizace výše uvedených stavebních prací, o čemž svědčí e-mailová zpráva obviněného ze dne 13. 7. 2015 označená jako „Výzva k ocenění dodatečných stavebních prací a dodávek – komunikace U školky I. etapa Poplze“, v níž zadavatel uvedl: „*Žádáme Vás o ocenění následujících dodatečných stavebních prací a dodávek (VP a MP), které nebyly obsaženy v původní projektové dokumentaci a ve výkazu výměr v rámci stavby spolufinancované z ROP SZ ‚Revitalizace veřejných prostranství v místních částech Poplze a Dubany – Libochovice‘: Komunikace U školky I. etapa – Poplze. Ve vysoutěženém VV z 10/2014 byly oceněny položky dle zpracované PD a navrženého odvodnění silnice prostřednictvím drenáží. V prosinci 2014 se toto řešení ukázalo jako nevhodné a bylo navrženo odvodnit silnici prostřednictvím dešťové kanalizace. Cenovou nabídku předložte prosím nejpozději do 17. 7. 2015 do 14 hod., kancelář č. 102, pí Šutková.*“, a citovaným dodatkem č. 2 rozšířil předmět původní veřejné zakázky v rozsahu dodatečného plnění dle změnového listu č. 2, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky.

26. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

27. Podle ustanovení § 112 odst. 1 zákona o přestupcích se na přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, ode dne nabytí účinnosti zákona o přestupcích hledí jako na přestupky podle zákona o přestupcích.

28. Vzhledem ke skutečnosti, že zákon o přestupcích nabyl účinnosti dne 1. 7. 2017, je tedy s ohledem na § 112 odst. 1 zákona o přestupcích třeba na dosavadní správní delikty, tedy na správní delikty upravené zákonem, hledět jako na přestupky podle zákona o přestupcích. Z uvedeného důvodu Úřad dospěl k závěru, že obviněný spáchal podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona přestupek (pro úplnost Úřad uvádí, že v tomto ohledu došlo pouze ke změně odborného názvosloví, kdy pojem „správní delikt“ byl nahrazen pojmem „přestupek“, pozn. Úřadu). Tatáž argumentace se pak vztahuje i vzhledem k pojmu „obviněný“, kdy podle § 69 zákona o přestupcích se podezřelý z přestupku stává obviněným, jakmile vůči němu správní orgán učiní první úkon v řízení.

29. Podle § 23 odst. 5 písm. b) zákona může být veřejná zakázka na dodávky zadána v jednacím řízení bez uveřejnění, jestliže jde o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž již byla uzavřena smlouva, které jsou určeny jako částečná náhrada původní dodávky nebo jako rozšíření stávajícího rozsahu dodávky, a to za předpokladu, že by změna dodavatele nutila zadavatele pořizovat zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě; celková doba trvání původní smlouvy, včetně doby trvání smlouvy na dodatečné dodávky podle tohoto ustanovení, nesmí v případě veřejného zadavatele přesáhnout dobu 3 let, pokud to není odůvodněno zvláštními okolnostmi, a v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti dobu 5 let, kromě výjimečných okolností určených s ohledem na očekávanou provozní životnost dodávek a technické obtíže, které by mohly být změnou dodavatele způsobeny.

30. Podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona může zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby rovněž v případě,

jestliže jde o dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, a tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za předpokladu, že

1. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli,
 2. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a
 3. v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 30 % ceny původní veřejné zakázky.
31. Podle § 82 odst. 7 zákona zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by
- a) rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona a § 23 odst. 7 zákona,
 - b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů,
 - c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo
 - d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.
32. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí přestupku (správního deliktu dle dřívější terminologie) tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

Obecně k problematice podstatných změn smlouvy

33. Úřad nejprve v obecné rovině konstatuje, že zákon o veřejných zakázkách je pramenem veřejného práva, jehož hlavní cíl tkví v zabezpečení co možná nejvíce efektivního vynakládání veřejných prostředků při zabezpečování potřeb veřejného charakteru. Vzhledem k tomu, že při zadávání veřejných zakázek dochází k vynakládání veřejných prostředků, konstruuje zákonodárce záměrně zadávací řízení jako vysoce formalizovaný proces. Zadavatel je tak povinen v celém průběhu zadávacího řízení postupovat striktně podle požadavků zákona tak, aby byly splněny základní zásady zadávacího řízení, vyjádřené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona. Popsané skutečnosti lze chápat i tak, že zákon, na rozdíl od soukromoprávních předpisů (typicky na rozdíl od zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů) upravujících kontraktní procesy, neumožňuje subjektům participujícím na zadávacím řízení takovou míru smluvní volnosti, jako je tomu u výše zmíněného pramene soukromého práva.

34. Zásadní dokument celého zadávacího řízení představuje zadávací dokumentace, na jejímž základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, a proto zákon ukládá zadavateli povinnost vymezit prostřednictvím zadávací dokumentace veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli řádně zpracovat své nabídky. Zadávací dokumentace je tedy pro zpracování nabídek rozhodujícím podkladem, v němž zadavatel specifikuje předmět veřejné zakázky co do požadovaného druhu a množství a stanovuje v něm podmínky a požadavky na realizaci veřejné zakázky. Vzhledem k právě řečenému tudíž zadávací dokumentace musí obsahovat požadavky zadavatele a technické podmínky v takovém rozsahu, aby byla nejen úplná a správná, ale současně, aby byla jasná, srozumitelná, určitá a dostatečně podrobná tak, aby si kterýkoliv potenciální dodavatel po přečtení zadávací dokumentace mohl učinit představu, co je předmětem veřejné zakázky a zda se daného zadávacího řízení zúčastní. Význam kvality zpracování zadávací dokumentace ze strany zadavatele lze spatřovat rovněž v tom, že na jejím základě budou dodavatelé schopni podat vzájemně porovnatelné nabídky, které umožní zadavateli jejich hodnocení podle předem stanovených kritérií.
35. Taktéž Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 9 Afs 30/2010-182 ze dne 16. 11. 2010 zdůraznil, že *„zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za jeho zpracování je plně odpovědný zadavatel a je povinen ho zpracovat dostatečně kvalitně a s patřičnou odborností tak, aby na jeho základě bylo možno podat odpovídající a především vzájemně porovnatelné nabídky.“*
36. V této souvislosti považuje Úřad za nutné v návaznosti na výše citované rozhodnutí Nejvyššího správního soudu zdůraznit, že zadavatelem v zadávacích podmínkách stanovené požadavky jsou závazné i pro samotného zadavatele, který je povinen je respektovat a změnit je pouze v důsledku okolností či skutečností majících objektivní příčinu, nikoliv toliko z libovůle zadavatele.
37. Z výše citovaného ustanovení zákona a důvodové zprávy k zákonu pak vyplývá, že jsou zakázány obsahové změny smlouvy, respektive jsou přípustné pouze takové změny smlouvy (formální úpravy), které nemají charakter tzv. podstatných změn. V této souvislosti je zapotřebí rozlišit dva případy podstatné změny smluvních podmínek. Prvním případem je změna těch náležitostí smlouvy, které byly předmětem hodnotících kritérií v zadávacím řízení, event. podmínek účasti dodavatelů, pokud by tyto změny mohly ovlivnit průběh zadávacího řízení. V druhém případě je nutné za podstatné změny považovat i takové změny obsažené v původním zadání, které by mohly ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku. Uvedené platí tehdy, jestliže by v případě existence podmínek v již původním zadání nebylo možné vyloučit, že by se předchozího zadávacího řízení zúčastnilo více uchazečů. Úřad tudíž předesílá, že přípustnost úprav smlouvy je nezbytné vždy zkoumat případ od případu.
38. V souvislosti s otázkou možnosti změn smlouvy Úřad odkazuje taktéž na rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SD EU“) ve věci C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 (Presstext Nachrichtenagentur GmbH). V citovaném rozsudku se SD EU podrobně zabýval změnou obsahu smlouvy uzavřené na základě provedeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku, přičemž stanovil základní pravidla, podle kterých je třeba u změny obsahu smlouvy posuzovat, zda se jedná o změnu nepodstatnou, a tedy přípustnou, nebo zda se jedná o změnu podstatnou, která přípustná není. SD EU zde mimo jiné jednoznačně konstatoval, že

změna může být považována za podstatnou, „pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla vybrána“ a rovněž tehdy, „jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.“

39. Specifikace podstatných změn smlouvy je upravena zákonem v ustanovení § 82 odst. 7 zákona, v němž jsou tyto podstatné změny dále rozlišovány na čtyři druhy – mj. na podstatnou změnu definovanou pod písm. a), podle níž se za podstatnou považuje taková změna, která by rozšířila předmět veřejné zakázky. Zákon současně upřesňuje, že tímto není dotčena možná aplikace ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona (tj. zadání dodatečných dodávek v jednacím řízení bez uveřejnění) a § 23 odst. 7 zákona (tj. zadání dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb v jednacím řízení bez uveřejnění). Je tedy zřejmé, že pokud zadavatel změnou uzavřené smlouvy rozšířil předmět veřejné zakázky, je takový postup zákonem aprobován v případě, že byl zadavatel oprávněn použít ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona či § 23 odst. 7 zákona. Pokud však zadavatel změnou uzavřené smlouvy rozšířil předmět veřejné zakázky a současně nebyl ani oprávněn aplikovat ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona či § 23 odst. 7 zákona, pak zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, jelikož provedl nepřípustnou podstatnou změnu smlouvy ve smyslu ustanovení § 82 odst. 7 písm. a) zákona.

Obecně k problematice použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona

40. Úřad dále v obecné rovině uvádí, že jednacím řízení bez uveřejnění je typem zadávacím řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho dodavatele nebo omezený okruh dodavatelů. Použití jednacím řízení bez uveřejnění je vázáno na splnění zákonem přesně stanovených podmínek, neboť se jedná o výjimečný způsob zadání, kdy se zadavatel může obrátit na jednoho nebo více vybraných dodavatelů, aniž by svůj záměr musel předem uveřejnit, a to pouze za podmínek uvedených v § 23 zákona. Úřad dodává, že zákaz rozšiřujícího výkladu pro použití jednacím řízení bez uveřejnění vyplývá z jeho povahy, která se v mnoha ohledech shoduje s běžnou soukromoprávní kontraktační procedurou, v níž vstupuje subjekt do smluvního vztahu s konkrétním vybraným dodavatelem, aniž by byl povinen předem oslovit více zájemců. Ze všech druhů zadávacích řízení tak jednacím řízení bez uveřejnění vykazuje nejnižší míru transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže, a právě proto jsou na úrovni zákona i komunitární legislativy přísně omezeny podmínky pro jeho použití.
41. Úřad k dané problematice uvádí, že v průběhu plnění veřejné zakázky může nastat skutečnost, že je třeba realizovat práce, které nebyly předmětem původní veřejné zakázky (tzv. „vícepráce“). Takové práce nebyly zadavatelem v podmínkách původní veřejné zakázky obsaženy, a proto se jedná o nový předmět plnění, tedy novou veřejnou zakázku, byť s původní veřejnou zakázkou bezprostředně souvisí. Taková veřejná zakázka musí být s ohledem na její předpokládanou hodnotu zadána jednou z forem zadávacích řízení. Pokud to zákon připouští, může zadavatel nový předmět plnění veřejné zakázky (vícepráce) zadat přímo dodavateli, který realizuje původní veřejnou zakázku, na základě ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona, přičemž zpravidla jsou vícepráce sjednány formou dodatku k původní smlouvě.

42. V případě užití zadávacího řízení dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona je nutno konstatovat, že zadavatel je oprávněn využít tento druh zadávacího řízení za kumulativního splnění těchto podmínek, které musí být propojeny příčinnou souvislostí:
- a) jde o dodatečné stavební práce nebo služby,
 - b) stavební práce nebo služby nebyly zahrnuty v zadávacích podmínkách předchozí veřejné zakázky,
 - c) jejich potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat,
 - d) dodatečné stavební práce nebo služby jsou nezbytné pro provedení (dokončení) stavebních prací nebo pro poskytnutí (dokončení poskytování) původních služeb,
 - e) veřejná zakázka je zadána původnímu dodavateli,
 - f) existuje objektivní technická nebo ekonomická neoddělitelnost stavebních prací nebo služeb od původní veřejné zakázky nebo nezbytnost pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky,
 - g) jde-li o veřejného zadavatele, nesmí cena, kterou má veřejný zadavatel uhradit za dodatečné stavební práce či za dodatečné služby (nikoliv tedy předpokládaná hodnota), překročit 30 % ceny původní veřejné zakázky.
43. Úřad dodává, že vzhledem k povinnosti kumulativního splnění všech výše uvedených podmínek je pro účely prokázání porušení § 23 odst. 7 písm. a) zákona postačující nesplnění kterékoli z nich.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

44. Ze zadávací dokumentace původní veřejné zakázky vyplývá, že její součástí je mimo jiné příloha č. 3 „Projektová dokumentace na obnovu komunikací v městských částech Dubany a Poplze + rekonstrukce přechodu v Poplzech“ (dále jen „projektová dokumentace“). Součástí projektové dokumentace je mimo jiné část C.2.1 „Technická zpráva“ týkající se stavby „SO 02 – Poplze ul. U Školky, Spojovací“, která v bodě f) „Režim povrchových a podzemních vod, zásady odvodnění“ stanoví následující: „*Odvodnění je řešeno příčným a podélným sklonem do okolního terénu příp. do navržených drénů a do vsakovací jímky. Komunikace jsou navrženy s příčným sklonem vozovky 2,0 %. Odvodnění chodníkových ploch je řešeno příčným a podélným sklonem do zeleně. Stávající poklopy šoupát, hydrantů a ventilové poklopy hlavních uzávěrů vody na řadech je nutno respektovat, případně bude provedena jejich výšková úprava dle nové nivelity komunikace.*“
45. V části projektové dokumentace označené A. „Průvodní zpráva“, je v bodě 3. „Přehled výchozích podkladů a průzkumů“ uvedeno pod písmenem e) „Geotechnický a hydrogeologický průzkum, základní korozní průzkum“, že: „*V rámci projektu byla provedena základní rekognoskace terénu a hydrogeologický posudek vsakovací schopnosti prostředí v ulicích Na Rybníce, U Školky a Spojovací v městské části Libochovice – Poplze zpracované RNDr. Zdeňkem Bejšovcem (červen 2014).*“
46. Hydrogeologický posudek „Vsakovací schopnosti prostředí Libochovice – Poplze ulice Na Rybníce, U Školky a Spojovací“ vypracovaný dne 9. 6. 2014 RNDr. Zdeňkem Bejšovcem

ve svém závěru uvádí následující: *„Zasakování srážkových vod do vsakovacích drénů mezi komunikací a chodníkem nebude mít negativní vliv na komunikace při dodržení základních konstrukčních prvků. Budou nastoleny původní hydrogeologické poměry, kdy se srážkové vody postupně vsakovaly do kvartéru, pronikaly do propustnějších sedimentů spodní terasy a s přirozenou retardací danou propustností těchto sedimentů odtékaly do řeky Ohře. Právě postupné dlouhodobé uvolňování mělkých podzemních vod z terasy zabraňuje rychlým a značným přítokům do řeky Ohře pokud by se vybudovala dešťová kanalizace a vody byly odvedeny přímo do Ohře. Při srážce 30 mm za hodinu by oteklo do řeky přes 100 m³ srážkových vod.“*

47. Dne 21. 10. 2014 vydal Městský úřad Lovosice stavební povolení č. j. ODSH – 3345/2014 na stavbu *„Projektová dokumentace na obnovu komunikací v městských částech Poplze, Dubany + rekonstrukce přechodu v Poplžích, v k. ú. Dubany, Poplze“* (dále jen *„stavební povolení“*).
48. Dne 6. 11. 2014 podala účastnice řízení Jitka Růžičková odvolání proti stavebnímu povolení.
49. Dne 17. 12. 2014 Městský úřad Lovosice vydal veřejnou vyhlášku *„Vyrozumění účastníků o zastavení odvolacího řízení z důvodu zpětvzetí odvolání“* č. j. ODSH – 4655/2014 ve věci stavebního povolení.
50. Dne 19. 2. 2015 zadavatel rozhodl o výběru nejhodnější nabídky na původní veřejnou zakázku, a to nabídky vybraného uchazeče.
51. Dne 12. 3. 2015 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo.
52. Dle článku 3 *„Předmět díla“* smlouvy o dílo byla součástí díla mimo jiné i rekonstrukce *„přilehlých komunikací (v rozsahu Poplze, ul. U školky – I. etapa, Dubany přilehlé komunikace I. etapa)“*.
53. Dle části 8.2 článku 8 *„Cena díla“* smlouvy o dílo činí cena díla sjednaná dle rozsahu smlouvy o dílo 6 642 995,13 Kč bez DPH, přičemž dle části 8.3 téhož článku smlouvy o dílo je změna ceny díla možná pouze pokud *„v průběhu realizace díla dojde ke změnám sazeb daně z přidané hodnoty“*.
54. Ze smlouvy o dílo dále vyplývá, že její přílohou č. 2 je mimo jiné výše zmíněná projektová dokumentace.
55. Dne 10. 7. 2015 zaslal zadavatel vybranému uchazeči *„Výzvu k ocenění dodatečných stavebních prací – Poplze, Dubany“*, v níž žádá o ocenění *„dodatečných stavebních prací, které nebyly obsaženy v původní projektové dokumentaci a ve výkazu výměr v rámci stavby ‚Revitalizace veřejných prostranství v místních částech Poplze a Dubany – Libochovice‘ (...).“*
56. Dne 13. 7. 2015 zaslal zadavatel vybranému uchazeči e-mailovou zprávu označenou *„Výzva k ocenění dodatečných stavebních prací a dodávek – komunikace U školky I. etapa Poplze“*. V této zprávě sděluje zadavatel vybranému uchazeči následující: *„Žádáme Vás o ocenění následujících dodatečných stavebních prací a dodávek (VP a MP), které nebyly obsaženy v původní projektové dokumentaci a ve výkazu výměr v rámci stavby spolufinancované z ROP SZ ‚Revitalizace veřejných prostranství v místních částech Poplze a Dubany – Libochovice‘: Komunikace U školky I. etapa – Poplze. Ve vysoutěženém VV z 10/2014 byly oceněny položky dle zpracované PD a navrženého odvodnění silnice prostřednictvím drenáží. V prosinci 2014“*

se toto řešení ukázalo jako nevhodné a bylo navrženo odvodnit silnici prostřednictvím dešťové kanalizace. Cenovou nabídku předložte prosím nejpozději do 17. 7. 2015 do 14 hod., kancelář č. 102, pí Šutková.“

57. Jak již Úřad uvedl v bodě 5. odůvodnění tohoto rozhodnutí dne 3. 8. 2015 zadavatel vydal „Rozhodnutí o přidělení zakázky“ k veřejné zakázce „Dodatečné stavební práce a dodávky č. 2 v rámci stavby ‚Revitalizace veřejných prostranství v místních částech Poplze a Dubany – Libochovice‘, dle smlouvy o dílo ze dne 12. 3. 2015 (dle výzvy jednomu účastníku ze dne 10. 7. 2015)“, v níž uvádí, že rozhodl o přidělení výše specifikované veřejné zakázky vybranému uchazeči s nabídkovou cenou 1 209 273,43 Kč bez DPH, přičemž dne 13. 8. 2015 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dodatek č. 2.
58. V článku IV. dodatku č. 2 je uvedeno následující:

„Vyčíslení víceprací (VP) a méněprací (MP) za Změnové listy č. 1 a č. 2 celkem:

	VP bez DPH	MP bez DPH	VP a MP bez DPH	DPH základní	Celkem s DPH
Změnový list č. 1	162 903,43	-2 655,00	160 248,43	33 652,17	193 900,60
Změnový list č. 2	1 046 370,00	-128 346,40	918 023,60	192 784,96	1 110 808,56
Celkem	1 209 273,43	-131 001,40	1 078 272,03	226 437,13	1 304 709,16

Původně sjednaná cena díla ve výši 6 688 645,64 Kč bez DPH, tj. 8 093 261,23 Kč (včetně DPH) se tedy mění tak jak výše uvedeno, tedy nová cena díla činí 7 766 917,67 Kč (bez DPH), tj. 9 397 970,38 Kč (včetně DPH).“

59. Přílohami dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo jsou mimo jiné dva změnové listy, přičemž ve „Změnovém listu č. 2 – změna řešení odvodnění ul. U školky – I. etapa, Poplze – SO 02“ (dále jen „změnový list č. 2“) zadavatel mimo jiné uvádí následující: *„Původní řešení: prostřednictvím drenáží a vsakovacích jímek. Nové řešení odvodnění: prostřednictvím dešťové kanalizace. (...) Dne 21. 10. 2014 bylo Městským úřadem Lovosice, odbor dopravy a silničního hospodářství vydáno stavební povolení na výše uvedenou stavbu. Proti tomuto Rozhodnutí o vydání stavebního povolení se dne 6. 11. 2014 odvolala účastnice řízení z č. p. 109, Poplze z důvodu nesouhlasu s navrhovaným řešením odvodnění silnic prostřednictvím drenáží a vsakovacích jímek v souvislosti s vysokou hladinou spodní vody v Poplzech ovlivněnou hladinou blízké řeky Ohře. Ačkoliv byl na toto řešení odvodnění komunikace vydán souhlasný hydrogeologický posudek zpracovaný autorizovaným hydrologem RNDr. Bejšovcem, město Libochovice dalo PD k posouzení několika odborníkům, kteří shledali odvolání účastnice řízení jako opodstatněné, neboť RNDr. Bejšovec se vyjádřil pouze k vlivu na komunikace, nikoliv k okolní zástavbě (Zasakování srážkových vod do vsakovacích drénů mezi komunikací a chodníkem nebude mít negativní vliv na komunikace při dodržení základních konstrukčních prvků‘). Dne 17. 12. 2014 vzala účastnice řízení své odvolání proti stavebnímu řízení zpět a dne 18. 12. 2014 bylo Městským úřadem Lovosice, odbor dopravy a silničního hospodářství vydáno pravomocné stavební povolení. Město Libochovice, po obdržení informace ze dne 20. 1. 2015 z ÚRR ROP SZ, že výše uvedený projekt byl vybrán ke spolufinancování, zahájilo práce na přepracování PD s vhodnějším řešením odvodněním komunikací, tj. prostřednictvím dešťové kanalizace. Dne 16. 2. 2015 bylo toto řešení odvodnění schváleno Povodím Ohře, jako hlavním účastníkem řízení. Územní rozhodnutí o umístění stavby (dešťové kanalizace), vydané odborem stavebního úřadu a životního prostředí Městského úřadu Libochovice, nabylo právní moci dne*

14. 5. 2015. Dne 27. 5. 2015 bylo Odborem Životního prostředí Lovosice zahájeno Vodoprávní řízení s povolením stavby, stavební povolení k výstavbě dešťové kanalizace nabylo právní moci dne 25. 7. 2015. Stavba – nové řešení odvodnění ul. U školky – I. etapa, bude probíhat v souladu s Dodatkem č. 1 k již zpracované projektové dokumentaci „Projektová dokumentace pro provádění stavby: Komunikace Poplze, Dubany + rekonstrukce přechodu v Poplzech“ pod názvem „Projektová dokumentace na obnovu komunikací v městských částech Dubany a Poplze – odvodnění“ z 18. 6. 2015, která tvoří přílohu č. 5 tohoto Dodatku. Tyto dodatečné stavební práce (změna řešení odvodnění komunikace ul. U školky – I. etapa, tj. z původně navrženého odvodnění prostřednictvím drenáží a vsakovacích jímek a nově navrženého odvodnění prostřednictvím dešťové kanalizace), jejichž potřeba vznikla v důsledku okolností, které investor – Město Libochovice, jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, jsou nezbytné pro provedení původní zakázky na stavební práce, nebudou mít vliv na výši schválené dotace z ROP SZ a budou plně hrazeny z vlastních zdrojů Města Libochovice.“.

60. Z písemné zprávy zadavatele k veřejné zakázce „Revitalizace veřejných prostranství v místních částech Poplze a Dubany – Libochovice“ – vícepráce č. 2“ (dále jen „veřejná zakázka na vícepráce č. 2“) ze dne 20. 8. 2015 vyplývá, že předmětem veřejné zakázky na vícepráce č. 2 je „realizace dodatečných stavebních prací a dodávek v rámci VZ „Revitalizace veřejných prostranství v místních částech Poplze a Dubany – Libochovice“, které jsou podrobně popsány ve Změnových listech č. 1 a 2: (...) ZL č. 2: Poplze, ul. U školky – změna řešení odvodnění komunikace, tj. z původně navrženého odvodnění prostřednictvím drenáží a vsakovacích jímek a nově navrženého odvodnění prostřednictvím dešťové kanalizace. Tyto dodatečné práce jsou technicky neoddelitelné od původní zakázky a nezbytné pro dokončení předmětu projektu. Vícepráce byly zadány na základě dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo na „Revitalizace veřejných prostranství v místních částech Poplze a Dubany – Libochovice“.“. Dále z výše citované písemné zprávy zadavatele vyplývá, že zadavatel zvolil jako druh zadávacího řízení pro zadání veřejné zakázky na vícepráce č. 2 jednací řízení bez uveřejnění.
61. Dne 26. 8. 2015 zadavatel uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek „Oznámení o zadání zakázky“ k veřejné zakázce na vícepráce č. 2.

Námítky obviněného ze dne 10. 12. 2018

62. Dne 10. 12. 2018 obdržel Úřad námítky zadavatele z téhož dne k protokolu o kontrole ze dne 22. 11. 2018. Jelikož zadavatel ve výše citovaných námítkách uvádí stejnou argumentaci (vyjma argumentace ohledně aplikace příznivější právní úpravy – viz bod 22. odůvodnění tohoto rozhodnutí) jako v případě svého vyjádření ze dne 20. 1. 2019 zaslání v rámci předmětného správního řízení a obsah tohoto vyjádření již Úřad shrnul výše v bodech 14. – 23. odůvodnění tohoto rozhodnutí, Úřad uvedenou argumentaci zadavatele obsaženou v jeho námítkách ze dne 10. 12. 2018 pro přehlednost již znovu neopakuje.

Právní posouzení

63. Z obsahu dokumentace poskytnuté zadavatelem vyplývá, že zadavatel pro zadání veřejné zakázky na vícepráce č. 2 použil jednací řízení bez uveřejnění, a to konkrétně ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona. Z obsahu dodatku č. 2 je přitom jednoznačně patrné, že jeho předmětem jsou změny smlouvy (resp. dodatečné plnění) na původní veřejnou zakázku. Uzavřením dodatku č. 2 jsou navyšovány požadavky na další plnění spočívající zejména ve

vybudování dešťové kanalizace v ulici U školky (ve smyslu změnového listu č. 2). Ve světle výše uvedeného je nutno zdůraznit, že na dané úpravy je nutno nahlížet ve smyslu faktické změny požadavku zadavatele na původní plnění. Důvodem je skutečnost, že zadavatel oproti původní veřejné zakázce požaduje práce navíc, přičemž hodnota předmětných prací navíc převyšuje hodnotu méněprací, které jsou s těmito spojeny. Lze tedy shrnout, že dodatkem č. 2 v rozsahu dodatečného plnění dle změnového listu č. 2 bylo sjednáno další dodatečné plnění, které nebylo předmětem původní veřejné zakázky, a tedy došlo k rozšíření předmětu původní veřejné zakázky.

64. Jelikož Úřad v dané situaci dospěl k závěru, že zadavatel uzavřením dodatku č. 2 rozšířil předmět původní veřejné zakázky a umožnil tak podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem na plnění původní veřejné zakázky, je třeba dále zkoumat, zda se v daném případě jednalo o změnu přípustnou (odůvodnitelnou ustanovením § 23 odst. 5 písm. b) zákona či § 23 odst. 7 zákona) nebo změnu nepřípustnou specifikovanou v ustanovení § 82 odst. 7 písm. a) zákona.
65. Vzhledem k tomu, že veřejná zakázka na vícepráce č. 2, stejně jako původní veřejná zakázka, byla veřejnou zakázkou na stavební práce, Úřad konstatuje, že zadavatel nebyl oprávněn zadat veřejnou zakázku na vícepráce č. 2 v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. b) zákona, neboť podmínky citovaného ustanovení nemohly být s ohledem na povahu veřejné zakázky na vícepráce č. 2 splněny.
66. Úřad se tedy dále zabýval otázkou, zda byl zadavatel oprávněn v daném případě aplikovat § 23 odst. 7 zákona a předmětné plnění zadat v jednacím řízení bez uveřejnění. V této souvislosti Úřad uvádí, že zákon pamatuje na situaci, kdy v průběhu plnění veřejné zakázky vyvstane potřeba realizace prací, které nebyly předmětem původní veřejné zakázky (tzv. „vícepráce“). Takové dodatečné práce, které nebyly zadavatelem v podmínkách původní veřejné zakázky obsaženy, zákon umožňuje zadat na základě ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona, avšak zákonodárce pro takový postup stanovil povinnost kumulativního splnění podmínek definovaných v posledně citovaném ustanovení. V této souvislosti je nutno upozornit, že nelze svévolně měnit předmět plnění původní veřejné zakázky (přestože byla zadána v transparentním druhu zadávacího řízení) a korigovat vysoutěžené plnění formou sjednání víceprací. Jelikož tedy v šetřeném případě zadavatel zadal veřejnou zakázku na vícepráce č. 2 formou uzavření dodatku k původní smlouvě s vybraným uchazečem s odkazem na splnění podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona, zabýval se Úřad naplněním podmínek citovaného ustanovení zákona, k čemuž uvádí následující.
67. Úřad se v první řadě zabýval otázkou, zda potřeba provedení dodatečných stavební prací spočívajících ve vybudování dešťové kanalizace namísto drenáží a vsakovacích jímek v šetřeném případě vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat.
68. Z obdržené dokumentace vyplývá, že zadavatel zahájil na základě výzvy k podání nabídky ze dne 23. 9. 2014 zadávací řízení na původní veřejnou zakázku s předmětem plnění spočívajícím mimo jiné v rekonstrukci přilehlých komunikací (v rozsahu Poplze, ul. U školky – I. etapa, Dubany přilehlé komunikace I. etapa), přičemž dne 12. 3. 2015 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo na předmět plnění původní veřejné zakázky. Dne 13. 8. 2015 pak

zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dodatek č. 2, jehož předmětem byly mimo jiné dodatečné stavební práce spočívající ve vybudování dešťové kanalizace, jakožto nově navržené metody odvodnění ulice U školky. Přílohou dodatku č. 2 je přitom mimo jiné změnový list č. 2, ve kterém zadavatel uvádí, že potřeba zadání předmětných dodatečných stavebních prací (spočívajících ve změně řešení odvodnění z původně navrženého odvodnění prostřednictvím drenáží a vsakovacích jímek na odvodnění prostřednictvím dešťové kanalizace) „vznikla v důsledku okolností, které investor – Město Libochovice, jednající s náležitou péčí nemohl předvídat.“.

69. Z obdržené dokumentace, konkrétně z e-mailové zprávy ze dne 13. 7. 2015, označené „Výzva k ocenění dodatečných stavebních prací a dodávek – komunikace U školky I. etapa Poplze“ zasláné zadavatelem vybranému uchazeči, však vyplývá, že zadavatel si byl nejpozději v prosinci roku 2014, tedy přibližně tři měsíce před uzavřením smlouvy o dílo na původní veřejnou zakázku dne 12. 3. 2015, vědom nutnosti změnit původně navrhovanou metodu odvodnění prostřednictvím drenáží a vsakovacích jímek na odvodnění prostřednictvím dešťové kanalizace, neboť se zde uvádí, že: „Ve vysoutěženém VV z 10/2014 byly oceněny položky dle zpracované PD a navrženého odvodnění silnice prostřednictvím drenáží. V prosinci 2014 se toto řešení ukázalo jako nevhodné a bylo navrženo odvodnit silnici prostřednictvím dešťové kanalizace.“. Z obsahu této e-mailové zprávy tedy jednoznačně vyplývá, že zadavatel si byl vědom nutnosti změny předmětné metody odvodnění ještě před uzavřením smlouvy o dílo na původní veřejnou zakázku, tj. ještě v průběhu zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku, a tudíž se v daném případě nemohlo jednat o nepředvídatelnou okolnost, která způsobila vznik potřeby dodatečných stavebních prací, které byly předmětem dodatku č. 2.
70. Výše uvedenou skutečnost potvrzuje rovněž zadavatel ve svém vyjádření ze dne 20. 1. 2019 zasláném v průběhu vedeného správního řízení, když výslovně uvedl, že „je pravdou, že již v prosinci roku 2014 měl obviněný důvodné pochybnosti o možnosti použít při realizaci veřejné zakázky původně navrhovanou metodu odvodnění prostřednictvím drenáží a vsakovacích jímek a že již v této době činil celou řadu kroků k ověření skutečnosti, zda lze původně navržený způsob odvodnění provést a jaké jsou jiné možnosti řešení odvodnění“. Zadavatel v citovaném vyjádření dále uvedl, že „teprve až po řadě zdlouhavých jednání, porad a konzultací s řadou odborníků mohl obviněný v průběhu měsíce ledna roku 2015 učinit závěr, že námitky odvolatelky měly reálný základ a byly důvodné, že původně navržený způsob odvodnění je pro danou lokalitu nevhodný a riskantní, a že tedy v části týkající se způsobu odvodnění Pozemní komunikace bude třeba Projektovou dokumentaci přepracovat, a to z původně navrženého systému odvodnění prostřednictvím drenáží a vsakovací jímkou na nový způsob odvodnění prostřednictvím dešťové kanalizace formou retenční nádrže s čerpadly.“. Z výše citované pasáže vyjádření zadavatele vyplývá, že sám zadavatel připouští, že již v průběhu prosince 2014, tedy přibližně 3 měsíce před uzavřením smlouvy o dílo na předmět plnění původní veřejné zakázky, měl důvodné pochybnosti o možnosti použít při realizaci původní veřejné zakázky původně navrženou metodu odvodnění prostřednictvím drenáží a vsakovacích jímek a v průběhu ledna 2015, tedy přibližně 2 měsíce před uzavřením zmíněné smlouvy o dílo, učinil závěr o tom, že původně navržený způsob odvodnění pozemní komunikace bude třeba přepracovat. Výše uvedené tedy jednoznačně dokládá skutečnost, že potřeba předmětné změny metody odvodnění pozemní komunikace nemohla v okamžiku uzavření smlouvy o dílo na původní veřejnou zakázku představovat pro zadavatele

jednajícího s náležitou péčí nepředvídatelnou okolnost, když zadavatel touto informací disponoval již několik měsíců před uzavřením této smlouvy o dílo.

71. Ve vztahu k výše uvedené podmínce nepředvídatelnosti považuje Úřad za podstatné zdůraznit, že zmíněnou podmínku je v daném případě z časového hlediska nezbytné posuzovat k okamžiku uzavření smlouvy na předmět plnění původní veřejné zakázky, neboť za situace, kdy zadavatel již v průběhu zadávacího řízení před uzavřením smlouvy zjistí potřebu přepracovat původní projektovou dokumentaci, která byla součástí zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky a na jejímž základě uchazeči o veřejnou zakázku zpracovávali své nabídky, je zadavatel povinen přijmout potřebné kroky k nápravě uvedeného stavu. Pokud zadavatel v šetřeném případě výše zmíněnou potřebu úpravy zadávacích podmínek zjistil až v době po uplynutí lhůty k podání nabídek, zadavatel mohl nápravy uvedeného stavu docílit zrušením předmětného zadávacího řízení s odkazem na naplnění důvodů podle § 84 odst. 2 písm. d) zákona, jelikož odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a které zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani je nezpůsobil. V daném případě totiž zadavatel o nutnosti přepracovat projektovou dokumentaci sice věděl v okamžiku uzavření původní smlouvy, nicméně v době zahájení zadávacího řízení zadavatel s touto skutečností nebyl seznámen, jelikož vycházel ze způsobu odvodnění pozemní komunikace prostřednictvím drenáží a vsakovacích jámek dle původní projektové dokumentace zpracované autorizovanou osobou a důvodné pochybnosti ohledně možnosti použít při realizaci původní veřejné zakázky původně navrženou metodu odvodnění pozemní komunikace získal až následně v průběhu zadávacího řízení na základě informací zjištěných v průběhu stavebního řízení. Po případném zrušení zadávacího řízení mohl zadavatel následně zahájit nové zadávací řízení s upravenými zadávacími podmínkami v souvislosti s nově navrženou vhodnější metodou odvodnění pozemní komunikace, čímž by dosáhl nápravy výše uvedeného stavu bez nutnosti uzavřít původní smlouvu na předmět plnění obsahující jemu nevyhovující metodu odvodnění pozemní komunikace. V opačném případě, kdy již v průběhu trvání zadávacího řízení před uzavřením smlouvy na předmět plnění veřejné zakázky zadavatel disponuje informací o nutnosti změnit zadávací podmínky dané veřejné zakázky a i přesto uzavře smlouvu s vybraným uchazečem v původním znění obsahujícím jemu nevyhovující metodu odvodnění pozemní komunikace s vědomím, že po uzavření takové smlouvy změní původní zadávací podmínky v rozsahu metody odvodnění pozemní komunikace formou uzavření dodatku s vybraným uchazečem v jednacím řízení bez uveřejnění, je nutno takový postup vnímat jako neakceptovatelný, neboť v okamžiku zjištění potřeby přepracování původních zadávacích podmínek bylo možné jejich úpravy dosáhnout zrušením původního zadávacího řízení a vysoutěžením předmětného (již upraveného) plnění v rámci otevřeného řízení za současného zachování hospodářské soutěže.
72. Úřad s ohledem na výše uvedené shrnuje, že v šetřeném případě zadavatel uzavřel dodatek č. 2 ze dne 13. 8. 2015 ke smlouvě o dílo ze dne 12. 3. 2015, jehož předmětem jsou výše specifikované dodatečné stavební práce, v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona v rozporu se zákonem, neboť nebyly současně splněny všechny zákonem stanovené podmínky pro tento druh zadávacího řízení, když sjednané dodatečné stavební práce spočívající ve vybudování kanalizace, jakožto nově zvolené metody odvodnění ulice U školky, nebyly způsobeny okolnostmi, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat. Z e-mailové zprávy zadavatele vybranému uchazeči ze dne 13. 7. 2015, označené

„Výzva k ocenění dodatečných stavebních prací a dodávek – komunikace U školky I. etapa Poplze“, totiž jednoznačně vyplývá, že zadavatel si byl nutnosti této změny vědom již (respektive nejpozději) v prosinci roku 2014, a i přesto uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo, která tyto změny neobsahovala. Tato smlouva o dílo byla uzavřena dne 12. 3. 2015, tedy přibližně tři měsíce poté, co zadavatel sám uvádí, že mu byly okolnosti vedoucí k nutnosti provedení předmětné změny známy.

73. Na základě výše uvedeného je zřejmé, že v situaci, kdy zadavatel rozšířil předmět původní veřejné zakázky uzavřením dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo a nebyl oprávněn předmětné plnění dle změnového listu č. 2 zadat v jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona, umožnil tak v rozporu se zákonem podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, kterou uzavřel s vybraným uchazečem na plnění původní veřejné zakázky dne 12. 3. 2015. S ohledem na tento závěr bylo prokázáno, že zadavatel uzavřením dodatku č. 2 v rozsahu dodatečného plnění dle změnového listu č. 2 učinil nepřipustnou podstatnou změnu smlouvy specifikovanou v ustanovení § 82 odst. 7 písm. a) zákona.
74. V návaznosti na takto učiněný závěr se Úřad dále zabýval otázkou, zda v šetřeném případě došlo k naplnění skutkové podstaty přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona ve všech aspektech, tedy zda výše uvedené pochybení zadavatele mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
75. Postup zadavatele, kdy uzavřením dodatku č. 2 v rozsahu dodatečného plnění dle změnového listu č. 2 učinil nepřipustnou podstatnou změnu smlouvy specifikovanou v ustanovení § 82 odst. 7 písm. a) zákona a zadal veřejnou zakázku na vícepráce č. 2 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny zákonné podmínky, mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel tuto podstatnou změnu neumožnil skrze postup v jednacím řízení bez uveřejnění a zadal plnění specifikované ve změnovém listu č. 2 v odpovídajícím druhu zadávacího řízení, podali by nabídky i další uchazeči, kteří mohli nabídnout výhodnější podmínky pro zadavatele, a v důsledku toho mohlo dojít k úspoře financí z veřejných zdrojů. Úřad k tomuto pro úplnost dodává, že pro naplnění dikce ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona postačí pouhá možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tudíž úvaha nad potencialitou ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je součástí legitimního správního uvážení.
76. K uvedenému Úřad dodává, že jak již uvedl předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014, zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jak rovněž vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.“
77. Úřad na základě všech uvedených skutečností dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval v rozporu s § 82 odst. 7 písm. a) zákona, když dne 13. 8. 2015 uzavřel dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo ze dne

12. 3. 2015 s vybraným uchazečem v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) zákona pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, neboť potřeba stavebních prací realizovaných jako předmět plnění citovaného dodatku č. 2 nevznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, když zadavatel již v době před uzavřením smlouvy o dílo dne 12. 3. 2015 prokazatelně věděl o potřebě realizace výše uvedených stavebních prací, o čemž svědčí e-mailová zpráva zadavatele ze dne 13. 7. 2015 označená jako „Výzva k ocenění dodatečných stavebních prací a dodávek – komunikace U školky I. etapa Poplze“, v níž zadavatel uvedl: „*Žádáme Vás o ocenění následujících dodatečných stavebních prací a dodávek (VP a MP), které nebyly obsaženy v původní projektové dokumentaci a ve výkazu výměr v rámci stavby spolufinancované z ROP SZ „Revitalizace veřejných prostranství v místních částech Poplze a Dubany – Libochovice“: Komunikace U školky I. etapa – Poplze. Ve vysoutěženém VV z 10/2014 byly oceněny položky dle zpracované PD a navrženého odvodnění silnice prostřednictvím drenáží. V prosinci 2014 se toto řešení ukázalo jako nevhodné a bylo navrženo odvodnit silnici prostřednictvím dešťové kanalizace. Cenovou nabídku předložte prosím nejpozději do 17. 7. 2015 do 14 hod., kancelář č. 102, pí Šutková.*“, a citovaným dodatkem č. 2 rozšířil předmět původní veřejné zakázky v rozsahu dodatečného plnění dle změnového listu č. 2, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K posouzení možné aplikace příznivější právní úpravy pro obviněného

78. Úřad v šetřené věci pro úplnost sděluje, že zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku bylo obviněným realizováno v době účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti ZZVZ. K uvedenému Úřad sděluje, že při rozhodování o spáchání přestupku je povinen reflektovat článek 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod. Ústavní pravidlo zakotvené v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (na úrovni mezinárodního práva v čl. 15 odst. 1 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech) je základem výjimky z jinak obecně platného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější, přičemž podle judikatury vyšších soudů je v otázce použití pozdější právní úpravy příznivější pro pachatele přípustná analogie mezi soudním (trestněprávním) a správním trestáním; judikatura v této věci pak byla zákonodárcem reflektována při tvorbě zákona o přestupcích, kdy v § 2 odst. 1 zákona o přestupcích je předmětná ústavní zásada přímo zakotvena i pro správní trestání, neboť podle § 2 odst. 1 zákona o přestupcích se odpovědnost za přestupek posuzuje podle zákona účinného v době spáchání přestupku; podle pozdějšího zákona se posuzuje jen tehdy, je-li to pro pachatele přestupku příznivější.
79. Úřad proto vychází i z premisy, že je jeho povinností zohlednit, zda-li pozdější právní úprava, tedy znění ZZVZ, není v intencích šetřených skutečností pro zadavatele příznivější. V šetřeném případě Úřad dospěl k závěru, že zadavatel pochybil, když umožnil podstatnou změnu smlouvy při zadání veřejné zakázky na vícepráce č. 2 v rozsahu dodatečného plnění dle změnového listu č. 2, a to na základě jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 7 písm. a) zákona. K tomu Úřad uvádí, že problematiku podstatných změn smlouvy upravuje nový zákon o zadávání veřejných zakázek v ustanovení § 222 ZZVZ, které zachycuje tzv. změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Tyto tzv. změny závazku ze smlouvy na

veřejnou zakázku jsou jedním z možných způsobů, kterak je zadavatel oprávněn řešit potřebné, případně nutné změny v již uzavřené smlouvě na veřejnou zakázku. Dle ZZVZ je nutné tyto změny závazku dělit na podstatné a nepodstatné, tedy takové, kdy je možná jejich aplikace prostřednictvím dodatku, aniž by vznikla povinnost plnění zadávat v zadávacím řízení, a kdy nikoli. Podmínky, kdy je možno hovořit o změně podstatné a kdy naopak o změně nepodstatné jsou právě specifikovány již ve zmiňovaném ustanovení § 222 ZZVZ. Nepodstatné jsou především změny, které smlouvu nemění v jejích podstatných náležitostech a jejich dopad na zásady hospodářské soutěže a zadávání veřejných zakázek je minimální. Potřeba realizace takovýchto změn tak již není řešena jejich zadáním v jednacím řízení bez uveřejnění, ale možností přímého uzavření dodatku k uzavřené smlouvě. Potřeba zadavatele změnit stávající smlouvu, která vyvstane až v rámci plnění příslušné veřejné zakázky, je tedy nově, čili na základě ZZVZ, řešena nejen jednacím řízením bez uveřejnění, jak tomu bylo za účinnosti předchozí právní úpravy, nýbrž i „prostou“ změnou již uzavřené smlouvy, přičemž nový zákon poskytuje explicitně výčet konkrétních případů, které nejsou považovány za podstatnou změnu smlouvy. V těchto případech tedy zadavatel nemusí dodatečně poptávané plnění zadávat v některém z druhů zadávacích řízení, jak bylo nastíněno výše. Stejně tak, jako možnost využití jednacím řízení bez uveřejnění podle zákona je vázána na kumulativní splnění zákonem stanovených podmínek, je třeba zdůraznit, že rovněž předpoklady pro změny smlouvy, které jsou ZZVZ označovány jako nepodstatné změny smlouvy, musí být vždy naplněny, jinak se jedná o podstatnou změnu závazku, která není § 222 ZZVZ aprobeována.

80. Úřad v této souvislosti konstatuje, že s ohledem konkrétní okolnosti šetřeného případu, kdy zadavatel zadával veřejnou zakázku na vícepráce č. 2 v rozsahu dodatečného plnění dle změnového listu č. 2, a to na základě jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 7 písm. a) zákona, přichází v úvahu posouzení možnosti podřazení jednání zadavatele spočívajícího v uzavření dodatku č. 2 pod nepodstatné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle odstavců 4, 5 a 6 citovaného ustanovení § 222 ZZVZ. K tomu Úřad dodává, že obviněný ve svém vyjádření ze dne 20. 1. 2019 zaslaném v průběhu vedeného správního řízení uvedl, že podle nové právní úpravy ZZVZ by předmětné plnění nezadával v jednacím řízení bez uveřejnění, nýbrž by využil možnost změnit uzavřenou smlouvu prostřednictvím změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 odst. 4 ZZVZ. K otázce možného podřazení postupu zadavatele spočívajícího v uzavření dodatku č. 2 pod změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 odst. 4 až 6 ZZVZ Úřad uvádí následující.
81. Podle § 222 odst. 4 ZZVZ se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je
- a) nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a
 - b) nižší než
 1. 10 % původní hodnoty závazku, nebo
 2. 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, která není koncesí.

Pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnot všech těchto změn.

82. V návaznosti na výše citované ustanovení ZZVZ Úřad uvádí, že pro možnou aplikaci citovaného ustanovení upravujícího tzv. nepodstatné změny závazku „de minimis“ je zapotřebí kumulativního naplnění výše uvedených podmínek. První z těchto podmínek spočívá v tom, že uvedená změna závazku nesmí měnit celkovou povahu veřejné zakázky, přičemž zbylé dvě podmínky souvisejí s finančním rozsahem provedených změn, a to tak, že změny musí být nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a v případě veřejné zakázky na stavební práce musí být nižší než 15 % původní hodnoty závazku. Úřad v šetřeném případě nejprve ověřil naplnění výše uvedených podmínek souvisejících s finančním rozsahem provedených změn, k čemuž uvádí následující.
83. Podle § 4 nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „nařízení o stanovení finančních limitů“), platí, že finanční limit pro určení nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce činí 149 224 000 Kč.
84. Původní hodnota závazku činí dle smlouvy o dílo na předmět plnění původní veřejné zakázky uzavřené dne 12. 3. 2015 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem částku 6 642 995,13 Kč bez DPH, tudíž zákonný limit 15 % z uvedené hodnoty odpovídá částce 996 449,27 Kč bez DPH.
85. S ohledem na rozsah zadavatelem provedených změn v rámci změnových listů č. 1 a 2 obsažený v tabulce uvedené v bodě 58. odůvodnění tohoto rozhodnutí vyplývá, že hodnota provedených změn v rámci dodatku č. 2 je sice nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku, nicméně převyšuje zákonný limit 15 % původní hodnoty závazku který, jak již bylo uvedeno výše, činí 996 449,27 Kč bez DPH. Jelikož pro možnou aplikaci § 222 odst. 4 ZZVZ je zapotřebí kumulativního naplnění podmínek stanovených v citovaném ustanovení ZZVZ, Úřad uvádí, že postup zadavatele spočívající v uzavření dodatku č. 2 nelze podřadit pod přípustnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 odst. 4 ZZVZ ve smyslu aplikace příznivější právní úpravy pro zadavatele. Úřad proto odmítá tvrzení zadavatele, že podle nové právní úpravy ZZVZ by předmětné plnění bylo možné zadat prostřednictvím změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 odst. 4 ZZVZ, neboť v případě změn provedených dodatkem č. 2 nejsou naplněny podmínky citovaného ustanovení ZZVZ související s finančním rozsahem provedených změn.
86. Úřad se dále zabýval otázkou, zda postup zadavatele spočívající v uzavření dodatku č. 2 nelze podřadit pod změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 odst. 5 ZZVZ, k čemuž uvádí následující.
87. Podle § 222 odst. 5 ZZVZ se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažují dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou nezbytné a změna v osobě dodavatele
- a) není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení,
 - b) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů a

- c) hodnota dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.
88. K tomu Úřad poznamenává, že ustanovení § 222 odst. 5 ZZVZ umožňuje zadavateli provést změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, při kumulativním splnění následujících podmínek:
- musí se jednat o dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku,
 - nutnost změny závazku je nezbytná k dosažení účelu původní veřejné zakázky,
 - změna v osobě dodavatele není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení, resp. změna dodavatele by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů,
 - hodnota všech dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku.
89. Současně podle § 222 odst. 9 ZZVZ věty druhé nesmí předmětný cenový nárůst při odečtení stavebních prací, služeb nebo dodávek, které nebyly s ohledem na tyto změny realizovány, přesáhnout 30 % původní hodnoty závazku.
90. K ustanovení § 222 odst. 5 ZZVZ Úřad obecně uvádí, že tato přípuštěná možnost změny závazku se podobá dřívější možnosti zadání dodatečných prací podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona. Oproti předchozí úpravě v zákoně o zadávání veřejných zakázek je v citovaném ustanovení ZZVZ podstatná odchylka v podobě absence podmínky nepředvídanosti potřeby dodatečných prací. Přípustnost provedení této kategorie změn bude proto záviset čistě na posouzení nezbytnosti takových plnění bez ohledu na to, zda jde o změny, které zadavatel mohl či nemohl předvídat.
91. Citované ustanovení ZZVZ stanovuje, že zadání dodatečných nezbytných plnění jinému dodavateli nesmí být možné z ekonomických či technických důvodů. Text ZZVZ zde hovoří o důvodech spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost či interoperabilitu se stávajícími zařízeními, službami nebo instalacemi, přičemž uvedený výčet je pouze demonstrativní. Z odstavce 108 preambule směrnice č. 2014/24/EU pak vyplývá, že by *„změna dodavatele nutila veřejného zadavatele k pořízení materiálu, stavebních prací či služeb, které mají odlišné technické vlastnosti, což by mělo za následek neslučitelnost nebo nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě“*. Ekonomické důvody by pak byly naplněny zejména tam, kde by nutnost pořídit odlišné plnění od jiného dodavatele znamenala znehodnocení (například nutnost nahrazení) původně pořízeného plnění či nutnost finančně náročných úprav. Samotné technické nebo ekonomické obtíže však nejsou pro aplikaci citovaného ustanovení ZZVZ dostačující, neboť musí jít o obtíže dostatečné intenzity či obtíže způsobující zvýšení nákladů nezanedbatelného rozsahu, přičemž výše uvedené důvody je dle Úřadu nutno vykládat restriktivně.

92. Ve vztahu k šetřenému případu Úřad uvádí, že z argumentace předložené zadavatelem nevyplývá, že by svůj postup spočívající v uzavření dodatku č. 2 měl v úmyslu podřadit pod přípustné změny závazku ze smlouvy podle § 222 odst. 5 ZZVZ, přičemž k tomuto ani nepředložil žádné relevantní důkazy. Jak již Úřad uvedl výše, naplnění technických či ekonomických důvodů dle citovaného ustanovení ZZVZ musí být vykládáno restriktivně při současném zohlednění všech specifik daného případu a musí být dostatečně podloženo relevantními důkazy, neboť nelze akceptovat situaci, kdy by zadavatel jakoukoliv jím provedenou změnu původního závazku učinil formou prostého uzavření dodatku bez provedení zadávacího řízení s odkazem na naplnění technických či ekonomických důvodů bez náležitého zdůvodnění. K tomu Úřad dodává, že v daném případě byla dodatkem č. 2 změněna jen dílčí část plnění spočívající ve změně způsobu odvodnění pozemní komunikace v ul. U školky, přičemž z podkladů zaslaných zadavatelem rovněž ani nevyplývá, že by ve vztahu k původně navržené metodě odvodnění byly již zahájeny stavební práce a daný stavební objekt by se tak nacházel ve stádiu rozpracovanosti a zadavatel by potřeboval takto rozpracované stavební práce dokončit. V daném případě naopak z informací předložených zadavatelem vyplývá, že o nezbytnosti provedení dodatečných stavebních prací věděl ještě před samotným uzavřením původní smlouvy a nejde tedy o situaci, že by zadavatel nejprve započal s realizací stavebních prací spočívajících v odvodnění pozemní komunikace prostřednictvím drenáže a vsakovacích jámek a až v průběhu realizace těchto stavebních prací by vyvstala potřeba dodatečných stavebních prací. V kontextu těchto okolností tak nelze dovodit, že by se jednalo o výše uvedenou situaci, kdy by změna části předmětu plnění znamenala znehodnocení původně pořízeného plnění či nutnost finančně náročných úprav, a proto nelze provedení této změny považovat za akceptovatelné z ekonomických důvodů ve smyslu § 222 odst. 5 ZZVZ. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že v šetřeném případě nebyly dány důvody pro možnou aplikaci § 222 odst. 5 ZZVZ ve smyslu příznivější právní úpravy pro obviněného.
93. V návaznosti na výše učiněné závěry se Úřad dále zabýval otázkou, zda postup zadavatele spočívající v uzavření dodatku č. 2 nelze subsumovat pod nepodstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu § 222 odst. 6 ZZVZ, k čemuž uvádí následující.
94. Podle § 222 odst. 6 ZZVZ se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna,
- a) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat,
 - b) nemění celkovou povahu veřejné zakázky a
 - c) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.
95. Ve vztahu k výše citovanému ustanovení ZZVZ Úřad uvádí, že výše zmíněné podmínky musí být naplněny kumulativně, přičemž Úřad se s ohledem na specifika šetřeného případu nejprve zabýval podmínkou stanovenou pod bodem a) citovaného ustanovení ZZVZ, dle které musí jít o změnu, jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat. K této podmínce Úřad uvádí, že nepředvídanost potřeby změn je nutné posuzovat z pohledu „náležité péče“ zadavatele, přičemž náležitou péčí lze definovat jako jednání či postup zadavatele, jehož následek lze v rozsahu jeho odborných

znalostí (odborné úrovň) předpokládat nebo předvídat, případně kontrolou zjistit. Ve smyslu náležité péče tak nemůže zadavatel nést odpovědnost za případná pochybení, které nemohl v mantinelech svých odborných znalostí předvídat. Ve smyslu „náležité péče“ tak nelze po zadavateli objektivně požadovat, aby nesl například odpovědnost za chyby v projektové dokumentaci, a to za předpokladu, že její vypracování nespadá do odborných znalostí zadavatele a bylo svěřeno osobě s odpovídajícími odbornými znalostmi. K uvedenému považuje Úřad za potřebné dodat, že uvedenou podmínku nepředvídatelnosti provedených změn je v daném případě nutno posuzovat k okamžiku uzavření původní smlouvy, neboť pokud zadavatel věděl o potřebě změny původně poptávaného plnění ještě před uzavřením smlouvy na toto plnění, nelze v takovém případě zadavatelem provedenou změnu prostřednictvím dodatku k původní smlouvě nikterak označit jako nepředvídatelnou.

96. V této souvislosti Úřad odmítá argumentaci obviněného, dle které je za předvídatelné nutno považovat pouze ty okolnosti, které obviněný zjistil v době, kdy ještě bylo možné změnit zadávací podmínky (tedy do okamžiku uplynutí lhůty pro podání nabídek), přičemž okolnosti, které obviněný zjistil až v době, kdy zadávací podmínky nebylo možné změnit, je nutné považovat za nepředvídatelné. K výše uvedenému Úřad opakovaně uvádí, že rozhodující okamžik, ke kterému je nutné posuzovat předvídatelnost či nepředvídatelnost zadavatelem provedených změn závazku, je okamžik uzavření původní smlouvy, neboť pokud zadavatel ještě před jejím uzavřením věděl o potřebě změn původně poptávaného předmětu plnění a v průběhu zadávacího řízení nepřijal potřebné kroky k nápravě, nelze následně provedenou změnu závazku uzavřením dodatku k původní smlouvě považovat za nepředvídatelnou. Jestliže tedy v šetřeném případě obviněný již v průběhu prosince 2014 prokazatelně věděl o nutnosti provedení uvedených změn týkajících se metody odvodnění pozemní komunikace a s tímto vědomím následně v březnu 2015 uzavřel smlouvu o dílo v původním znění obsahující nežádoucí metodu odvodnění pozemní komunikace, Úřad považuje podmínku nepředvídatelnosti provedených změn v daném případě za nesplněnou.
97. Jelikož podmínky stanovené v § 222 odst. 6 ZZVZ musí být naplněny kumulativně a Úřad výše dovodil, že podmínka uvedená pod bodem a) citovaného ustanovení ZZVZ nebyla v šetřeném případě naplněna, Úřad se otázkou naplnění dalších podmínek citovaného ustanovení ZZVZ již nezabýval, přičemž mu nezbývá, než konstatovat, že postup zadavatele spočívající v uzavření dodatku č. 2 nelze podřadit ani pod nepodstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 odst. 6 ZZVZ.
98. Za tohoto stavu věci není podle Úřadu pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ pro zadavatele příznivější, a proto jednání zadavatele Úřad posuzoval v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny podle právní úpravy účinné v době spáchání přestupku.

Vypořádání námitek obviněného

99. Úřad dále s odkazem na bod č. 9. odůvodnění tohoto rozhodnutí přistoupil k vypořádání námitek obviněného ze dne 10. 12. 2018 (dále jen „námitky“) proti kontrolním zjištěním, přičemž uvádí následující.
100. K argumentaci obviněného v námitkách ohledně skutečnosti, že v daném případě postupoval v případě uzavření smlouvy o dílo v původním znění a následného uzavření dodatku č. 2 formou jednacího řízení bez uveřejnění na základě doporučení poskytovatele dotace, neboť tento postup je jedinou možností k přidělení dotace na uvedený projekt, Úřad uvádí, že

poskytovatel dotace není v postavení orgánu dohledu nad dodržováním zákona a jeho doporučení je z hlediska posouzení souladu postupu obviněného se zákonem irelevantní. Přístup obviněného, kdy vzhledem k doporučení poskytovatele dotace považoval svůj postup za správný, tedy není vzhledem k výše uvedenému na místě. K tomu je třeba zdůraznit, že Úřad je orgánem nadaným dohledem nad zadáváním veřejných zakázek z pohledu dodržení požadavků zákona, a nikoli z pohledu dodržení podmínek pro poskytnutí dotace. Výše uvedené potvrdil rovněž předseda Úřadu ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-R218/2015/VZ-14888/2016/321/OHo ze dne 11. 4. 2016, dle kterého platí, že „*hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky jsou přitom optikou zákona a optikou poskytovatelů dotací aplikována zcela nezávisle a do značné míry i odlišně (zákon nevyklučuje, že dotační orgány mohou mít požadavky i nad rámec předmětného zákona). Úřad je přitom nadán dohledem nad zadáváním veřejných zakázek právě z pohledu požadavků zákona a nepřísluší mu tak zohledňovat podmínky pro poskytnutí dotace, což je logické už jen z toho důvodu, že případné neposkytnutí dotace nijak nevyklučuje zdárnou realizaci zadávacího řízení z pohledu zákona. Skutečným důvodem pro vypsání zadávacího řízení na veřejnou zakázku je totiž potřeba obstarání veřejných potřeb společnosti, nikoliv důvod, že je třeba využít dotace.*“ Úřad konstatuje, že skutečnost, že byly na předmětnou veřejnou zakázku čerpány prostředky z dotace, nemá v šetřeném případě na povinnost zadavatele postupovat podle zákona žádný vliv. Úřad tedy zdůrazňuje, že nelze akceptovat postup obviněného spočívající v neoprávněném zadání předmětného plnění dle změnového listu č. 2 v jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a to ani např. z důvodu čerpání finančních prostředků z různých dotačních programů, projektů apod., jelikož realizace projektů spojené s čerpáním dotací jistě ze své podstaty nemá vést k legalizaci nezákonných postupů, zejména však by takový přístup umožňoval bezbřehé obcházení zákona při zadávání veřejných zakázek s odkazem na případnou „nemožnost čerpání dotací“.

101. K námitce obviněného, že proti rozhodnutí o stavebním povolení bylo podáno odvolání a v něm tvrzené skutečnosti byly pro zadavatele nové a neočekávané, Úřad uvádí, že odvolání proti stavebnímu povolení bylo podáno dne 6. 11. 2014 a smlouva o dílo byla uzavřena dne 12. 3. 2015, tedy v době uzavření smlouvy o dílo si byl obviněný již více než tři měsíce vědom skutečností tvrzených ve zmíněném odvolání proti stavebnímu povolení. K tomu Úřad dodává, že obviněný sice dále uvádí, že jednání a rozhodnutí o změně použité metody odvodnění pozemní komunikace proběhlo až v lednu 2015, nicméně Úřad konstatuje, že i to je stále přibližně 2 – 3 měsíce před uzavřením smlouvy o dílo. V této souvislosti Úřad nikterak nerozporuje tvrzení obviněného, že v době před podáním výše uvedeného odvolání neměl důvod pochybovat o správnosti a vhodnosti projektové dokumentace a jí navrženého způsobu odvodnění pozemní komunikace, nicméně v době seznámení se s odvolatelkou tvrzených skutečností, případně po provedených jednáních a rozhodnutí o změně použité metody odvodnění pozemní komunikace již obviněný o nevhodnosti původně navrženého řešení projektovou dokumentací věděl, a tudíž pro něj nemohla být tato skutečnost v době uzavření smlouvy o dílo nepředvídatelná.
102. V podaných námitkách obviněný dále uvádí, že postupoval dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona, neboť se jednalo „o okolnosti, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl v době zahájení zadávacího řízení předvídat“, z čehož usuzuje, že rozhodným datem pro posouzení předvídatelnosti nutných změn je datum zahájení zadávacího řízení. K tomuto Úřad

zdůrazňuje, že z citace ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona je zřejmé, že podmínka „v době zahájení zadávacího řízení“ v zákoně uvedena není a obviněný si ji tam tedy zřejmě doplnil na základě vlastního posouzení daného ustanovení. S ohledem na závěry Úřadu uvedené výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí přitom vyplývá, že stejně jako je nesprávná formulace daného ustanovení obviněným, tak jsou nesprávné i závěry, které z této vlastní interpretace vyvozuje v souvislosti s datem rozhodným pro posouzení předvídatelnosti nutných změn. Obviněný současně uvádí argumentaci, že nepředvídatelné okolnosti ve smyslu § 23 odst. 7 písm. a) zákona se vztahují k době, kdy je ještě možné změnit zadávací podmínky, přičemž okolnosti, o nichž se dozví až v době, kdy již zadávací podmínky nelze měnit, a které obviněný nemohl do doby, než se o nich dozvěděl, předvídat, je třeba považovat za okolnosti, které obviněný jednající s náležitou péčí nemohl předvídat. K tomu Úřad opakovaně uvádí, že rozhodující okamžik, ke kterému je nutné posuzovat předvídatelnost či nepředvídatelnost zadavatelem provedených změn závazku, je okamžik uzavření smlouvy na předmět plnění původní veřejné zakázky. Pokud obviněný věděl o potřebě změn původně poptávaného předmětu plnění již několik měsíců před uzavřením uvedené smlouvy a v průběhu zadávacího řízení nepřijal potřebné kroky k nápravě, nelze následnou potřebu provést změnu závazku uzavřením dodatku k původní smlouvě považovat za nepředvídatelnou.

103. Obviněný ve svých námitkách dále rozporuje závěr kontrolujících osob, kdy považuje za nesprávně odůvodněný závěr o nepředvídatelnosti nutných změn vyvozený z vlastního konstatování obviněného, že o nutných změnách věděl již přibližně tři měsíce před uzavřením smlouvy o dílo. K tomuto Úřad uvádí, že samotné konstatování vědomosti si dané skutečnosti obviněným je jasným důkazem o tom, že nemohlo jít o nepředvídatelnou skutečnost. Obecně je totiž zřejmé, že nelze považovat za nepředvídatelné jakékoliv skutečnosti, kterých si je obviněný již dle vlastního tvrzení vědom.
104. Obviněný rovněž namítá, že v šetřeném případě nebyly naplněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 zákona, přičemž pokud by zadávací řízení zrušil, vystavil by se možnému postihu ze strany Úřadu. V této souvislosti Úřad uvádí, že ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona upravuje situaci, kdy je zadavatel oprávněn zrušit zadávací řízení, pokud odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a které zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani je nezpůsobil. V šetřeném případě Úřad nerozporuje, že obviněný v době zahájení zadávacího řízení o nutnosti přepracovat projektovou dokumentaci nevěděl ani ji nezpůsobil, když vycházel z původní projektové dokumentace zpracované autorizovaným projektantem, který je na rozdíl od obviněného odborníkem v dané problematice, nicméně jelikož byly obviněnému tyto skutečnosti o nutnosti přepracovat projektovou dokumentaci známy v době před uzavřením smlouvy o dílo, měl povinnost učinit potřebné kroky k nápravě. Výše citované ustanovení zákona přitom dopadá právě na uvedenou situaci, kdy zadavatel v průběhu zadávacího řízení zjistí důvody (které mu v době zahájení daného zadávacího řízení nebyly známy) a pro něž odpadly v důsledku podstatné změny okolností důvody pro pokračování v zadávacím řízení. Obviněný tedy mohl v šetřeném případě namísto uzavření smlouvy o dílo v původní nevyhovujícím znění zrušit předmětné zadávací řízení s odkazem na výše citované ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona a následně případně zahájit nové zadávací řízení, které by zohledňovalo nutné změny v projektové dokumentaci.

105. K tvrzení obviněného, že ze zákonných důvodů musel být obsah uzavřené smlouvy totožný se zadávací dokumentací, Úřad uvádí, že toto tvrzení nezpochybnuje, avšak s odkazem na již výše uvedené opakovaně konstatuje, že zadavatel mohl dané zadávací řízení ještě před uzavřením smlouvy zrušit a zahájit nové zadávací řízení, jehož zadávací dokumentace by reflektovala nově zjištěné potřeby zadavatele v souvislosti s metodou odvodnění pozemní komunikace.
106. Obviněný současně namítal, že dokončená část projektu je plně funkční, o čemž svědčí děkované reakce občanů. K tomu Úřad uvádí, že samotná skutečnost, že dokončená část projektu je plně funkční, nemůže být argumentem, který by měl vést k akceptaci nezákonného postupu ze strany zadavatele, nebo jej mohl zbavit odpovědnosti za spáchaný přestupek.
107. Další námitkou obviněného bylo jeho tvrzení, že zadávací řízení je třeba posuzovat rovněž z hlediska principů 3E (efektivnosti, hospodárnosti a účelnosti). Ve vztahu k výše uvedenému Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013 – 131 ze dne 15. 10. 2015, v němž soud uvedl, že *„tu soud také poznamenává, že sama zásada hospodárnosti, nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacního řízení bez uveřejnění zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže.“* K obdobnému závěru došel Krajský soud v Brně i v rozsudku č. j. 62 Af 93/2015 – 357 ze dne 1. 6. 2017, ve kterém uvedl, že *„zdejší soud k žalobní argumentaci zdůrazňuje, že je již bezpředmětnou otázkou, k jaké situaci posléze zvolený postup vedl a zda byl či nebyl hospodárnější, neboť to nemůže mít vliv na zbavení se odpovědnosti za to, že žalobce postupoval v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by pro to byly splněny zákonné podmínky. Obstát nemůže ani tvrzení ohledně ekonomické výhodnosti žalobcem zvoleného postupu, neboť zásada hospodárnosti nemůže mít aplikační přednost před přísně stanovenými podmínkami pro použití jednacního řízení bez uveřejnění.“* Úřad proto s ohledem na výše uvedené závěry nepovažuje za relevantní zadavatelem odkazovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012 – 64 ze dne 11. 1. 2013, neboť jeho závěry již byly překonány pozdější judikaturou, z jejichž závěrů vyplývá, že ekonomická výhodnost nemůže převážit nad povinností obviněného dodržet zákonný postup.
108. Obviněný dále konstatuje, že při posuzování jeho konkrétního případu by nemělo být postupováno čistě formalisticky, přičemž je třeba si uvědomit, že zadávání veřejných zakázek je pro zadavatele vždy velmi náročným a zdouhavým procesem a zadavatel se vždy snaží dostat všem svým zákonným povinnostem. Současně je však dle jeho názoru třeba mít na paměti, že ustanovení zákona nebyla vždy jasná, přesná a jednoznačná, proto také často docházelo k novelizacím. K výše uvedenému Úřad uvádí, že vzhledem k tomu, že při zadávání veřejných zakázek dochází k vynakládání veřejných prostředků, konstruuje zákonodárce záměrně zadávací řízení jako vysoce formalizovaný proces, přičemž obviněný jakožto zodpovědný subjekt je tak povinen v celém průběhu zadávacího řízení postupovat striktně podle požadavků zákona. Výše uvedenou argumentaci obviněného proto Úřad považuje z hlediska posouzení postupu obviněného jako irelevantní.

K výroku II. tohoto rozhodnutí - uložení sankce

109. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
110. Ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval v rozporu s § 82 odst. 7 písm. a) zákona, když dne 13. 8. 2015 uzavřel dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo ze dne 12. 3. 2015 s vybraným uchazečem v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) zákona pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, neboť potřeba stavebních prací realizovaných jako předmět plnění citovaného dodatku č. 2 nevznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, když zadavatel již v době před uzavřením smlouvy o dílo dne 12. 3. 2015 prokazatelně věděl o potřebě realizace výše uvedených stavebních prací, o čemž svědčí e-mailová zpráva zadavatele ze dne 13. 7. 2015 označená jako „Výzva k ocenění dodatečných stavebních prací a dodávek – komunikace U školky I. etapa Poplze“, v níž zadavatel uvedl: *„Žádáme Vás o ocenění následujících dodatečných stavebních prací a dodávek (VP a MP), které nebyly obsaženy v původní projektové dokumentaci a ve výkazu výměr v rámci stavby spolufinancované z ROP SZ ‚Revitalizace veřejných prostranství v místních částech Poplze a Dubany – Libochovice‘: Komunikace U školky I. etapa – Poplze. Ve vysoutěženém VV z 10/2014 byly oceněny položky dle zpracované PD a navrženého odvodnění silnice prostřednictvím drenáží. V prosinci 2014 se toto řešení ukázalo jako nevhodné a bylo navrženo odvodnit silnici prostřednictvím dešťové kanalizace. Cenovou nabídku předložte prosím nejpozději do 17. 7. 2015 do 14 hod., kancelář č. 102, pí Šutková.“*, a citovaným dodatkem č. 2 rozšířil předmět původní veřejné zakázky v rozsahu dodatečného plnění dle změnového listu č. 2, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
111. Vzhledem ke zjištěnému přestupku zadavatele přistoupil Úřad k uložení pokuty.
112. K tomu Úřad opakuje, že podle čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější, kdy skutečnost, že se předmětná ústavní zásada uplatní jak pro správní trestání, vyplývá ze soudní judikatury, která byla zároveň reflektována v § 2 odst. 1 zákona o přestupcích, přičemž v rámci posouzení zániku odpovědnosti za spáchaný přestupek z hlediska „příznivosti pozdějších úprav“ pak Úřad posoudil jak zákon, ZZVZ a přestupkový zákon, neboť právní úprava zániku odpovědnosti se v těchto zákonech liší.
113. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za přestupek zaniká, jestliže Úřad o něm nezažal řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
114. Odpovědnost za přestupek zaniká mj. uplynutím promlčecí doby, která podle § 270 odst. 5 ZZVZ činí 5 let.
115. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchaní přestupku; dnem spáchaní 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.

116. V návaznosti na posledně citovaná ustanovení zákona, ZZVZ a zákona o přestupcích Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená ve výše citovaných ustanoveních. V šetřeném případě se Úřad o spáchání přestupku dozvěděl na základě protokolu o kontrole ze dne 22. 11. 2018. Správní řízení ve věci spáchání přestupku bylo zahájeno dnem doručení oznámení o zahájení správního řízení, tedy dne 11. 1. 2019. Ke spáchání správního přestupku vymezeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí došlo dne 13. 8. 2015, kdy obviněný uzavřel dodatek č. 2 k původní smlouvě o dílo. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že k zániku odpovědnosti obviněného za předmětný přestupek nedošlo, a to ani podle zákona, ani podle ZZVZ a ani podle zákona o přestupcích.
117. Za přestupek se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uloží pokuta do 10% ceny zakázky, nebo do 20 000 000,- Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
118. Cena veřejné zakázky na vícepráce č. 2, při jejímž zadávání se obviněný dopustil přestupku, a za kterou může být obviněnému uložena pokuta, činí podle čl. IV. dodatku č. 2 k původní smlouvě o dílo 1 304 709,16 Kč včetně DPH. Horní hranice pokuty za spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona činí 10 % z této částky, tj. po zaokrouhlení částku ve výši 130 471,- Kč.
119. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty právnické osobě se přihlédne k závažnosti přestupku, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
120. Podle § 37 písm. a) a c) zákona o přestupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.
121. 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).
122. Hlavním kritériem, které je podle výše citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost přestupku. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost přestupku podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlídnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti přestupku, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.
123. Co se týče způsobu, resp. okolností, za kterých byl přestupek spáchán, Úřad uvádí, že obviněný rozšířil předmět původní veřejné zakázky při uzavření dodatku č. 2 s vybraným uchazečem v rozporu s obsahem smlouvy o dílo ze dne 12. 3. 2015 zadáním předmětného

plnění v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona, aniž by k tomu byly splněny podmínky citovaného ustanovení zákona, přičemž tímto postupem umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z původní smlouvy o dílo. Výše uvedený postup obviněného vedl k tomu, že obviněný podstatně omezil soutěž potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, a tím nezajistil dostatečné nediskriminační prostředí.

124. Co se týče stupně závažnosti přestupku, Úřad konstatuje, že obviněný tím, že nepřípustně změnil smlouvu na původní veřejnou zakázku a použil pro zadání veřejné zakázky na dodatečné plnění, na které uzavřel dodatek č. 2, jednacím řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona, aniž byly splněny podmínky pro použití tohoto druhu zadávacího řízení, způsobil, že v daném případě došlo k vyloučení hospodářské soutěže. Jedná se tedy o přestupek závažného charakteru, neboť v důsledku nezákonného jednání obviněného bylo podstatným způsobem narušeno konkurenční prostředí v daném tržním odvětví. K tomu Úřad dodává, že jestliže je cílem zákona, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli, je třeba jednání obviněného, který provedl podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, když rozšířil předmět původní veřejné zakázky o stavební práce v rozsahu dodatečného plnění dle změnového listu č. 2 v jednacím řízení bez uveřejnění, které ze všech druhů zadávacích řízení vykazuje nejnižší míru transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže, přičemž v šetřeném případě ani nebyly nenaplněny podmínky pro jeho použití, označit za typově jedno z vůbec nejzávažnějších.
125. Na druhou stranu je však třeba zohlednit, že celková výše peněžitého plnění je dle dodatku č. 2 k původní smlouvě o dílo „pouze“ 1 304 709,16 Kč včetně DPH. Při určení výše pokuty tak Úřad přihlédl k hodnotě veřejné zakázky na vícepráce č. 2, neboť lze konstatovat, že v zásadě existuje vzájemná závislost mezi závažností následků přestupku a výší finančních prostředků vynakládaných v souvislosti s danou veřejnou zakázkou.
126. Úřad neshledal žádné přitěžující okolnosti v postupu obviněného při zadání veřejné zakázky na vícepráce č. 2.
127. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání přestupku obviněným. V daném případě měl spáchaný přestupek za následek, že vybraný uchazeč nebyl při zadávání veřejné zakázky na vícepráce č. 2 vystaven takové konkurenci, jako kdyby obviněný potřebné plnění zadával v jiném odpovídajícím druhu zadávacího řízení umožňujícím účast více dodavatelů. Obviněný tak nenaplnil elementární účel zákona, kterým je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Nelze přitom vyloučit, že nabídka jiného uchazeče mohla být pro obviněného ekonomicky výhodnější, čímž by došlo k úspoře finančních prostředků z veřejných zdrojů.
128. Při stanovení konkrétní výše sankce má Úřad povinnost rovněž zohlednit dobu, která uplynula mezi spácháním přestupku specifikovaného ve výroku I. tohoto rozhodnutí a samotným potrestáním obviněného za spáchání tohoto přestupku. V této souvislosti Úřad poukazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 123/2013 ze dne 9. 4. 2015, ve kterém Krajský soud uvedl, že: „[...] *hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu o jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty; k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má*

zamezit; aby výše pokuty; jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddělitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejnosti a veřejného mínění, což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že s prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložením konkrétní sankce dosaženo.“

129. V šetřeném případě došlo ke spáchání přestupku dle výroku I. tohoto rozhodnutí dne 13. 8. 2015, kdy obviněný uzavřel dodatek č. 2 na původní smlouvu o dílo, z čehož vyplývá, že od spáchání přestupku již uplynulo více než tři a půl roku. S ohledem na výše uvedené Úřad v daném případě po zohlednění okolností, za kterých byl přestupek spáchán, dostatečně zohlednil v intencích výše uvedeného rozsudku i časové hledisko doby od spáchání přestupku a uložil pokutu v uvedené výši. Ačkoliv v šetřeném případě došlo ke spáchání přestupku před více jak tři a půl roky a Úřad uložil sankci při dolní hranici zákonné sazby, nelze na uložení pokuty zcela rezignovat nebo uložit pokutu v symbolické výši, neboť stále je nutné v daném případě zohlednit skutečnost, že odpovědnost za přestupek obviněného nezanikla.
130. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit mimo jiné 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. Úřad si je vědom, že výše uvedené funkce nelze plně oddělit, přesto však po uvážení všech okolností případu a po uvážení všech argumentů zohlednil v šetřeném případě zejména preventivní charakter uložení sankce.
131. Úřad současně stanovil výši sankčního postihu tak, aby nedošlo k bagatelizaci následků za spáchání přestupku, neboť uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla obviněným pocíťována jako újma, neboť uložením nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
132. Při určení výše pokuty vzal Úřad v úvahu i ekonomickou situaci obviněného, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Ze schváleného rozpočtu obviněného na rok 2019 dostupného na oficiálních webových stránkách obviněného na adrese http://www.libochovice.cz/admin/data/20497.9_Schvalenyrozpocet-souhrn.pdf vyplývá, že obviněný v roce 2018 disponoval příjmy v celkové výši 52 991 400,- Kč. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za likvidační, ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu obviněného (a v tomto smyslu nespravedlivou).

133. Úřad posoudil postup obviněného ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému přestupku obviněného přistoupil k uložení pokuty, přičemž s ohledem na výše uvedené důvody uložil pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
134. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

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 § 117c odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Město Libochovice, náměstí 5. května 48, 411 17 Libochovice

Vypraveno dne:

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