



UOHSX00ET84J

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0130/2021/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-17571/2021/500/Alv

Brno 26.05.2021

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, v řízení o přestupku zahájeném z moci úřední dne 7. 4. 2021, jehož účastníkem je

- obviněný – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, při uzavření dodatku č. 2 dne 3. 9. 2020 ke „Smlouvě o dílo a smlouvě příkazní“ č. 0221/2017/OI/VZKÚ, kterou zadavatel – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava – uzavřel s dodavatelem – společníky společnosti „Společnost pro DÚR ,Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba““, jimiž jsou SUDOP BRNO, spol. s r.o., IČO 44960417, se sídlem Kounicova 688/26, 602 00 Brno, a Dopravní projektování, spol. s r.o., IČO 25361520, se sídlem Janáčkova 1194/12, 702 00 Ostrava – dne 10. 2. 2017 na základě výsledku zadávacího řízení veřejné zakázky „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava - Poruba (DÚR a IČ)“ zadávané v otevřeném řízení, jehož „Oznámení o zakázce“ bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 10. 2016 pod ev. č. 645306 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 7. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 194-350211,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava – **se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, **tím, že v rozporu s § 222 odst. 1 citovaného zákona umožnil podstatnou změnu závazku ze „Smlouvy o dílo a smlouvy příkazní“ č. 0221/2017/OI/VZKÚ uzavřené dne 10. 2. 2017 mezi jmenovaným obviněným a dodavatelem – společníky společnosti „Společnost pro DÚR „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba““, jimiž jsou SUDOP BRNO, spol. s r.o., IČO 44960417, se sídlem Kounicova 688/26, 602 00 Brno, a Dopravní projektování, spol. s r.o., IČO 25361520, se sídlem Janáčkova 1194/12, 702 00 Ostrava – na základě výsledku zadávacího řízení veřejné zakázky „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba (DÚR a IČ)“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 10. 2016 pod ev. č. 645306 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 7. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 194-350211, **po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení dle citovaného zákona, když dne 3. 9. 2020 uzavřel dodatek č. 2 k výše specifikované smlouvě o dílo, kterým ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) citovaného zákona změnil ekonomickou rovnováhu závazku z výše specifikované smlouvy o dílo ve prospěch jmenovaného dodavatele tím, že změnil platební podmínky pro část B výše specifikované smlouvy o dílo tak, že k okamžiku uzavření dodatku č. 2 umožnil jmenovanému dodavateli vystavit fakturu na 40 % částky odpovídající plnění za projektovou dokumentaci pro územní řízení – tramvajové trasy I, a po předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajové trasy I v požadovaném rozsahu umožnil jmenovanému dodavateli vystavit fakturu na 20 % částky odpovídající příslušnému plnění, ačkoliv podle výše specifikované smlouvy o dílo mělo dojít k prvnímu vyplacení příslušné části smlouvené odměny až po předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení předmětné tramvajové trasy v požadovaném rozsahu, a to na základě vystavené faktury na 60 % částky odpovídající tomuto plnění, přičemž uvedený postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele.****

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava – podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, ukládá

pokuta ve výši 100 000 Kč (sto tisíc korun českých).

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

III.

Podle § 95 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, v rozhodném znění, v návaznosti na § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, v rozhodném znění, a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, v rozhodném znění, se obviněnému – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava – ukládá

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

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

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), který je podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „**zákon**“), příslušný k doзору nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, jakož i k projednání přestupků podle tohoto zákona, včetně ukládání pokuty za jejich spáchání, obdržel dne 1. 2. 2021 podnět k přezkoumání postupu obviněného – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava (dále jen „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) – jakožto veřejného zadavatele ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona, při uzavření dodatku č. 2 dne 3. 9. 2020 (dále jen „**dodatek č. 2**“) ke „Smlouvě o dílo a smlouvě příkazní“ č. 0221/2017/OI/VZKÚ (dále jen „**smlouva o dílo**“), kterou zadavatel uzavřel s dodavatelem – společníky společnosti „Společnost pro DÚR ,Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“, jimiž jsou SUDOP BRNO, spol. s r.o., IČO 44960417, se sídlem Kounicova 688/26, 602 00 Brno, a Dopravní projektování, spol. s r.o., IČO 25361520, se sídlem Janáčkova 1194/12, 702 00 Ostrava (dále jen „**vybraný dodavatel**“) – dne 10. 2. 2017 na základě výsledku zadávacího řízení veřejné zakázky „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba (DÚR a IČ)“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 10. 2016 pod ev. č. 645306 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 7. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 194-350211 (dále jen „**veřejná zakázka**“ nebo též „**zadávací řízení**“).
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele vyjádření zadavatele k podnětu a příslušnou dokumentaci. Po jejím přezkoumání získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při uzavření dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo, konkrétně zda zadavatel postupoval v souladu s § 222 odst. 1 zákona, tj. zda neumožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení dle zákona, když dne 3. 9. 2020 uzavřel dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo s vybraným dodavatelem, kterým ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) zákona změnil ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy o dílo ve prospěch vybraného dodavatele tím, že změnil platební podmínky pro část B smlouvy o dílo tak, že k okamžiku uzavření dodatku č. 2 umožnil vybranému dodavateli vystavit fakturu na 40 % částky odpovídající plnění za projektovou dokumentaci pro územní řízení – tramvajové trasy I, a po předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajové trasy I v požadovaném rozsahu umožní vybranému dodavateli vystavit fakturu na 20 % částky odpovídající příslušnému plnění, ačkoliv podle smlouvy o dílo mělo dojít k prvnímu vyplacení příslušné části smlouvené odměny až po předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení předmětné tramvajové trasy v požadovaném rozsahu, a to na základě vystavené faktury na 60 % částky odpovídající tomuto plnění, přičemž uvedený postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele, a z tohoto důvodu zahájil řízení o přestupku ve věci možného spáchání přestupku zadavatelem.

II. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

3. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 256 zákona obviněný.

4. Zahájení řízení o přestupku oznámil Úřad obviněnému pod č. j. ÚOHS-11655/2021/544/EPr ze dne 6. 4. 2021, přičemž ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi.
5. Shora citované oznámení o zahájení řízení o přestupku bylo obviněnému doručeno dne 7. 4. 2021 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona, v návaznosti na § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, v rozhodném znění (dále jen „**zákon o přestupcích**“), zahájeno řízení o přestupku z moci úřední.
6. Usnesením č. j. ÚOHS-17571/2021/500/Alv ze dne 7. 4. 2021 Úřad obviněnému stanovil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.

Vyjádření zadavatele ze dne 16. 4. 2021

7. Stanovisko obviněného v řízení o přestupku ze dne 16. 4. 2021 bylo Úřadu doručeno dne 19. 4. 2021 (dále jen „**stanovisko**“).
8. Obviněný ve svém stanovisku plně odkazuje na své dřívější „Vyjádření zadavatele k podnětu k přezkoumání úkonů zadavatele a zaslání dokumentace o zadávacím řízení“ ze dne 19. 2. 2021 (dále jen „**vyjádření k podnětu**“). Uvádí přitom, že je ve svém názoru na věc konzistentní a na skutečnostech uvedených v rámci vyjádření k podnětu nadále trvá, a proto Úřad dále uvádí i relevantní argumentaci zadavatele obsaženou ve vyjádření k podnětu.
9. Zadavatel ve svém stanovisku dále dodává, že *„[...] ke změně platebních podmínek, jak byla provedena dodatkem č. 2 by musel přistoupit i v případě žádosti jiného dodavatele, když je zřejmé, že současný stav dokončenosti díla není závislý na vůli dodavatele, ale toliko na skutečnostech objektivně nepředvídatelných v době uzavření smlouvy ani jednou ze smluvních stran, zejména je nutno vzít v potaz také vliv současné krize okolo pandemie koronaviru, kdy i tato nepředvídatelná skutečnost má vliv na plnění veřejné zakázky (zejména časový vliv na řízení o posouzení vlivu na životní prostředí – řízení EIA, jak bylo popsáno mj. ve stanovisku k podnětu) a způsobující riziko možné druhotné platební neschopnosti nejen současného dodavatele, ale také jeho subdodavatelů. Zadavatel uvádí, že se choval zodpovědně a jako řádný hospodář v případě uzavření dodatku č. 2, když nutnost uzavření dodatku č. 2 vyvstala z objektivních okolností mimo vliv zadavatele a dodavatele. Zadavatel uvádí, že se jako obec snaží jednat s ohledem se všemi svými smluvními partnery korektně a nejednat proti dobrým mravům a zjevně zneužívat svá práva, kdy další trvání na platebních podmínkách, jak byly nastaveny v původním závazku by bylo dle právního názoru zadavatele oním zjevným zneužitím práva a jednání proti dobrým mravům a je základní zásadou právní stojící také nad zákonem, že zjevné zneužití práva nepožívá právní ochrany, na uvedené je třeba brát zejména zřetel také v dnešní době pandemie koronaviru“.*
10. K důvodům uzavření dodatku č. 2 zadavatel v části A. vyjádření k podnětu uvádí, že změnu závazku považuje za učiněnou v souladu s ustanovením § 222 odst. 6 zákona. Zadavatel považuje změnu závazku za odůvodněnou, jelikož šlo o změnu učiněnou v důsledku *„[...] okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž změna hodnoty nepřekračuje 50 % původní hodnoty závazku, jelikož se jednalo o změnu závazku jenž neměla vliv na cenu a toliko došlo pouze k úpravě platebních podmínek s ohledem na nepředvídatelné prodlužování řízení o posouzení vlivu na životní prostředí [...] nutnosti řešení majetkoprávních vztahů s osobami dotčenými projektovanou stavbou, které mají v daný okamžik majetkové požadavky, které zadavatel*

nemůže akceptovat a zvažuje další právní kroky, včetně možnosti vyvlastnění. Současně se do plnění smluvních povinností dodavatele a zadavatele promítl vliv probíhající pandemie koronaviru. Uvedené skutečnosti vznikly mimo vůli zadavatele a dodavatele a ti pouze reagovali na potřebu řešení stávajícího právního stavu, kdy dodavatel má již od roku 2018 téměř dokončenou část díla způsobilou k fakturaci a zadavateli již předal také koncept této části díla, ale Smlouva neumožňovala za tuto část díla fakturovat“.

11. *Zadavatel v části A. vyjádření k podnětu dále uvedl, že od vybraného dodavatele obdržel koncept projektové dokumentace pro územní řízení tramvajové trasy I již 2. 2. 2018, avšak z důvodu stále probíhajícího řízení posuzování vlivu na životní prostředí (také též „EIA“) nebylo možno před uzavřením dodatku č. 2 vybranému dodavateli ničeho na tuto část díla uhradit. Délka poskytovaného plnění dle zadavatele nebyla ani pro jednu ze smluvních stran v době uzavření smlouvy o dílo předvídatelná, a „[...] ani nelze předvídat dobu dalšího trvání probíhajícího řízení posuzování vlivu na životní prostředí a nelze předvídat ani případnou nutnost dalšího přepracování díla - projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajové trasy I jako výsledku probíhajícího řízení posuzování vlivu na životní prostředí“.* Na délce poskytovaného plnění se dle zadavatele také podílí *„[...] problematika majetková, a to i z důvodů nutnosti pravděpodobného přepracování této části díla za účelem řešení majetkoprávních vztahů v území dotčeném plánovanou realizací stavby dle díla, kdy zadavatel se v daný okamžik zabývá také možnosti vyvlastnění nemovitých věcí ve vlastnictví třetích osob v tomto zájmovém území. Je nutno zdůraznit, že není vinou dodavatele a ani zadavatele, že se dlouhodobě řeší majetkoprávní poměry v daném území a uvedené majetkoprávní poměry v území a postoje vlastníků nemovitých věcí nebyly jak pro zadavatele, tak dodavatele v okamžiku průběhu zadávacího řízení a uzavření Smlouvy předvídatelné“.*
12. *Část A. vyjádření k podnětu zadavatel uzavírá tím, že by „[...] bylo nadále nespravedlivé a proti dobrým mravům neposkytnout dodavateli žádné plnění ze strany zadavatele za nesporně již provedené práce dodavatele ve vztahu ke zpracování části díla – projektové dokumentaci pro územní řízení – tramvajová trasa I a přistoupil k žádosti dodavatele a uzavřel dodatek č. 2 ke Smlouvě měnící část platebních podmínek, tj. dodavateli byla umožněna fakturace 40% ceny části díla – projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajová trasa I, představující pouhých 25,18% z celkové hodnoty závazku, jak je popsáno dále v tomto vyjádření“.*
13. *K obsahu změny závazku zadavatel v části B. vyjádření k podnětu uvádí, že změna spočívala jen a pouze ve změně platebních podmínek, nebyla způsobilá změnit celkovou povahu veřejné zakázky a byla učiněna v souladu s ustanovením § 222 odst. 6 zákona. Uzavřením dodatku č. 2 dle zadavatele nedošlo k žádné změně hodnoty závazku, jelikož provedená změna spočívala pouze ve změně platebních podmínek pro výplatu částky za část díla – projektovou dokumentaci pro územní řízení – tramvajové trasy I dle čl. III. části B smlouvy o dílo, a to konkrétně „[...] v umožnění fakturace části díla co do 40% částky (2 194 219.76 Kč bez DPH) odpovídající plnění za část díla - projektovou dokumentaci pro územní řízení – tramvajové trasy I dle čl. III. části B Smlouvy k okamžiku uzavření dodatku č. 2 Smlouvy, ostatní ujednání ze Smlouvy zůstala nezměněna. [...] po předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajové trasy I v požadovaném rozsahu (včetně náležitého zohlednění požadavků zadavatele jako je jeho požadavek na zohlednění majetkoprávního vypořádání s třetími subjekty) vystaví fakturu na zbývajících 20% částky odpovídající tomuto plnění dle čl. III. části*

B Smlouvy (tj. doplatek do původně sjednaných 60 % částky odpovídající tomuto plnění - 3 291 329.64 bez DPH)“.

14. Část B. vyjádření k podnětu zadavatel uzavírá tím, že v případě dodatku č. 2 se dle zadavatele nejedná o žádnou změnu hodnoty závazku ze smlouvy o dílo, a „[...] i pokud by úřad shledal změnu platebních podmínek jako možnou změnu hodnoty závazku, tak tako změna, spočívající v možnosti fakturovat 40 % plnění (částku ve výši 2 194 219.76 Kč bez DPH) za část díla - projektovou dokumentaci pro územní řízení – tramvajové trasy I dle čl. III. části B Smlouvy by představovala ze Smlouvy na veřejnou zakázku toliko jen a pouze 25,18% z celkové hodnoty závazku (celková hodnota závazku činí ze Smlouvy 8 711 358 Kč bez DPH a skládá se z různých částí ceny díla a odměny příkazníka, kdy dodatek č. 2 mění pouze fakturaci k jedné z položek celkové ceny bez DPH) a limit dle ust. 222 odst. 6 zákona o zadávání veřejných zakázek činí toliko 50 % hodnoty závazku veřejné zakázky“.
15. Závěrem vyjádření k podnětu zadavatel uvádí, že má za to, že při uzavření dodatku č. 2 postupoval v souladu s ustanovením § 222 odst. 6 zákona, dále mimo jiné dodává, že smlouva o dílo dle svého původního znění měla být splněna nejpozději do dubna 2019, koncept díla – projektovou dokumentaci pro územní řízení – tramvajové trasy I obdržel zadavatel od vybraného dodavatele již dne 2. 2. 2018, avšak „[...] vzhledem ke stále probíhajícímu řízení o posouzení vlivu na životní prostředí a nedořešení majetkoprávních vztahů s třetími subjekty nemůže dodavateli potvrdit a nechat vypracovat čistopis této části díla - projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajové trasy I. V průběhu roku 2020 do tohoto stavu plnění ze strany dodavatele počaly pronikat také vlivy probíhající pandemie onemocnění COVID, kdy dodavatel odůvodněně v rámci jednání se zadavatelem požadoval úhradu plnění za již odevzdaný koncept díla - projektovou dokumentaci pro územní řízení – tramvajové trasy I. Pokud by v rámci změny platebních podmínek mělo být úřadem hodnoceno také zda došlo ke změně hodnoty závazku ze Smlouvy na veřejnou zakázku, tak lze maximálně dospět k hodnotě změny ve výši 25,18% z hodnoty závazku, kdy však zadavatel trvá na tom, že v případě změny platebních podmínek nelze k výši změny hodnoty závazku dospět“.
16. S ohledem na vše výše uvedené má zadavatel za to, že ke spáchání přestupku nedošlo, a proto žádá, aby Úřad správní řízení zastavil.

Další průběh řízení o přestupku

17. Usnesením č. j. ÚOHS-14558/2021/544/MNe ze dne 30. 4. 2021 stanovil Úřad obviněnému lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Obviněný se ve lhůtě stanovené citovaným usnesením, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

18. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů a vyjádření předložených zadavatelem a na základě vlastního zjištění rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích tohoto rozhodnutí. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K výroku I. rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

19. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
20. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
21. Podle § 222 odst. 1 zákona zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona, není-li dále stanoveno jinak.
22. Podle § 222 odst. 3 písm. b) zákona je podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku taková změna smluvních podmínek, která by měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele.
23. Podle § 222 odst. 6 zákona 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.
24. Podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
25. Podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona lze za přestupek podle § 268 odst. 1 zákona, nepoužije-li se postup podle § 268 odst. 3 zákona, uložit pokutu do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) až c) zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

26. Dne 30. 9. 2016 odeslal zadavatel k uveřejnění „Oznámení o zakázce“, které bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 3. 10. 2016 (dále jen „**oznámení o zakázce**“).
27. Podle oddílu II. „Předmět veřejné zakázky“ bodu II.1.5) oznámení o zakázce je předmětem veřejné zakázky „[...] vypracování projektové dokumentace pro územní řízení včetně výkonu inženýrské činnosti v rozsahu pro zajištění pravomocného územního rozhodnutí pro stavbu ‚Ekologizace veřejné dopravy Ostrava - Poruba‘. Součástí předmětu veřejné zakázky je provedení geodetického zaměření řešeného území a provedení veškerých průzkumných prací nezbytných pro realizaci stavby“.
28. Podle oddílu III. „Právní, ekonomické, finanční a technické informace“ bodu III.1.2) oznámení o zakázce jsou podrobnosti platebních podmínek stanoveny „[...] v Požadavcích na obsah smlouvy, jenž jsou součástí zadávací dokumentace“.
29. V čl. IV. „Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny, platební podmínky“ nedatované zadávací dokumentace na veřejnou zakázku (dále jen „**zadávací dokumentace**“) je ve vztahu

k platebním podmínkám uvedeno následující: „Zálohy nejsou přípustné. Doba splatnosti daňových dokladů bude stanovena na 30 kalendářních dnů ode dne doručení daňového dokladu zadavateli. Podrobnosti platebních podmínek jsou uvedeny v Požadavcích na obsah smlouvy.“

30. V části D „Společná ustanovení pro část B a C“ čl. II. „Platební podmínky“ odst. 1 přílohy č. 1 zadávací dokumentace „Požadavky na obsah smlouvy o dílo a smlouvy příkazní“ (dále jen „požadavky na obsah smlouvy“) je stanoveno, že „zálohy nejsou sjednány“.
31. V části D „Společná ustanovení pro část B a C“ čl. II. „Platební podmínky“ odst. 2 požadavků na obsah smlouvy je stanoveno, že se vylučuje „[...] použití ustanovení § 2611 NOZ“.
32. V části D „Společná ustanovení pro část B a C“ čl. II. „Platební podmínky“ odst. 14 požadavků na obsah smlouvy je stanoven mimo jiné následující způsob placení:

„část B této smlouvy:

- *po předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení — tramvajové trasy D (DÚR) v požadovaném rozsahu vystaví zhotovitel fakturu na 60% částky odpovídající tomuto plnění dle čl. III. části B této smlouvy. Zbývající částka odpovídající 40% z ceny příslušného plnění dle čl. III. části B této smlouvy bude uhrazena na základě faktury vystavené zhotovitelem po vydání pravomocného územního rozhodnutí ke stavbě.“*
33. Dne 10. 2. 2017 uzavřel zadavatel s vybraným dodavatelem smlouvu o dílo.
 34. V části B „Projektová dokumentace“ čl. 1 „Předmět smlouvy“ odst. 1. smlouvy o dílo je mimo jiné uvedeno, že „Zhotovitel se touto smlouvou zavazuje pro objednatele vypracovat projektovou dokumentaci pro územní řízení pro stavbu ‚Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba‘ (dále také ‚DÚR‘ nebo ‚dílo‘). Stavba se skládá z dvou úseků - trasy D a trasy B. Trasa D tramvajové trati povede od křižovatky ul. Martinovská x Bedřicha Nikodéma po ul. Bedřich Nikodéma, dále odbočí u obchodního centra Duha na ul. 17. listopadu a po té povede po ul. Průběžná, kde bude u hypermarketu Globus na ul. Opavské ukončena (dále jen tramvajová trasa D). Trasa B tramvajové trati povede od křižovatky ul. 17. listopadu x Opavská po křižovatku ul. 17. listopadu x Bedřicha Nikodéma (dále jen tramvajová trasa B).“.
 35. Podle části D „Společná ustanovení pro část B a C“ čl. I. „Cenová ujednání“ odst. 1 smlouvy o dílo činí celková cena ze závazků ve smlouvě o dílo 8 711 358,00 Kč bez DPH.
 36. Podle části D „Společná ustanovení pro část B a C“ čl. II. „Platební podmínky“ odst. 1 smlouvy o dílo se smluvní strany dohodly, že „zálohy nejsou sjednány“.
 37. Podle části D „Společná ustanovení pro část B a C“ čl. II. „Platební podmínky“ odst. 2 smlouvy o dílo se smluvní strany dohodly, že „[...] vylučují použití ustanovení § 2611 NOZ“.
 38. Podle části D „Společná ustanovení pro část B a C“ čl. II. „Platební podmínky“ odst. 14 smlouvy o dílo byl mezi smluvními stranami sjednán mimo jiné následující způsob placení:

„část B této smlouvy:

- *po předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení — tramvajové trasy D (DÚR) v požadovaném rozsahu vystaví zhotovitel fakturu na 60% částky odpovídající tomuto plnění dle čl. III. části B této smlouvy. Zbývající částka odpovídající 40% z ceny*

příslušného plnění dle čl. III. části B této smlouvy bude uhrazena na základě faktury vystavené zhotovitelem po vydání pravomocného územního rozhodnutí ke stavbě.“

39. Dne 18. 10. 2017 zadavatel uzavřel s vybraným dodavatelem dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo (dále jen „**dodatek č. 1**“).
40. Dle čl. I. „Úvodní ustanovení“ odst. 1 dodatku č. 1 se smluvní strany v souladu se smlouvou o dílo dohodly „[...] na následujících změnách smlouvy, spočívajících zejména v úpravě trasy D a trasy B a jejich změně na trasu I a trasu II, v době plnění závazku, který vyplývá z uvedené smlouvy, a ve změně ceny díla“.
41. Dle čl. II. „Předmět dodatku“ odst. 2 dodatku č. 1 se smluvní strany dohodly na změně smlouvy o dílo v části B, čl. II. „Doba plnění“, odst. 2 a 3, jež nově zní následovně:
- „2. Koncept projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajová trasa I (DÚR) v požadovaném rozsahu bude za účelem připomínkování předán objednateli do **51 týdnů** od nabytí účinnosti této smlouvy. ‘*
- ,3. Koncept projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajová trasa II (DÚR) v požadovaném rozsahu bude za účelem připomínkování předán objednateli do **64 týdnů** od nabytí účinnosti této smlouvy. ‘“.*
42. Dle čl. II. „Předmět dodatku“ odst. 5 dodatku č. 1 se smluvní strany dohodly na změně smlouvy o dílo v části D, čl. I. „Cenová ujednání“, kdy celková cena ze závazků ve smlouvě o dílo nově činí 9 446 358,00 Kč bez DPH, tj. 11 430 093,18 Kč včetně DPH.
43. Z „Důvodové zprávy“, která tvoří přílohu „Materiálu pro RM č. BJ1822 02348/20“ ze dne 25. 8. 2020, vyplývá, že návrh na uzavření dodatku č. 2 byl předložen radě města zadavatele k rozhodnutí vzhledem k „[...] neočekávatelné délce poskytovaného plnění, jenž nebyla objektivně předvídatelná, objektivním překážkám v předání čistopisu, kdy ani nelze předvídat dobu dalšího trvání probíhajícího řízení posuzování vlivu na životní prostředí a nelze předvídat ani případnou nutnost dalšího přepracování projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajová trasa I, a to i z důvodů nutnosti přepracování projektové dokumentace v souvislosti s posuzováním vlivu na životní prostředí, ale také za účelem vyvlastnění nemovitých věcí ve vlastnictví třetích osob v území projektované stavby, finančním dopadům výskytu koronaviru označovaného jako SARS CoV-2 na území České republiky a všem dalším důvodům popsaným v příloze č. 1 tohoto dodatku č. 2 by bylo nadále nespravedlivé a proti dobrým mravům neposkytnout zhotoviteli žádné plnění ze strany objednatele za nesporně již provedené práce zhotovitele ve vztahu ke zpracování projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajová trasa I“.
44. Dne 3. 9. 2020 uzavřel zadavatel s vybraným dodavatelem dodatek č. 2.
45. Podle čl. I. „Úvodní ustanovení“ odst. 1 dodatku č. 2 se smluvní strany dohodly na „[...] změnách smlouvy, spočívajících zejména ve změně platebních podmínek ve vztahu k trase I, a to bez vlivu na celkovou cenu ze závazků ve smlouvě uvedených dle části D, čl. I. kdy o uvedenou změnu požádal zhotovitel svou řádně odůvodněnou žádostí ze dne 11.08.2020, která je přílohou č. 1. Uvedené je odůvodněno zejména skutečností, že zhotovitel již dne 2.2.2018 předal objednateli koncept projektové dokumentace pro územní řízení trasy I, jako část plnění v rámci části B smlouvy, avšak v důsledku neočekávané délky probíhajícího řízení posuzování vlivu na životní prostředí (EIA), jenž stále probíhá a je považováno odbornou

veřejností za jeden z největších procesů posuzování vlivů na životní prostředí v historii Česka, kdy rozhodující orgány evidují přes 3000, tak objednatel doposud od uzavření smlouvy zhotoviteli neuhradil ničeho na projektovou dokumentaci pro územní řízení — tramvajová trasa I. Smlouva nesporně stanovila, že zhotoviteli bude objednatelem uhrazeno poprvé na projektovou dokumentaci pro územní řízení — tramvajová trasa I až po předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení - v požadovaném rozsahu, a to 60% částky odpovídající tomuto plnění dle čl. III. části B této smlouvy. Vzhledem však k neočekávatelné délce poskytovaného plnění, jenž nebyla objektivně předvídatelná, objektivním překážkám v předání čistopisu, kdy ani nelze předvídat dobu dalšího trvání probíhajícího řízení posuzování vlivu na životní prostředí a nelze předvídat ani případnou nutnost dalšího přepracování projektové dokumentace pro územní řízení — tramvajová trasa I, a to i z důvodů nutnosti přepracování projektové dokumentace v souvislosti s posuzováním vlivu na životní prostředí, ale také za účelem vyvlastnění nemovitých věcí ve vlastnictví třetích osob v území projektované stavby, finančním dopadům výskytu koronaviru označovaného jako SARS CoV-2 na území České republiky a všem dalším důvodům popsaným v příloze č. 1 tohoto dodatku č. 2 by bylo nadále nespravedlivé a proti dobrým mravům neposkytnout zhotoviteli žádné plnění ze strany objednatele za nesporně již provedené práce zhotovitele ve vztahu ke zpracování projektové dokumentace pro územní řízení — tramvajová trasa I. Uvedená změna však nemění celkovou povahu veřejné zakázky a je učiněna v souladu s ust. § 222 odst. 6 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, když nutnost uzavření dodatku vyvstala nesporně z nepředvídatelných okolností“.

46. Podle čl. II. „Předmět dodatku“ dodatku č. 2 se smluvní strany dohodly mimo jiné na následující změně smlouvy o dílo v „Části B, čl. II. Doba plnění, odst. 14. smlouvy“¹:

„Smluvní strany se dohodly na tomto způsobu placení:

část B této smlouvy:

- k okamžiku uzavření dodatku č. 2 vystaví zhotovitel fakturu na 40% částky odpovídající plnění za projektovou dokumentaci pro územní řízení — tramvajové trasy I dle čl. III. části B této smlouvy. Po předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení — tramvajové trasy I v požadovaném rozsahu, obsahující veškeré právními předpisy požadované náležitosti, včetně náležitého zohlednění požadavků objednatele, vystaví zhotovitel fakturu na 20% částky odpovídající tomuto plnění dle čl. III. části B této smlouvy. Zbývající částka odpovídající 40% z ceny příslušného plnění dle čl. III. části B této smlouvy bude uhrazena na základě faktury vystavené zhotovitelem po vydání pravomocného územního rozhodnutí ke stavbě.“

47. V přípisu „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba Tramvajová trasa I, žádost o úpravu platebních podmínek“ ze dne 7. 8. 2020 (dále jen „žádost“), který tvoří přílohu č. 1 dodatku č. 2, je uvedeno mimo jiné následující: „Na základě ujednání ze smlouvy o dílo [...] jsme vám dne 2. 2. 2018 [...] předali koncept projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajová trasa I k připomínkovému řízení. Současně probíhaly práce na dokumentaci posuzování vlivů stavby na životní prostředí (EIA) [...] tak, aby bylo v co nejkratší době možné podání záměru EIA a závěry ze zjišťovacího řízení následně zohlednit v čistopise dokumentace tramvajové trasy I a

¹ Pozn. Úřadu: Dle smyslu a znění dodatku č. 2 se jedná nejspíše o písařskou chybu, kdy správně má být uvedeno, že jde o změnu v „Části D, čl. II. Platební podmínky, odst. 14 smlouvy“.

podat žádost o územní rozhodnutí. [...] Do 27. 6. 2018 probíhaly práce na dokumentaci EIA v úzké spolupráci se zadavatelem, uskutečnily se osobní konzultace se zástupci MOb Poruba ve věci nových požadavků stran životního prostředí (výsadby, kácení zeleně apod.). Na základě požadavků MOb Poruba byla dokumentace v části vegetačních úprav 2x zcela přepracována. [...] Dle závěrů zjišťovacího řízení následovaly práce na rozšíření dokumentace EIA a to v období 08/2018 – 02/2019. Rozšíření spočívalo v provedení dalších průzkumných prací, posuzování zdravotních rizik. [...] Souběžně zpracovatel řešil požadavky na dílčí technické úpravy dokumentace vzešlé ze závěrů zjišťovacího řízení. [...] Další přepracování dokumentace probíhalo v období 04/2019 až 03/2020. Došlo k úpravě dokumentace dle připomínek KÚ a požadavku objednatele (Statutárního města Ostrava), což mělo za důsledek provedení dalších časově náročných průzkumů, jejichž provedení bylo odvislé od klimatických podmínek. [...] 18.3.2020 podání přepracované dokumentace EIA na Krajský úřad [...] Předání podkladů zpracovateli posudku zatím neproběhlo [...] Termín veřejného projednání zatím nebyl s ohledem na pandemickou situaci v předchozích měsících stanoven. [...] Stanovisko KÚ k dokumentaci EIA bude vydáno až po zpracování posudku a veřejném projednání. V případě kladného stanoviska KÚ k dokumentaci EIA bude dopracována dokumentace DÚR. Následně bude podána žádost o umístění stavby. K podání žádosti o umístění stavby je dle Smlouvy o dílo [...] vázána fakturace ve výši 60% z položky „Projektová dokumentace pro územní řízení – tramvajová trasa I“ [...] Vzhledem ke skutečnosti, že práce na technickém návrhu proběhly již v roce 2017 a tento návrh byl ze strany objednatele odsouhlasen a dle názoru zhotovitele jsou požadavky na opětovné opravy a doplnění dokumentace EIA nad rámec zadání a odsouhlaseného rozsahu stavby, současně dochází k neúměrnému protahování termínového plnění, žádáme vás o úpravu platebních podmínek uvedených v čl.II, odstavec 14, část B smlouvy a to následovně:

- K termínu uzavření dodatku smlouvy fakturaci 40% z položky „Projektová dokumentace pro územní řízení – tramvajová trasa I“ dle Dodatku č. 1., tj. **2 194 219,76 Kč bez DPH**
- K podání žádosti o umístění stavby 20% z položky „Projektová dokumentace pro územní řízení – tramvajová trasa I“ dle Dodatku č. 1., tj. **1 097 109,88 Kč bez DPH“**

Obecně k problematice podstatné změny smlouvy

48. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že hlavním cílem zákona o zadávání veřejných zakázek je zejména zajištění hospodářské soutěže mezi dodavateli, což je výchozí předpoklad pro efektivní vynakládání veřejných prostředků. 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 zákona. Zákon v této souvislosti modifikuje proces kontraktace upravený jinak obecnými soukromoprávními předpisy, resp. stanovuje další požadavky, které zadavatel musí dodržet. Zadávání veřejných zakázek tak představuje specifický postup uzavření a následné modifikace smlouvy, který se v tomto ohledu výrazně liší od běžného soukromoprávního procesu kontraktace, který probíhá v režimu zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „**občanský zákoník**“), a který je výrazně volnější. Jinými slovy řečeno, zadávací řízení představuje značně formalizovaný proces, s minimem prostoru pro smluvní volnost. To je promítnuto mimo jiné do ustanovení § 124 odst. 4 zákona, z něhož vyplývá, že smlouvu na plnění veřejné zakázky s vybraným

dodavatelem je zadavatel povinen uzavřít v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v jeho nabídce.

49. Pravidla, za kterých může docházet ke změnám závazku z uzavřených smluv na plnění veřejné zakázky, jsou stanovena v § 222 zákona, resp. v tomto ustanovení je mimo jiné taxativně vymezeno, jaké změny závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku je nutno považovat za podstatné, a tedy nepřipustné.
50. Ustanovení § 222 zákona stanoví v návaznosti na závěry učiněné již dříve judikaturou (dnešního) Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“), který se problematikou limitů přípustnosti změn smluv na realizaci veřejných zakázek zabýval např. v rozsudku SDEU sp. zn. C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 (ve věci *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*) (dále jen „**rozsudek Presstext**“), meze pro jednání mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem o změnách obsahu smlouvy. SDEU v posledně citovaném rozsudku vymezil konkrétní hranice přípustnosti změny smlouvy tak, aby nedošlo k obcházení smyslu zákona, resp. prvku rovné soutěže mezi dodavateli. V uvedeném rozsudku SDEU 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 původně přijata. [...] pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány. [...] jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána“.
51. Ustanovení § 222 odst. 1 zákona přitom zakazuje zadavateli umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení, přičemž z dikce § 222 odst. 3 zákona vyplývá, že za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku lze považovat takovou změnu smluvních podmínek, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním zadávacím řízení, účast jiných dodavatelů než těch, kteří byli původně přijati do řízení, nebo které by umožnily vybrat jiného dodavatele než toho, který byl původně vybrán. Nepřipustná je rovněž taková změna, jež mění způsobem, který nebyl v původních zadávacích podmínkách předpokládán, ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch dodavatele, jemuž byla veřejná zakázka zadána. Za nepřipustnou je nezbytné dále považovat změnu, která značnou měrou veřejnou zakázku rozšiřuje obecně o jakékoli plnění dodavatele, které původně nebylo předpokládáno.
52. Co se týče pojmu „změna ekonomické rovnováhy smlouvy“, tento není v zákoně blíže vymezen, avšak např. z výše uvedeného rozsudku *Presstext* lze dle výkladu SDEU² dovodit, že se jedná o takovou změnu, která modifikuje smluvní podmínky, jež byly zadavatelem závazně stanoveny v rámci zadávacích podmínek, ve prospěch vybraného dodavatele. Může se přitom jednat zejm. o změnu finančních, resp. platebních podmínek, neboť ta je s to narušit hospodářskou soutěž k újmě potenciálních uchazečů, kdy nastavení výhodnějších podmínek může významně ovlivnit např. jejich počet.

² V rozsudku *Presstext* SDEU mj. dovodil, že zvýšením rabatu dochází ke snížení odměny poskytovatele ve srovnání s původně stanovenou odměnou a hospodářská rovnováha smlouvy se tak nemění ve prospěch poskytovatele, přičemž pouhá skutečnost, že zadavatel obdrží výraznější rabat na část služeb, které jsou předmětem zakázky, nemůže narušit hospodářskou soutěž k újmě potenciálních uchazečů a nemůže tedy představovat podstatnou změnu smlouvy.

53. Zákon však definuje i situace, za kterých se změna závazku nepovažuje za podstatnou; jde o § 222 odst. 2, 4, 5, 6 a 7 zákona. Ve všech případech změn závazků, které při splnění zákonných předpokladů nelze považovat za podstatné, se jedná o výjimky ze zákona, které je jako takové třeba vykládat restriktivně. Zadavatel je tak povinen prokázat, že pro uplatnění některého ze změnových ustanovení splňuje všechny zákonné předpoklady, přičemž pokud toho zadavatel není schopen, nemůže zamýšleným způsobem postupovat.
54. Zamýšlí-li zadavatel provést změnu závazku, musí tedy nejprve postavit najisto, zda se jedná o podstatnou či nepodstatnou změnu. Nepodstatné změny, tj. ty, které nenaplnují žádný ze znaků podstatné změny ve smyslu § 222 odst. 3 zákona nebo které je možné podřadit pod alespoň jeden z odstavců 2, 4, 5, 6 nebo 7 ustanovení § 222 zákona – bez ohledu na ustanovení § 222 odst. 3 zákona – může zadavatel provést bez realizace nového zadávacího řízení. Podstatné změny, tj. změny, které nenaplnují žádnou z definic nepodstatných změn, zadavatel naopak nemůže provést bez realizace nového zadávacího řízení. Každou zamýšlenou změnu je pak zadavatel povinen „zatřídit“, tedy odůvodnit buď některým z odstavců 2, 4, 5, 6 nebo 7 ustanovení § 222 zákona, nebo tím, že provedením změny nedojde k naplnění žádného ze znaků podstatné změny dle § 222 odst. 3 zákona, přičemž pokud nelze zamýšlenou změnu zařadit do žádné z uvedených kategorií nepodstatných změn, není zadavatel oprávněn ji umožnit bez provedení nového zadávacího řízení dle zákona.

Právní posouzení postupu zadavatele při uzavření dodatku č. 2

55. Úřad na úvod uvádí, že v šetřeném případě zadavatel dne 10. 2. 2017 uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu o dílo na vypracování projektové dokumentace pro územní řízení pro stavbu „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“, přičemž tato stavba se skládá ze dvou úseků, a to tramvajové trasy D a tramvajové trasy B. Následně zadavatel dne 18. 10. 2017 uzavřel s vybraným dodavatelem dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo, ve kterém mimo jiné upravil cenové ujednání, tramvajové trasy D a B upravil na tramvajové trasy I a II a termín předání části plnění předmětu smlouvy – předání konceptů projektové dokumentace pro územní řízení – nově stanovil na 51 týdnů pro první úsek stavby (tramvajovou trasu I) a 64 týdnů pro druhý úsek stavby (tramvajovou trasu II) od nabytí účinnosti smlouvy o dílo (viz body 40. až 42. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Následně zadavatel dne 3. 9. 2020 uzavřel s vybraným dodavatelem v návaznosti na jeho žádost dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo, ve kterém mimo jiné změnil platební podmínky k části B smlouvy o dílo tak, že platební podmínku na vyplacení 60 % částky odpovídající plnění dle čl. III. části B smlouvy o dílo, navázanou na předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajové trasy I (DÚR), nahradil platební podmínkou na vyplacení 40 % částky odpovídající plnění dle čl. III. části B smlouvy o dílo k okamžiku uzavření dodatku č. 2 a vyplacení 20 % částky odpovídající plnění dle čl. III. části B smlouvy o dílo ponechal navázanou na předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajové trasy I (DÚR) (viz body 38. a 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
56. Předmětem šetření Úřadu tak bylo posouzení, zda uvedenou změnou v rámci dodatku č. 2 (tzn. změnou platebních podmínek pro část B smlouvy o dílo) zadavatel v rozporu se zákonem neumožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku.
57. Úřad v obecné rovině uvádí, že platební podmínky veřejné zakázky jsou pro každého potenciálního dodavatele jednou ze zásadních skutečností, na jejímž základě se rozhoduje, zda se má zadávacího řízení vůbec zúčastnit. V případě, kdy odměna za plnění veřejné zakázky není

koncipována ve formě zálohových plateb, přitom musí každý potenciální dodavatel počítat s tím, že do splnění nastavených platebních podmínek ponese náklady na plnění předmětu veřejné zakázky z vlastních zdrojů. V závislosti na předmětu veřejné zakázky a konkrétním nastavení platebních podmínek se může způsob vyplacení odměny za plnění veřejné zakázky, a tedy i nároky na finanční sílu dodavatele a schopnost financovat provádění plnění předmětu veřejné zakázky značně různit. Každý dodavatel si tedy před tím, než podá na veřejnou zakázku nabídku, musí nejen zvážit, zda je vůbec schopen požadovaný předmět veřejné zakázky v plném rozsahu věcně splnit, ale také, zda je nastavení platebních podmínek veřejné zakázky pro něj akceptovatelné. Údaj o tom, kdy a za jakých podmínek dojde k výplatě odměny za plnění veřejné zakázky je proto třeba pokládat za jednu ze zásadních zadávacích podmínek.

58. Úřad při posouzení šetřeného případu vycházel ze skutečnosti, že v rámci původních zadávacích podmínek, resp. původní smlouvy o dílo, byly platební podmínky za plnění dle čl. III. části B smlouvy o dílo nastaveny tak, že 60 % částky odpovídající uvedenému plnění bylo navázáno na předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení — tramvajové trasy I (DÚR) a 40 % částky odpovídající uvedenému plnění bylo navázáno na vydání pravomocného územního rozhodnutí ke stavbě (viz bod 38. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dodatkem č. 2 pak došlo ke změně platební podmínky za plnění dle čl. III. části B smlouvy o dílo tak, že po uzavření dodatku č. 2 bylo vybranému dodavateli umožněno vystavit fakturu na 40 % částky odpovídající uvedenému plnění, výplata 20 % částky odpovídající uvedenému plnění zůstala navázána na předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení — tramvajové trasy I (DÚR) a 40 % částky odpovídající uvedenému plnění zůstalo navázáno na vydání pravomocného územního rozhodnutí ke stavbě (viz bod 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
59. Dle názoru Úřadu se přitom nejednalo pouze o marginální změnu původně stanovených platebních podmínek, neboť ze zadávací dokumentace (viz body 29. až 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí) i ze smlouvy o dílo (viz body 35. až 38. odůvodnění tohoto rozhodnutí) jednoznačně plyne záměr zadavatele neposkytovat finanční prostředky dopředu formou zálohy, ale uvolnit sjednanou výši odměny za část plnění předmětu veřejné zakázky až ve chvíli, kdy bude disponovat konečnou verzí projektové dokumentace, popřípadě až ve chvíli získání pravomocného územního rozhodnutí ke stavbě. Dle platebních podmínek před uzavřením dodatku č. 2 totiž byla výplata části odměny (60 %) za plnění dle čl. III. části B smlouvy o dílo navázána na předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení — tramvajové trasy I (DÚR), tedy finální verze dokumentace, kterou zadavatel bude dokládat v rámci žádosti o vydání územního rozhodnutí. Tím, že zadavatel při uzavření dodatku č. 2 změnil výše uvedenou platební podmínku a nově umožnil vybranému dodavateli bez dalšího vystavit fakturu na část odměny (40 %) za plnění dle čl. III. části B smlouvy o dílo, přestože v danou chvíli disponoval pouze konceptem projektové dokumentace pro územní řízení trasy I., ve vztahu k níž dosud probíhá řízení posuzování vlivu na životní prostředí (EIA), u kterého navíc i dle vyjádření k podnětu samotného zadavatele „[...] nelze předvídat dobu dalšího trvání probíhajícího řízení posuzování vlivu na životní prostředí a nelze předvídat ani případnou nutnost dalšího přepracování díla - projektové dokumentace pro územní řízení —tramvajové trasy I jako výsledku probíhajícího řízení posuzování vlivu na životní prostředí“, tedy jednoznačně změnil ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, a tedy umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Jak přitom Úřad uvedl již výše, způsob stanovení platebních podmínek může být při rozhodování, zda se určitý dodavatel účastní zadávacího řízení, či nikoliv, rozhodujícím faktorem (viz bod 57.

odůvodnění tohoto rozhodnutí). Uzavřením dodatku č. 2 tak zadavatel zvýhodnil vybraného dodavatele oproti jiným uchazečům, resp. potencionálním dodavatelům, neboť ostatní uchazeči při vypracování resp. podávání svých nabídek na veřejnou zakázku vycházeli z původně stanovených podmínek zadání, ze kterých jednoznačně plyne záměr zadavatele neposkytovat finanční prostředky dopředu formou zálohy, ale uvolnit sjednanou výši odměny za část plnění předmětu veřejné zakázky až ve chvíli, kdy bude disponovat konečnou verzí projektové dokumentace, popřípadě až ve chvíli získání pravomocného územního rozhodnutí ke stavbě. V případě nastavení mírnějších požadavků na platební podmínky, což dodatek č. 2 fakticky představuje, proto nelze vyloučit, že by zadavatel obdržel i nabídky jiných dodavatelů, kteří mohli nabídnout nižší cenu než vybraný dodavatel.

60. Z výše uvedených skutečností je tedy zřejmé, že v šetřeném případě zadavatel uzavřením dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo umožnil v rozporu s ustanovením § 222 odst. 3 písm. b) zákona podstatnou změnu závazku vyplývajícího ze smlouvy o dílo, kterou uzavřel s vybraným dodavatelem, a to z důvodu podstatné změny spočívající ve změně platebních podmínek, která mění ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele. Současně vzhledem k tomu, že původní platební podmínky ve smlouvě o dílo si kladly vyšší nároky týkající se finanční síly dodavatele a schopnosti financovat provádění příslušných projekčních prací z vlastních prostředků než platební podmínky ve smyslu dodatku č. 2, pak nelze vyloučit, že v případě, že by zadavatel nastavil mírnější požadavky na platební podmínky již v zadávacích podmínkách veřejné zakázky, se mohlo zadávacího řízení na veřejnou zakázku účastnit více dodavatelů, což by následně mohlo vést k výběru jiné výhodnější nabídky než té, která byla vybrána, a proto jednání zadavatele mohlo ovlivnit výběr dodavatele.

K aplikaci výjimky dle § 222 odst. 6 zákona

61. Vzhledem k tomu, že zadavatel uzavřel dodatek č. 2 s odkazem na § 222 odst. 6 zákona, což opakovaně uvádí i ve svých vyjádřeních, bude se Úřad v další části odůvodnění tohoto rozhodnutí zabývat tím, zda zadavatel nemohl naplnit podmínky dle § 222 odst. 6 zákona, tj. zda zadavatel nenaplnil podmínky pro uplatnění výjimky z jinak obecného zákazu umožnění podstatných změn závazku ze smlouvy uvedeného v § 222 odst. 1 zákona.
62. Úřad nejprve poznamenává, že ustanovení § 222 odst. 6 zákona umožňuje zadavateli změnit závazek ze smlouvy v případě, že potřeba takové změny vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, nemění celkovou povahu veřejné zakázky a hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku. Takováto změna pak, a to i kdyby současně naplňovala znaky podstatné změny dle § 222 odst. 3 zákona, není považována ze zákona za podstatnou.
63. Úřad s ohledem na výše uvedené opakuje, že uvažovat o aplikaci tohoto ustanovení zákona lze pouze v takových případech, ve kterých zadavatel prokáže naplnění všech tří podmínek pro možnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Z dikce § 222 odst. 6 zákona přitom vyplývá, že jednou z těchto podmínek je skutečnost, že potřeba změny závazku ze smlouvy vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat.
64. S odkazem na výše učiněné závěry týkající se ustanovení § 222 odst. 6 zákona konstatuje Úřad ve vztahu k šetřenému případu následující.

65. Úřad opakuje, že ve zde posuzovaném případě zadavatel uzavřel s vybraným dodavatelem v návaznosti na žádost vybraného dodavatele dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo, kterým mimo jiné změnil platební podmínky k části B smlouvy o dílo tak, že platební podmínku na výplatu 60 % částky odpovídající plnění dle čl. III. části B smlouvy o dílo, původně navázanou na předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení — tramvajové trasy I (DÚR), nahradil platební podmínkou na výplatu 40 % částky odpovídající plnění dle čl. III. části B smlouvy o dílo k okamžiku uzavření dodatku č. 2 a výplatu 20 % částky odpovídající plnění dle čl. III. části B smlouvy o dílo ponechal navázanou na předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení — tramvajové trasy I (DÚR) (viz body 38. a 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
66. Změnou uvedené platební podmínky tak došlo k dřívějšímu vyplacení části odměny za plnění předmětu veřejné zakázky, než by tomu bylo dle původně sjednaných platebních podmínek dle smlouvy o dílo. Úřad opakuje, že původním záměrem zadavatele dle zadávací dokumentace (viz body 29. až 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí) i smlouvy o dílo (viz body 35. až 38. odůvodnění tohoto rozhodnutí) jednoznačně bylo neposkytovat finanční prostředky dopředu formou zálohy, ale uvolnit sjednanou výši odměny za část plnění předmětu veřejné zakázky až ve chvíli, kdy bude disponovat konečnou verzí projektové dokumentace, popřípadě až ve chvíli získání pravomocného územního rozhodnutí ke stavbě. Pokud tedy zadavatel původně nastavil platební podmínky tak, že k výplatě odměny za plnění předmětu veřejné zakázky dojde až ve chvíli, kdy zadavatel obdrží čistopis projektové dokumentace, popřípadě získá pravomocné územní rozhodnutí, a současně vyloučí použití ustanovení § 2611 občanského zákoníku, umožňující požadovat vyplacení záloh za plnění předmětu veřejné zakázky, působí toto jeho jednání tak, že si byl vědom možných komplikací s prováděním předmětu veřejné zakázky, a tudíž navázal výplatu veřejných prostředků až do momentu, kdy bude mít jistotu kvalitního plnění vedoucího ke splnění samotného účelu realizace veřejné zakázky, a tedy veškerá rizika plnění předmětu veřejné zakázky přenesl na vybraného dodavatele, což lze nepochybně označit jako jednání zadavatele s náležitou péčí. Následná potřeba (resp. snaha o domluvu) změny platebních podmínek pak nevznikla na straně zadavatele, nýbrž na straně vybraného dodavatele, který zadavateli předložil svou žádost o úpravu platebních podmínek, pročež zadavatel nebyl povinen této žádosti vybraného dodavatele vyhovět. V daném případě tak na straně zadavatele reálně potřeba změny předmětného závazku ze smlouvy o dílo ve smyslu § 222 odst. 6 zákona nevznikla, neboť předmětná změna nesměřovala k zajištění dokončení předmětu plnění veřejné zakázky a nebyla vyvolána potřebou zadavatele, nýbrž toliko na základě žádosti vybraného dodavatele, který se pokusil řešit svou situaci rozvolněním smluvních podmínek. Na právě uvedeném pak nemůže nic změnit ani argumentace zadavatele, že reagoval na podanou žádost vybraného dodavatele, jež je odůvodněna nepředvídatelnými objektivními okolnostmi, jelikož z těchto okolností (délka řízení EIA či dopady výskytu koronaviru SARS-CoV-2) není možné dovodit potřebu zadavatele uzavřít dodatek č. 2 ve smyslu zajištění řádného dokončení předmětu veřejné zakázky. Podstatnou skutečností totiž je, že z předmětné žádosti vybraného dodavatele nevyplývalo, že by požadoval změnu smluvních podmínek s ohledem na „provozní potřebu“ takových úprav, nýbrž spíše vybraný dodavatel nabyl dojmu, že *„(...) by mu měla být část peněžních prostředků již uhrazena, jelikož práce na technickém návrhu proběhly již v roce 2017 a tento návrh byl ze strany objednatele odsouhlasen a dle názoru zhotovitele jsou požadavky na opětovné opravy a doplnění dokumentace EIA nad rámec zadání a*

odsouhlaseného rozsahu stavby, současně dochází k neúměrnému protahování termínového plnění (...)“. V tomto kontextu tedy ze strany vybraného dodavatele ani nebyla projevována reálná potřeba změny předmětného závazku. Nadto taktéž nelze vyloučit, že v případě, že by byl vybraným dodavatelem jiný dodavatel, pak tento by předmětnou žádost o změnu platebních podmínek nepodal a k uzavření dodatku č. 2 by tak vůbec nedošlo. Nelze tedy konstatovat, že by se v daném případě jednalo o změnu závazku řešící objektivní potřeby, ke které by bylo nutné přistoupit bez ohledu na osobu dodavatele. Zadavatel tak svým postupem zvýhodnil konkrétního dodavatele, aniž by takový přístup byl v daném případě odůvodněn důvody splňujícími požadavky zákona.

67. Vzhledem k tomu, že pro aplikaci změny dle § 222 odst. 6 zákona je nezbytností naplnění všech podmínek uvedených v tomto ustanovení zákona, není možné nahlížet na změnu závazku ze smlouvy jako na nepodstatnou, pokud by nebyla naplněna byť jen jediná z nich. S ohledem na právě uvedené tedy Úřad konstatuje, že se v šetřeném případě nemůže jednat o nepodstatnou změnu smlouvy na základě aplikace § 222 odst. 6 zákona, neboť v šetřeném případě nebyla splněna podmínka, podle které měla potřeba změny závazku ze smlouvy vzniknout v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat.

K dalším důvodům změny platebních podmínek

68. K argumentaci zadavatele, že by bylo nadále nespravedlivé a proti dobrým mravům neposkytnout vybranému dodavateli žádné plnění ze strany zadavatele za nesporně již provedené práce ve vztahu ke zpracování části díla – projektové dokumentaci pro územní řízení – tramvajová trasa I, Úřad opakuje, že zákon modifikuje proces kontraktace upravený jinak obecnými soukromoprávními předpisy, resp. stanovuje další požadavky, které zadavatel musí dodržet a zadávání veřejných zakázek tak představuje specifický postup uzavření a následné modifikace smlouvy, který se v tomto ohledu výrazně liší od běžného soukromoprávního procesu kontraktace, který probíhá v režimu občanského zákoníku, a který je výrazně volnější. Jinými slovy řečeno, zadávací řízení představuje značně formalizovaný proces, s minimem prostoru pro smluvní volnost. Dle názoru Úřadu nadto nelze vyloučit, že uvedeným postupem zadavatele mohlo dojít k umožnění vybranému dodavateli vystavit fakturu na část odměny za plnění předmětu veřejné zakázky, které dle původních platebních podmínek plynoucích ze zadávací dokumentace a smlouvy o dílo nemuselo být způsobilé k fakturaci, neboť zadavatel nemá jistotu, že nebude nutné přistoupit k dalším úpravám a změnám poskytovaného plnění tak, aby byly splněny případné požadavky plynoucí z EIA, a zda tedy skutečně šlo o plnění bezvadné, za které vybranému dodavateli náleží spravedlivá odměna.
69. K argumentaci zadavatele, že by dodatek č. 2 uzavřel i s případným jiným dodavatelem Úřad uvádí následující. Vzhledem ke skutečnosti, že uzavření dodatku č. 2 předcházela žádost vybraného dodavatele, ve které vybraný dodavatel zadavateli předestřel konkrétní úpravu platebních podmínek, kterou zadavatel následně beze změny schválil a dodatek č. 2 s vybraným dodavatelem uzavřel s parametry uvedenými v žádosti, není možné dovozovat, že by se každý potenciální dodavatel vůbec ocitl v dané situaci, případně že by si podal žádost o změnu platebních podmínek, a navíc v takové podobě rozvržení odměny za plnění, jako tomu bylo u žádosti vybraného dodavatele. Tím, že zadavatel vyhověl žádosti vybraného dodavatele a uzavřel s ním dodatek č. 2, ačkoliv, jak již Úřad uvedl výše (viz body 59. a 66. odůvodnění tohoto rozhodnutí), dle původních platebních podmínek bylo vyplacení části

odměny za plnění předmětu veřejné zakázky navázáno až na čistopis projektové dokumentace, popřípadě získání pravomocného územního rozhodnutí, zadavatel nepochybně změnil ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele.

70. K argumentu zadavatele týkající se možné druhotné platební neschopnosti u vybraného dodavatele či jeho subdodavatelů Úřad předně uvádí, že touto okolností vybraný dodavatel v rámci své žádosti neargumentuje. Dle názoru Úřadu je přitom tato okolnost pouze hypotetická a argumentace zadavatele taktéž diskutabilní, jelikož i v případě, že by u některého ze subjektů podílejícího se na realizaci předmětu veřejné zakázky hrozila platební neschopnost, je od zadavatele smýšlejícího jako řádný hospodář poměrně překvapivé jednání vyplatit část odměny za takové plnění, u kterého zadavatel nemá jistotu, zda ho vůbec bude moci pro realizaci veřejné zakázky použít. Bez ohledu na uvedené je však zásadní okolnost, že zadavatel své tvrzení formuluje jako pouhou eventualitu, pro jejíž potvrzení nepřináší žádné další důkazy, a proto Úřad s ohledem na nutnost restriktivního výkladu aplikace výjimky ze zákona vyhodnotil předmětnou argumentaci zadavatele jako ničím nepodloženou a tedy neprůkaznou.
71. Úřad na základě všech výše uvedených skutečností tedy dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s § 222 odst. 1 zákona umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy o dílo uzavřené dne 10. 2. 2017 mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem na základě výsledku zadávacího řízení veřejné zakázky po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení dle zákona, když dne 3. 9. 2020 uzavřel dodatek č. 2, kterým ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) zákona změnil ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy o dílo ve prospěch vybraného dodavatele tím, že změnil platební podmínky pro část B smlouvy o dílo tak, že k okamžiku uzavření dodatku č. 2 umožnil vybranému dodavateli vystavit fakturu na 40 % částky odpovídající plnění za projektovou dokumentaci pro územní řízení — tramvajové trasy I, a po předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení — tramvajové trasy I v požadovaném rozsahu umožní vybranému dodavateli vystavit fakturu na 20 % částky odpovídající příslušnému plnění, ačkoliv podle smlouvy o dílo mělo dojít k prvnímu vyplacení příslušné části smlouvené odměny až po předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení předmětné tramvajové trasy v požadovaném rozsahu, a to na základě vystavené faktury na 60 % částky odpovídající tomuto plnění, přičemž uvedený postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. rozhodnutí

72. Úřad ve výroku I. tohoto rozhodnutí konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při uzavření dodatku č. 2 umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení dle zákona, když změnil ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele.
73. Vzhledem ke zjištěnému přestupku Úřad přistoupil k uložení pokuty.
74. Podle § 29 zákona o přestupcích odpovědnost za přestupek zaniká
- a) uplynutím promlčecí doby,
 - b) smrtí fyzické osoby,

- c) zánikem právnické osoby, nemá-li právního nástupce, nebo
- d) vyhlášením amnestie.

75. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích počíná promlčecí doba běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
76. Podle § 270 odst. 5 zákona činí promlčecí doba 5 let.
77. V návaznosti na výše uvedené Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. V šetřeném případě došlo ke spáchání přestupku dne 3. 9. 2020 uzavřením dodatku č. 2. Úřad se o spáchání přestupku dozvěděl v souvislosti s přezkumem postupu zadavatele při uzavření dodatku č. 2 na základě podnětu, který obdržel dne 1. 2. 2021, přičemž řízení o přestupku bylo zahájeno dne 7. 4. 2021 doručením oznámení o zahájení řízení o přestupku ze dne 6. 4. 2021 zadavateli.
78. S ohledem na výše uvedené lze konstatovat, že odpovědnost obviněného za předmětný přestupek nezanikla.
79. Podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona lze za přestupek podle § 268 odst. 1 zákona, nepoužije-li se postup podle § 268 odst. 3 zákona, uložit pokutu do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) až c) zákona.
80. Jak vyplývá z dodatku č. 1, konečná cena veřejné zakázky, při jejímž zadávání se zadavatel dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí částku 11 430 093,18 Kč včetně DPH. Vzhledem k tomu, že cenu veřejné zakázky lze zjistit, může být zadavateli za spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona uložena pokuta do 10 % ceny zakázky, což v předmětném případě po zaokrouhlení činí částku ve výši 1 143 009 Kč.
81. Podle § 37 písm. a), c) a g) zákona o přestupcích (Úřad zde cituje pouze ta ustanovení, která jsou v daném případě pro určení druhu a výměry trestu relevantní, pozn. Úřadu) se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku, k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem a u právnické osoby nebo podnikající fyzické osoby k povaze její činnosti.
82. Podle § 38 písm. a), b), c), d), f) a g) zákona o přestupcích je povaha a závažnost přestupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, významem a rozsahem následku přestupku, dále způsobem spáchání přestupku, okolnostmi spáchání přestupku, rovněž i délkou doby, po kterou trvalo protiprávní jednání pachatele nebo po kterou trval protiprávní stav udržovaný protiprávním jednáním pachatele a počtem jednotlivých dílčích útoků, které tvoří pokračování v přestupku.
83. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná, nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné,

jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. S požadavky soudu na řádné odůvodnění pokuty, obsaženými ve výše citovaném rozsudku, se Úřad vypořádává následujícím způsobem.

84. S ohledem na povahu spáchaného přestupku (viz odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí) Úřad zohlednil při ukládání pokuty následující skutečnosti. Ke způsobu spáchaní přestupku Úřad uvádí, že provedení podstatné změny závazku – změny platebních podmínek uzavřením dodatku č. 2 – vedlo k tomu, že zadavatel umožnil vybranému dodavateli získat 40 % částky odpovídající plnění za projektovou dokumentaci pro územní řízení – tramvajové trasy I dle čl. III. části B této smlouvy, ačkoliv původně stanovené platební podmínky nebyly splněny, čímž zadavatel změnil ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele.
85. Při posuzování stupně závažnosti spáchaného přestupku vzal Úřad v úvahu skutečnost, že v daném případě zadavatel po uzavření smlouvy o dílo dodatkem č. 2 podstatně změnil původně nastavené platební podmínky ve smlouvě o dílo (která tvořila součást zadávacích podmínek) ve prospěch vybraného dodavatele, což mohlo mít za následek omezení soutěže mezi potenciálními dodavateli, která je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků (coby hlavního účelu zákona). Jedná se tedy o přestupek závažného charakteru, neboť v důsledku nezákonného jednání zadavatele mohlo být narušeno konkurenční prostředí v daném tržním odvětví.
86. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchaní přestupku. V daném případě měl spáchaný přestupek za následek, že vybraný dodavatel nebyl při zadávání veřejné zakázky vystaven takové konkurenci, jako kdyby zadavatel provedl změnu platebních podmínek veřejné zakázky již v zadávacích podmínkách veřejné zakázky. Zadavatel tak nenaplnil elementární účel zákona, kterým je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Nezákonným postupem zadavatele mohlo reálně dojít k omezení počtu potenciálních dodavatelů veřejné zakázky. Nelze přitom vyloučit, že v případě změny platebních podmínek veřejné zakázky již v zadávacích podmínkách veřejné zakázky by mohla být nabídka jiného dodavatele pro zadavatele ekonomicky výhodnější, čímž by došlo k úspoře finančních prostředků z veřejných zdrojů.
87. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad jako polehčující okolnost v úvahu skutečnost, že dodatkem č. 2 nebyly změněny platební podmínky ve vztahu k celému předmětu plnění veřejné zakázky, nýbrž pouze k části předmětu plnění (projektová dokumentace pro územní řízení – tramvajové trasy I). Úřad zároveň k této polehčující okolnosti podotýká, že ji nelze považovat za okolnost, která by „zhojila“ zjištěné porušení zákona zadavatelem. Úřad však k této okolnosti přihlédl při posuzování způsobu spáchaní přestupku a při zvažování výše sankce.
88. 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. Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter.
89. Usnesením zadavatele č. 1181/ZM1822/19 ze dne 11. 12. 2020 (dostupné na https://www.ostrava.cz/cs/urad/magistrat/odbory-magistratu/odbor-financi-a-rozpocetu/oddeleni-rozpocetove/rozpocety/copy_of_rozpocet-statutarniho-mesta-ostrava-na-rok-2020) byl schválen rozpočet zadavatele na rok 2021, z něhož vyplývá, že obviněný

hospodaří v roce 2021 s finančními prostředky v řádech jednotek miliard korun českých. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž obviněný disponuje, považovat za likvidační či nespravedlivou.

90. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, jež nelze oddělit, 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. Uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam.
91. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů zadavatele Úřad při určení výměry uložené pokuty dospěl k závěru, že výše pokuty stanovená ve výši 100 000 Kč naplňuje dostatečně obě shora uvedené funkce právní odpovědnosti.
92. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
93. 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.

K výroku III. rozhodnutí

94. Podle ustanovení § 93 odst. 1 písm. i) zákona o přestupcích se ve výrokové části rozhodnutí o přestupku, kterým je obviněný uznán vinným, kromě náležitostí podle správního řádu uvede výrok o náhradě nákladů řízení.
95. Správní orgán podle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích uloží obviněnému, který byl uznán vinným, povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou. Pokud bylo rozhodnutí o přestupku zrušeno jiným orgánem veřejné moci a tato skutečnost má za následek nesplnění podmínek pro uložení náhrady nákladů řízení, správní orgán nahrazené náklady vrátí.
96. Vzhledem k tomu, že zákon o přestupcích v současné době náklady řízení blíže neupravuje, musel správní orgán vycházet z obecného právního předpisu, kterým je správní řád.
97. Podle § 79 odst. 5 správního řádu uloží správní orgán povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti. Podle citovaného ustanovení správního řádu výši paušální částky nákladů řízení stanoví prováděcí právní předpis. Tímto předpisem je vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělků, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, v rozhodném znění, (dále jen „**vyhláška**“), která v § 6 odst. 1 stanoví, že paušální částka nákladů správního řízení, které účastník vyvolal porušením své právní povinnosti, činí 1 000 Kč.

98. Jelikož v daném případě Úřad zahájil řízení o přestupku z moci úřední, neboť dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku, je zřejmé, že řízení bylo vyvoláno porušením právní povinnosti obviněného a Úřad je tedy povinen obviněnému uložit náhradu nákladů řízení ve výši stanovené vyhláškou. Z toho důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
99. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2021000130.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

Statutární město Ostrava, Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava

Vypraveno dne

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