



UOHSX00GXML2

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



PŘÍKAZ

Spisová značka: ÚOHS-S0571/2022/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-44034/2022/500

Brno 8. 12. 2022

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ustanovení § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve věci spáchání přestupku podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) téhož zákona obviněným

- statutární město Liberec, IČO 00262978, se sídlem nám. dr. E. Beneše 1/1, 460 59 Liberec 1, v souvislosti s uzavřením Smlouvy o dílo na provedení projektových prací „Vypracování PD komplexní revitalizace administrativního objektu URAN“ ze dne 29. 10. 2019 na realizaci veřejné zakázky „Vypracování PD komplexní revitalizace administrativního objektu URAN“ zadávané jako veřejná zakázka malého rozsahu mimo zadávací řízení a jejího Dodatku č. 1 ze dne 21. 1. 2020, vydává podle ustanovení § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů, tento

příkaz:

I.

Obviněný – statutární město Liberec, IČO 00262978, se sídlem nám. dr. E. Beneše 1/1, 460 59 Liberec 1 – se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů tím, že nedodržel pravidlo stanovené v § 222 odst. 1 citovaného zákona, když umožnil podstatnou změnu závazku ze Smlouvy o dílo uzavřené dne 29. 10. 2019 mezi jmenovaným obviněným a vybraným dodavatelem – re:architekti studio s.r.o., IČO 05559022, se sídlem Bělohorská 193/149, 169 00 Praha 6 - Břevnov – na realizaci

veřejné zakázky „Vypracování PD komplexní revitalizace administrativního objektu URAN“ zadávané jako veřejná zakázka malého rozsahu mimo zadávací řízení, po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení dle citovaného zákona, když dne 21. 1. 2020 uzavřel Dodatek č. 1 k výše specifikované Smlouvě o dílo, kterým změnil rozsah předmětu díla tak, že jej rozšířil o projekční práce, čímž navýšil konečnou cenu díla o 517 000 korun bez DPH, tedy z 1 725 000 Kč bez DPH na 2 224 500 Kč bez DPH a prodloužil termín ukončení prací uvedený v bodě 6. 1. výše specifikované Smlouvy o dílo, a to z původního termínu „do dvanácti týdnů ode dne zaslání výzvy k zahájení plnění objednatel“ na nový termín 15. 5. 2020, **tedy se dopustil změny, která ve smyslu § 222 odst. 3 písm. c) citovaného zákona vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění výše definované veřejné zakázky, přičemž tímto jednáním mohl ovlivnit výběr dodavatele.**

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu se obviněnému – statutární město Liberec, IČO 00262978, se sídlem nám. dr. E. Beneše 1/1, 460 59 Liberec 1 – podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

pokuta ve výši 40 000,- Kč (čtyřicet tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu.

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP OBVINĚNÉHO V SOUVISLOSTI S UZAVŘENÍM SMLOUVY O DÍLO

1. Obviněný – statutární město Liberec, IČO 00262978, se sídlem nám. dr. E. Beneše 1/1, 460 59 Liberec 1 (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) – dne 12. 6. 2019 zahájil výběrové řízení za účelem získání dodavatele na veřejnou zakázku „Architektonický návrh komplexní revitalizace administrativního objektu URAN“; předmětnou veřejnou zakázku zadával jako veřejnou zakázku malého rozsahu (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla zadavatelem stanovena ve výši 1 800 000 Kč, tedy v zákonném limitu pro veřejné zakázky malého rozsahu na služby dle ust. § 27 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon“), a proto zadavatel v souladu s ustanovením § 31 zákona postupoval při jejím zadávání mimo režim zákona.
3. Zadavatel v čl. 2 „PŘEDMĚT VÝBĚROVÉHO ŘÍZENÍ, ZADÁNÍ“ bodu 2.1. výzvy k podání nabídek ze dne 12. 6. 2019 uvedl, že se se jedná „o komplexní přepláštění objektu a návrh koncepce nového řešení technologií (...)“. Zadavatel dále v čl. 3.2 výzvy uvedl maximální celkovou hodnotu veřejné zakázky, která činí 1 800 000,- Kč bez DPH.
4. Dne 29. 10. 2019 uzavřel obviněný se společností re:architekti studio s.r.o., IČO 05559022, se sídlem Bělohorská 193/149, 169 00 Praha 6 Břevnov (dále jen „společnost re:architekti“ nebo „vybraný dodavatel“), na předmět plnění veřejné zakázky „Smlouvu o dílo“ (dále jen „smlouva“). V čl. 3.1 „předmět smlouvy“ Smlouvy o dílo je uvedeno, že „*účelem plnění této smlouvy je zpracování projektové dokumentace zahrnující kompletní obnovu obvodového pláště objektu URAN (...), která bude vytvořena dle požadavků objednatel, poskytovatele dotace OPŽP, v souladu s platnými předpisy a dle návrhu zhotovitele předloženého ve výběrovém řízení (...)*“.

5. Dle čl. 7 smlouvy „Cena za dílo“ byla stanovena konečná cena díla ve výši 1 725 000,- Kč bez DPH.
6. Dne 21. 1. 2020 byl mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem uzavřen Dodatek č. 1 (dále jen „dodatek“) ke Smlouvě. Tímto dodatkem byly mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem sjednány dodatečné projekční práce, změněn termín dodání díla z původního „do dvanácti týdnů ode dne zaslání výzvy k zahájení plnění objednatel“ na 15. 5. 2020 a došlo k navýšení konečné ceny díla o 517 500,- Kč bez DPH. Celková cena díla po uzavření dodatku tak činila 2 242 500,- Kč bez DPH.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED VYDÁNÍM PŘÍKAZU

7. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle ustanovení § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle ustanovení § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, jakož i k projednání přestupků podle tohoto zákona, včetně ukládání pokut za jejich spáchání, obdržel podnět týkající se postupu obviněného při zadávání předmětné veřejné zakázky.
8. Úřad přípisem sp. zn. ÚOHS-P0249/2022/VZ, č. j. ÚOHS-15178/2022/524 ze dne 6. 5. 2022 vyzval obviněného k zaslání dokumentace pořízené v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou a současně požádal obviněného o vyjádření k obdrženému podnětu
9. Dne 19. 5. 2022 obdržel Úřad vyjádření obviněného k podnětu ze dne 18. 5. 2022.

Vyjádření obviněného ze dne 18. 5. 2022

10. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 18. 5. 2022 mj. objasňuje, z jakého důvodu vyvstala nutnost plnění dodatečných prací, kdy poukazuje na skutečnost, že dle čl. 4.2 písm. e) smlouvy o dílo bylo součástí předmětu plnění i zpracování energetického posudku dle podmínek aktuální výzvy Operačního programu životní prostředí, neboť obviněný měl k dispozici toliko energetický audit z roku 2007 a stavebně technické posudky popisující stav objektu Uranu. *„Nový energetický posudek měl ověřit, že navrhovaná opatření v rámci rekonstrukce objektu Uran splňují podmínky dotačního titulu OPŽP.“* Vybraný dodavatel prostřednictvím svého poddodavatele – společnosti PORSENNA o.p.s., IČO 27172392, se sídlem Bystřická 522/2, 140 00 Praha 4 (dále jen „PORSENNA o.p.s.“) – nechal zpracovat předmětný energetický posudek, přičemž v něm byly obsaženy tři varianty energetických úspor včetně propočtu možné energetické i finanční úspory. *„Varianta č. 1 naplňovala předmět původně uzavřené Smlouvy o dílo. Další varianty navrhovaly dodatečné práce jako rekonstrukci kotelny a rozvodů teplé vody, instalaci fotovoltaické elektrárny na střechu budovy, instalaci vzduchotechniky s automatickou regulací výkonu apod.“* Po vzájemných jednáních se nakonec obviněný s dodavatelem domluvili *„na řešení provádění prací dle tzv. Varianty č. 4. Tato varianta obsahovala původní projektové práce doplněné o následující - nová tělesa ústředního topení a nové rozvody až po nový rozdělovač v kotelně, nová vzduchotechnika pro výměnu vzduchu v kancelářích (bez vytápění a chlazení) v rozsahu 2. NP až 7. NP a nové M+R¹. Byť šlo o menší*

¹ myšleno měření a regulace – pozn. Úřadu

rozšíření předmětu veřejné zakázky, než jaké vyplývalo z energetického posudku společnosti PORSENNA o.p.s., přesto přijaté změny „vyžadovaly změnu harmonogramu prací (prodloužení termínu plnění do 15. května 2020) a navýšení ceny za předmět plnění o 517 500 Kč bez DPH“.

11. Obviněný dodává, že si byl vědom, že uzavřením dodatku se hodnota veřejné zakázky dostane do podlimitního režimu, proto „posuzoval dodatek z hlediska § 222 zákona (...). Při posuzování zákonnosti uzavření předmětného dodatku zadavatel došel k závěru, že dodatek lze uzavřít v souladu s § 222 odst. 5 zákona, neboť šlo o práce, které jsou nezbytné pro provedení původních prací a není možná změna v osobě dodavatele z ekonomických a technických důvodů, spočívajících v požadavku na slučitelnost již vyhotovených prací a celkový nárůst plnění nepřekročil 30 % původní hodnoty závazku. Zadavatel se nedomnívá, že by porušil zákon tím, že by záměrně rozdělil předmět plnění zakázky tak, aby se dostal do mírnějšího režimu zakázky, tedy do zakázky malého rozsahu. Při zahájení původní veřejné zakázky zadavatel nevěděl, že bude potřeba dodatečné práce vykonat. Při stanovení předmětu a hodnoty zakázky vycházel zadavatel z aktuálních potřeb a technického stavu budovy. Vzhledem k omezenému rozpočtu bylo stanoveno, že předmětem plnění bude kompletní obnova obvodového pláště objektu a technika prostředí stavby v nezbytné míře. Až na základě energetického posudku zpracovatele PORSENNA o.p.s., který byl zpracován v rámci poskytovaného plnění, vyvstalo najevo, že předmětné dodatečné práce jsou pro zadavatele výhodné, jelikož umožní získání vyšší částky z dotačního programu OPŽP, zajistí nižší náklady na zajištění provozu budovy a v neposlední řadě i významně zlepši pracovní komfort zaměstnanců sídlících v budově Uranu. Zároveň dodatečné projekční práce nemohly být zadány jinému dodavateli, jelikož existuje vysoká provázanost mezi původními a dodatečnými projekčními pracemi.“

Žádost o sdělení ze dne 3. 6. 2022

12. V návaznosti na vyjádření obviněného ze dne 18. 5. 2022 vyzval Úřad obviněného přípisem sp. zn. ÚOHS-P0249/2022/VZ, č. j. ÚOHS-18921/2022/524 ze dne 3. 6. 2022 (dále jen „žádost o objasnění 1“) k bližšímu objasnění okolností, které vedly k uzavření dodatku.
13. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 18. 5. 2022 uvádí, že k navýšení konečné ceny díla došlo v důsledku sjednání dodatečných projektových prací, a to konkrétně nových těles ústředního topení a nových rozvodů až po nový rozdělovač v kotelně, nové vzduchotechniky pro výměnu vzduchu v kancelářích (bez vytápění a chlazení) v rozsahu 2. NP až 7. NP a nové M+R. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil, že ze zprávy »ENERGETICKÝ AUDIT Budova magistrátu „Uran“ Tř. 1 máje 108, Liberec« ze dne 15. 10. 2007 společnosti CITYPLAN spol. s r. o. (dále jen „zpráva“), kterou obviněný zmiňoval ve svém vyjádření ze dne 18. 5. 2022, se podává, že „...otopný systém je vzhledem ke svému stáří (více jak 30 let) morálně a technicky zastaralý.“ Zpráva dále doporučuje revitalizaci systému a další související opatření. Vzhledem k tomu, že Úřad neměl informace o tom, že by na základě předmětné zprávy došlo k nějakým úpravám souvisejícím s otopným systémem, požádal zadavatele o vyjádření, z jakého důvodu nebyly práce týkající se projektových prací souvisejících s revitalizací otopného systému zahrnuty do původní předpokládané hodnoty veřejné zakázky, a to zejména s ohledem na závěry zprávy z roku 2007.

Vyjádření obviněného ze dne 13. 6. 2022

14. Obviněný ve svém vyjádření k žádosti o sdělení 1 ze dne 13. 6. 2022, které obdržel Úřad 14. 6. 2022, mj. uvádí, že předmětná veřejná zakázka měla za cíl především odstranit havarijní

stav obvodového pláště budovy, který byl až život ohrožující pro zaměstnance i náhodné kolemjdoucí. *„Předmětem plnění dle Smlouvy o dílo byla jak kompletní obnova obvodového pláště objektu, tak technika prostředí stavby umístěna přímo v obvodovém plášti. Konkrétně šlo o silnoproud, slaboproud a vytápění. Tělesa ústředního topení, včetně rozvodů, umístěná na obvodovém plášti, měla být vyměněna a nahrazena novými.“*

15. K dotazu, z jakého důvodu nebyly projektové práce související s revitalizací otopného systému zahrnuty již do původní veřejné zakázky, ale řešeny až následně dodatkem ke smlouvě, obviněný sděluje, že: *„(...) Zbytek topné soustavy měl být řešen až v rámci jiného investičního projektu na rekonstrukci plynové kotelny, kterou se zavázala financovat Teplárna Liberec, a.s.“*. Závěry energetického posudku však přiměly obviněného po konzultacích s vybraným dodavatelem změnit původní záměr tak, že se předmět veřejné zakázky rozšíří o rekonstrukci celého otopného systému, a to za účelem získání vyššího dotačního titulu. Obviněný ve svém vyjádření také poukazuje na výhodnost spojení projektových prací na rekonstrukci topné soustavy a projektových prací na vzduchotechniku, a to zejména s ohledem na provázanost těchto dvou úkonů, a zejména pak provázanost následných stavebních prací.
16. Obviněný dále upozorňuje Úřad na skutečnost, že *„Celkové navýšení ceny za předmět plnění bylo o 517 500 Kč bez DPH, hodnota projektových prací na výměnu otopného systému přitom byla 164 500 Kč bez DPH, zbylá částka byla cena za naprojektování nové vzduchotechniky. Potřeba vzduchotechniky přitom nebyla v původním Energetickém auditu z roku 2007 vůbec řešena. Energetická výhodnost vybudování vzduchotechniky byla poprvé zmíněna až v energetickém auditu vypracovaném společností PORSENNA o.p.s. v rámci plnění původní Smlouvy o dílo.“*

Žádost o sdělení ze dne 30. 6. 2022

17. Za účelem odstranění všech pochybností o naplnění podmínky dodatečnosti a nezbytnosti při sjednání změny závazku požádal Úřad obviněného přípisem sp. zn. ÚOHS-P0249/2022/VZ, č. j. ÚOHS-22026/2022/524 ze dne 30. 6. 2022 (dále jen „žádost o sdělení 2“) o zodpovězení následujících otázek:
 - 1) Zadavatel uvádí, že důvod, pro který bylo zpracování energetického posudku nutnou součástí předmětu plnění Smlouvy o dílo, je *„ověřit, že navrhovaná opatření v rámci rekonstrukce objektu Uran splňují podmínky dotačního titulu OPŽP.“* Která navrhovaná opatření energetický posudek zkoumal? Jednalo se o posouzení opatření, která vyplynula až z nabídky vybraného dodavatele?
 - 2) V případě, že by energetický posudek směřoval na opatření, která byla zadavateli známa již v okamžiku zahájení zadávacího řízení, z jakého důvodu se zadavatel rozhodl vtělit zpracování energetického posudku do předmětu Smlouvy o dílo?
 - 3) Energetický posudek předložil zadavateli tři varianty opatření, které všechny směřují k naplnění podmínek OPŽP. První varianta odpovídá původnímu předmětu Smlouvy o dílo, z čehož by se dalo dovodit, že prvotní rozsah plnění je dostačující a splňuje podmínky Operačního programu životního prostředí. Z jakého důvodu se zadavatel rozhodl přistoupit k dalšímu jednání s vybraným dodavatelem a rozšíření původního předmětu Smlouvy o dílo?

Vyjádření obviněného ze dne 13. 7. 2022

18. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 13. 7. 2022, které bylo Úřadu doručeno dne 14. 7. 2022, předkládá Úřadu své odpovědi na otázky plynoucí ze žádosti o sdělení 2. K první otázce uvádí, že předmětem zkoumání energetického posudku byla opatření stavebního směru, opatření technického směru a vyhodnocení a porovnání úspor energie, spotřeby energie, provozních a investičních nákladů pro různé kombinace navrhovaných opatření. K druhé otázce sděluje, že „Zadavatel se rozhodl požadovat v rámci SoD zpracování tohoto Energetického posouzení pro různé kombinace možných opatření právě z toho důvodu, aby mohl vybrat tu kombinaci navrhovaných opatření, která bude z hlediska provozních i investičních nákladů nejefektivnější.“ Ke třetímu dotazu Úřadu konstatuje, že „Zadavatel se rozhodl pro kombinaci navrhovaných opatření v širším rozsahu zejména z důvodu hospodárnosti, dosažení vyšších energetických úspor a úspor vedlejších a souvisejících nákladů.“

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

19. Po přezkoumání podkladů, které jsou součástí spisu v této věci, Úřad dospěl k závěru, že obviněný nepostupoval při uzavření smlouvy, resp. jejího dodatku v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
20. Podle ustanovení § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o přestupcích“), může správní orgán o přestupku rozhodnout příkazem. Příkazem lze uložit správní trest napomenutí, pokuty, zákazu činnosti, nebo propadnutí věci nebo náhradní hodnoty.
21. Úřad konstatuje, že byly dostatečně zjištěny skutkové okolnosti pro vydání tohoto příkazu, kdy podle ustanovení § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), příkaz může správní orgán vydat, považuje-li skutkové zjištění za dostatečné; vydání příkazu může být prvním úkonem v řízení. V tomto případě je vydání příkazu prvním úkonem ve správním řízení.

K výroku I. tohoto příkazu***Relevantní ustanovení zákona***

22. Podle ustanovení § 27 písm. a) zákona je veřejnou zakázkou malého rozsahu veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota je rovna nebo nižší v případě veřejné zakázky na dodávky nebo na služby částce 2 000 000 Kč.
23. Podle ustanovení § 31 zákona zadavatel není povinen zadat v zadávacím řízení veřejnou zakázku malého rozsahu. Při jejím zadávání je však zadavatel povinen dodržet zásady podle ustanovení § 6 zákona.
24. Podle ustanovení § 222 odst. 1 zákona nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení.
25. Podle ustanovení § 222 odst. 3 zákona písm. c) je podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku taková změna smluvních podmínek, která by vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.
26. Podle § 222 odst. 4 zákona 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.

27. Podle ustanovení § 222 odst. 5 zákona 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.

28. Podle ustanovení § 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.

29. Podle ustanovení § 222 odst. 9 zákona pro účely výpočtu hodnoty změny nebo cenového nárůstu se původní hodnotou závazku rozumí cena sjednaná ve smlouvě na veřejnou zakázku upravená v souladu s ustanoveními o změně ceny, obsahuje-li smlouva na veřejnou zakázku taková ustanovení. Celkový cenový nárůst související se změnami podle odstavců 5 a 6 při odečtení stavebních prací, služeb nebo dodávek, které nebyly s ohledem na tyto změny realizovány, nepřesáhne 30 % původní hodnoty závazku.

30. Podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.

K postupu obviněného

31. Jak vyplynulo z doručené dokumentace i z vyjádření zadavatele ze dne 13. 6. 2022, technický stav objektu Uran je dlouhodobě předmětem různých diskuzí a následných dílčích prací a rekonstrukcí. Klíčovým motivem pro vypsání veřejné zakázky bylo odstranit kritický stav obvodového pláště a provést technické a stavební opatření související zejména s opláštěním

objektu. Zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 1 800 000 Kč bez DPH, proto se rozhodl postupovat při zadávání veřejné zakázky v souladu s ust. § 31 zákona mimo režim zákona. Předpokládaná výše hodnoty veřejné zakázky stanovená před zadáním veřejné zakázky se při zadávání zakázky ukázala ve vztahu k rozsahu prací, který vyplýval ze Smlouvy o dílo, jako oprávněná, kdy režim veřejné zakázky malého rozsahu v souladu s ustanovením § 16 odst. 5 zákona potvrdila cena díla, která byla sjednána ve výši 1 725 000 Kč bez DPH.

32. Zadavatel se v rámci financování veřejné zakázky rozhodl využít dotačního programu Operačního programu životního prostředí (dále jen „OPŽP“). Pro získání finančních prostředků z dotačního programu bylo nutné splnit předem vymezené podmínky, přičemž platí, že rozsah finančních prostředků poskytnutý zadavateli byl úměrný rozsahu provedených opatření v souladu s podmínkami OPŽP.
33. Dle čl. 4.2 písm. e) Další součástí plnění Smlouvy platí: „zhotovitel je povinen zpracovat energetický posudek (EP) dle podmínek aktuální výzvy Operačního programu životního prostředí“. Zadavatel se tedy rozhodl vtělit zpracování energetického posudku do Smlouvy o dílo na veřejnou zakázku.
34. Zadavatel na základě závěrů energetického posudku od společnosti PORSENNA o.p.s. a navazujících konzultací s vybraným dodavatelem rozhodl, že předmět veřejné zakázky bude rozšířen a smluvní strany přistoupily ke změně závazku. Konkrétně se jednalo o rozšíření předmětu díla o projekční práce nových těles ústředního topení a nové rozvody až po nový rozdělovač v kotelně, novou vzduchotechniku pro výměnu vzduchu v kancelářích (bez vytápění a chlazení) v rozsahu 2. NP až 7. NP a nové M+R. V návaznosti na rozšíření předmětu díla byl prodloužen smlouvený termín dodání díla a navýšena celková cena díla o 517 000 Kč bez DPH.
35. S ohledem na režim zakázky jako veřejné zakázky malého rozsahu Úřad obecně připomíná, že ustanovení § 222 zákona je systematicky řazeno do společných ustanovení a vztahuje se tak na všechny veřejné zakázky, tedy i na veřejné zakázky malého rozsahu. Jestliže po provedení změn závazku cena nepřekročí zákonný finanční limit pro veřejné zakázky malého rozsahu, může zadavatel nadále postupovat v souladu s výjimkou dle ustanovení § 31 zákona. V případě, že po provedení změny již smlouva překročí zákonný limit pro veřejné zakázky malého rozsahu, je nutné přípustnost změny posuzovat dle ustanovení § 222 zákona (viz též stanovisko expertní skupiny Ministerstva pro místní rozvoj dostupné na <http://nzvz.cz/2017/11/30/stanovisko-mmr-k-vzmr-a-vicepracem/>).
36. Zákon v ustanovení § 27 písm. a) stanoví limit pro veřejné zakázky malého rozsahu na dodávky a služby ve výši 2 000 000 Kč bez DPH. Konečná cena díla po uzavření dodatku činila 2 242 500 Kč bez DPH, překročila tedy zákonný limit pro veřejné zakázky malého rozsahu na dodávky a služby. Z tohoto důvodu Úřad přikročil ke zkoumání předmětné změny závazku v intencích podstatné změny závazku dle ust. § 222.
37. Ustanovení § 222 odst. 1 zákona 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. Nepřípustná 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 nepřípustnou je nezbytné dále považovat změnu, která značnou měrou veřejnou zakázku rozšiřuje obecně o jakékoli plnění dodavatele, které původně nebylo předpokládáno.

38. Zákon zároveň definuje i situace, za kterých se změna závazku ex lege nepovažuje za podstatnou; jde o § 222 odst. 2, 4, 5, 6 a 7 zákona. Ve všech těchto případech změn závazků, které se nepovažují za podstatné, se jedná o výjimky z pravidla (kterým je zákaz podstatných změn závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku), protože je třeba podmínky pro jejich aplikaci vykládat restriktivně. Zamýšlí-li zadavatel provést změnu závazku, musí tedy nejprve postavit najisto, zda se jedná o podstatnou či nepodstatnou změnu. Nepodstatné změny, tj. ty, které nenaplní žádný ze znaků podstatné změny ve smyslu § 222 odst. 3 zákona, nebo které je (tu již bez ohledu na ustanovení § 222 odst. 3) možné podřadit pod alespoň jedno ustanovení z § 222 odst. 2, 4, 5, 6 nebo 7 zákona, může zadavatel provést bez realizace nového zadávacího řízení. Podstatné změny, tj. změny, které jsou podstatné ve smyslu § 222 odst. 3 a zároveň nenaplní žádnou z definic nepodstatných změn ex lege, zadavatel naopak nemůže provést bez realizace nového zadávacího řízení. Úřad na tomto místě připomíná, že při posuzování naplnění znaků nepodstatné změny dle § 222 odst. 5 a 6 zákona je třeba zohlednit i ust. § 222 odst. 9 zákona, které stanoví, že celkový cenový nárůst související se změnami závazku ze smlouvy provedenými podle obou uvedených odstavců nesmí přesáhnout 30 % původní hodnoty závazku, přičemž původní hodnotou závazku se rozumí cena sjednaná ve smlouvě (případně upravená podle ustanovení o vyhrazené změně ceny, pokud je smlouva obsahuje).
39. Každou zamýšlenou změnu je tedy zadavatel povinen „zatřídit“, tedy odůvodnit buď některým z odstavců 2, 4, 5 či 6 (ve spojení s odstavcem 9 ust. § 222 zákona) nebo 7 ustanovení § 222 zákona, nebo tím, že provedením změny nedojde k naplnění žádného ze znaků podstatné změny dle § 222 odst. 3 zákona. Jak uvedl předseda Úřadu v rozhodnutí ze dne 22. 5. 2018 č. j. ÚOHS-R0035/2018/VZ-14930/2018/321/ZSř, *„přistoupí-li zadavatel ke změně závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku za dobu jejího trvání, musí se jednat buď o změnu nepodstatnou ve smyslu § 222 odst. 3 zákona, nebo musí být zadavatel připraven a schopen prokázat, že byl oprávněn aplikovat některou z výjimek dle § 222 zákona.“* Skutečnosti, na jejichž základě zadavatel změnu závazku provedl, totiž může zpravidla prokázat jen on sám, neboť jen on má k dispozici skutečnosti, které jej k provedení změny vedly. Pokud nelze zamýšlenou změnu zařadit do žádné z uvedených kategorií nepodstatných změn, tj. pokud není zadavatel schopen prokázat naplnění podmínek pro aplikaci některé ze zákonných výjimek, příp. pokud se nejedná o změnu nepodstatnou podle § 222 odst. 3 zákona, není zadavatel oprávněn ji umožnit bez provedení nového zadávacího řízení dle zákona.
40. S ohledem na právě uvedené Úřad v první řadě přistoupil k posouzení, zda lze obviněným provedenou změnu označit jako nepodstatnou, neboť v takovém případě k ní obviněný mohl přistoupit bez dalšího, přičemž by nebylo následně nutné zkoumat možnou aplikaci zákonných výjimek, při jejichž naplnění by obviněný i zdánlivě podstatnou změnu mohl provést bez provedení nového zadávacího řízení, resp. na předmětnou změnu by se hledělo jako na nepodstatnou.
41. Definici podstatné změny závazku ze smlouvy obsahuje § 222 odst. 3 zákona, přičemž dle § 222 odst. 3 písm. c) zákona se za podstatnou změnu závazku považuje taková změna smluvních

podmínek, která vede k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky. Toto ustanovení je třeba v souladu s odbornou literaturou vykládat tak, že se „*obecně jedná o změnu, která by značnou měrou veřejnou zakázku rozšířila o plnění dodavatele, které původně nebylo předpokládáno, aniž by bylo uskutečněno nové zadávací řízení.*“² V posuzovaném případě byl nepochybně naplněn význam tohoto ustanovení, kdy byl rozsah plnění veřejné zakázky rozšířen o projekční práce, se kterými původně nebylo vůbec počítáno (tedy místo projektových prací vztahujících se k opláštění budovy byly nově požadovány i projektové práce vztahující se k výměně otopného systému a nové vzduchotechnice), přičemž se jednalo o práce představující téměř třetinu hodnoty původního plnění (tzn. rozšíření nelze bagatelizovat ani např. s ohledem na jeho zanedbatelnou hodnotu vůči celkové hodnotě původního závazku). Lze tedy uzavřít, že předmětná změna byla změnou podstatnou.

42. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 18. 5. 2022 mj. uvádí, že před uzavřením dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo tento posuzoval s ohledem na ustanovení § 222 zákona, přičemž dospěl k závěru, že dodatek lze uzavřít v souladu s § 222 odst. 5 a též 9 zákona. K tomu uvádí: „*Při posuzování zákonnosti uzavření předmětného dodatku zadavatel došel k závěru, že dodatek lze uzavřít v souladu s § 222 odst. 5 zákona, neboť šlo o práce, které jsou nezbytné pro provedení původních prací a není možná změna v osobě dodavatele z ekonomických a technických důvodů, spočívajících v požadavku na slučitelnost již vyhotovených prací a celkový nárůst plnění nepřekročil 30 % původní hodnoty závazku.*“
43. Změna závazku byla s ohledem na svoji povahu, a zejména pak s ohledem na zadavatelem tvrzené naplnění zákonné výjimky dle ust. § 222 odst. 5 zákona, zkoumána primárně právě optikou tohoto ustanovení, neboť, jak již Úřad dovodil výše, je to právě zadavatel, který musí být schopen prokázat, že byl oprávněn aplikovat některou z výjimek dle § 222 zákona. Dle § 222 odst. 5 zákona 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.
44. Dle ustanovení § 222 odst. 5 musí být kumulativně naplněny následující podmínky pro to, aby změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku byla považována za nepodstatnou:
- a) jde o dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku,
- b) dodatečná plnění jsou nezbytná,

² ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 1320.)

c) 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,
- by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů,
- 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.

45. Pokud jde o problematiku nezahrnutí v původním závazku, pak lze k tomu citovat komentářovou literaturu: »Tento důvod použití je typickým „rozšiřovacím“ důvodem, který je určen primárně pro kvantitativní, nikoliv kvalitativní změny závazku. Jak vyplývá z odstavce 108 preambule KISm, „v těchto případech lze odůvodnit změnu původní smlouvy na veřejnou zakázku bez zahájení nového zadávacího řízení, zejména pokud jsou dodatečné dodávky určeny buď k částečnému nahrazení, nebo k rozšíření stávajících služeb, dodávek nebo zařízení“.
- Z uvedeného tedy vyplývá, že se má jednat zpravidla o rozšíření či nahrazení plnění obsažených již v původní veřejné zakázce, nikoliv nová plnění. Současně potřeba plnění by neměla existovat v okamžiku, kdy zadavatel zadával původní veřejnou zakázku. Pokud ovšem existuje, je pro splnění podmínek komentovaného ustanovení zapotřebí, aby zadavatel jejím nezahrnutím do původního závazku postupoval nikoliv hrubě nedbale (R0149/2020). Z uvedené rozhodovací praxe je patrné, že podmínka dodatečnosti a podmínky nepředvídatelnosti se nacházejí na stejném spektru, avšak k jejich naplnění jsou přípustné jiné míry nepředvídatelnosti.«³
46. Je nepochybné, že dodatek rozšiřuje stávající plnění, neboť zadavatel původně služby zahrnuté v dodatku nepoptával, nicméně s původním plněním jsou provázány. V dané části je tedy předmětná podmínka naplněna. Obdobný závěr však již nelze učinit ohledně neexistence potřeby dodatečného plnění již v okamžiku, kdy zadavatel zadával původní veřejnou zakázku. Na nezbytnost provedení dodatečných prací byl obviněný upozorněn na základě energetického posudku. Již však v okamžiku tvorby původních zadávacích podmínek zadavatel věděl, že poptává projekční práce za účelem opravy starého stavebního objektu, kdy mu muselo být známo, že bude nutné provést rozsáhlejší opravy, než na jaké poptává projekční práce. Tzn. dodatečné práce nejsou důsledkem např. nečekané události, ale byly zcela logicky očekávatelné. Z obdržené dokumentace ani z vyjádření obviněného navíc nevyplývá provázanost, a zejména časová návaznost energetického posudku na dílo vybraného dodavatele. Nebylo tedy vyloučeno, aby energetický posudek vznikl nezávisle na činnosti vybraného dodavatele, a proto obviněnému nic nebránilo zjistit, jaké podmínky je nutné naplnit pro získání dotačního titulu ještě před uveřejněním výzvy pro podávání nabídek. V takovém případě by pak obviněný dodatečné projekční práce mohl zahrnout již do původního předmětu veřejné zakázky. Úřad tedy uzavírá, že obviněný mohl a měl předpokládat, že se předmět veřejné zakázky může měnit na základě energetického posudku, neboť konečný rozsah veřejné zakázky měl být ověřen a příp. upraven až na základě energetického posudku,

³ viz ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. § 222 [Změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku]. In: ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 1333.

resp. s ohledem na závěry energetického posudku. Obviněný tedy mohl předpokládat, že energetický posudek může přinést variantu, která významně rozšíří předmět veřejné zakázky.

47. V případě, že je možné konstatovat, že potřeba plnění byla dána již v okamžiku, kdy zadavatel zadával původní veřejnou zakázku, je nutné posoudit, zda zadavatel jednal hrubě nedbale, když potřebu dodatečného plnění nereflekoval při zadávání původní veřejné zakázky. Platí totiž, že „podmínka dodatečnosti plnění nebude splněna, pokud zadavatel s úmyslem obejít zákon nebo z hrubé nedbalosti nezahrne do původního plnění i tu část, o které buďto ví nebo vědět má, a tuto část posléze zadává jako dodatečné plnění ve smyslu § 222 odst. 5 zákona jako nepodstatnou změnu závazku.“⁴
48. Využití institutu nepodstatné změny závazku je vyloučeno tam, kde zadavatel úmyslně či hrubě nedbale nezahrne dodatečné plnění do původního závazku. Hrubá nedbalost jako jedna z forem zavinění má svůj zákonný odraz v ustanovení § 16 odst. 2⁵ zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, a tento institut je využíván i v ustanovení § 2898⁶ zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. V zákoně o zadávání veřejných zakázek tento pojem nijak definován není a je dovozován až rozhodovací praxí a doktrínou, proto k jeho vymezení je třeba využít odborné literatury. Dle Bezoušky platí „Hrubá nedbalost není dalším typem nedbalosti, ale jde o vyšší míru nedbalosti (ve smyslu její intenzity), Míří se tím na lehkomyšlnost až bezohlednost škůdce, s jakou přistupuje k plnění své právní povinnosti (např. se i přes několikeré upozornění neseznámil s předpisy nutnými pro výkon jeho činnosti, takže při jejich porušení se sice jedná o nevědomou nedbalost, ale v intenzitě hrubé nedbalosti). Jinými slovy, jednání je hrubě nedbalé, pokud s ohledem ke všem okolnostem porušuje v neobyčejně vysoké míře vyžadovanou opatrnost, přitom zůstává nepovšimnuto, co musí být jasné každému (Röhl, 1974, s. 521). Hrubá nedbalost se nemůže přihodit člověku, který je velmi opatrný.“⁷
49. Obecně tedy platí, že při posuzování jednání z hlediska míry hrubé nedbalosti je třeba a contrario přistoupit k posouzení jednání optikou opatrnosti jednatelů. V tomto konkrétním případě obviněný přistoupil k realizaci nutné rekonstrukce obvodového pláště objektu URAN v okamžiku, kdy byl rozhodnut využít možnosti financování z dotačního programu OPŽP. Obviněnému bylo známo, že při tomto způsobu financování je nezbytné splnit předem stanovené podmínky. Při zadávání veřejné zakázky tak nade vši pochybnost věděl, že je cílem zajistit projektovou dokumentaci, která umožní rekonstrukci objektu v takové podobě, která nejlépe naplní podmínky dotačního programu OPŽP, což ostatně obviněný Úřadu sám opakovaně potvrdil.⁸ Obviněný tedy uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu o dílo

⁴ viz rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 10. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0149/2020/VZ, č.j. ÚOHS-31109/2020/321/VJu

⁵ „Trestný čin je spáchán z hrubé nedbalosti, jestliže přístup pachatele k požadavku náležitě opatrnosti svědčí o zřejmé bezohlednosti pachatele k zájmům chráněným trestním zákonem.“

⁶ „Nepřihlíží se k ujednání, které předem vylučuje nebo omezuje povinnost k náhradě újmy způsobené člověku na jeho přirozených právech, anebo způsobené úmyslně nebo z hrubé nedbalosti; nepřihlíží se ani k ujednání, které předem vylučuje nebo omezuje právo slabší strany na náhradu jakékoli újmy. V těchto případech se práva na náhradu nelze ani platně vzdát.“

⁷ BEZOUŠKA, Petr. § 2898 [Limity ujednání o omezení povinnosti k náhradě újmy]. In: HULMÁK, Milan, a kol. Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 1504.

⁸ Srov. např. vyjádření obviněného ze dne 18. 5. 2022: „Nový energetický posudek měl ověřit, že navrhovaná opatření v rámci rekonstrukce objektu Uran splňují podmínky dotačního titulu OPŽP.“ Nebo vyjádření obviněného ze dne

v okamžiku, kdy nebylo zcela zřejmé, jakou konečnou podobu a rozsah bude dílo mít, protože to mělo být předmětem dalších debat, a to na základě vypracovaného energetického posudku. Obviněný v době zadávání veřejné zakázky musel předpokládat, že smlouva o dílo, resp. její předmět, může být měněn a doplňován, neboť objekt URAN je stavbou pocházející ze 70. let 20. století, jedná se tedy o starší stavbu, kdy širší rekonstrukce lze očekávat. Nelze proto konstatovat, že jednání obviněného dosáhlo takové míry opatrnosti, která je vyžadována u zadavatelů při vynakládání veřejných prostředků, a to zejména přihlédneme-li ke skutečnosti, že využitím institutu změny závazku dle ustanovení § 222 odst. 5 zákona dochází k vyloučení hospodářské soutěže o dodatečné plnění.

50. Lze tedy shrnout, že jednání zadavatele nespĺnilo první podmínku oprávněné změny závazku dle ustanovení § 222 odst. 5 zákona, tj. opodstatněné „nezahrnutí do původního závazku“, jelikož míra opatrnosti jednání zadavatele nedosahovala potřebné intenzity, a proto je jeho jednání možno označit za hrubě nedbalé.
51. Pro kvalifikaci jednání jako souladného s ustanovením § 222 odst. 5 zákona je nutné kumulativní naplnění všech podmínek, a proto při porušení první z podmínek není účelné zkoumat naplnění dalších podmínek. Úřad proto na základě porušení první z podmínek predikovaných v ustanovení § 222 odst. 5 konstatuje, že předmětná změna závazku nepodléhá zákonné výjimce dle tohoto ustanovení, jak bylo zadavatelem tvrzeno ve Vyjádření k podnětu ze dne 18. 5. 2022.
52. Obviněný ve svém Vyjádření zadavatele ze dne 18. 5. 2022 (ani v jiném dokumentu doručeném Úřadu či jinak související se zadávací dokumentací) netvrdí naplnění znaků jiné ze zákonných výjimek, přesto Úřad přistoupil alespoň k rámcovému posouzení, zda změnu závazku není možné subsumovat pod jinou ze zákonných výjimek. Jak bylo uvedeno výše, zákonné výjimky ze zákazu podstatné změny závazku jsou vymezeny v ustanovení § 222 odst. 2, 4, 5, 6 a 7. Úřad výše uzavřel, že v daném případě nedošlo ke kumulativnímu naplnění podmínek dle ust. § 222 odst. 5. Stejně tak lze bez dalšího vyloučit zákonnou výjimku dle ust. § 222 odst. 2, a to z důvodu zjevné absence vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 1 zákona.
53. Další zákonná výjimka je pak vymezena v ust. § 222 odst. 4 zákona, jedná se o tzv. změny závazku de minimis. K naplnění podmínky de minimis může dojít pouze za splnění předpokladu, že změna závazku nemění celkovou povahu zakázky, a zároveň hodnota změny musí být nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku. Jestliže jsou naplněny obě tyto podmínky, je nutné posoudit, zda změnou závazku nedošlo k překročení zákonem procentuálně vymezených limitů pro navýšení celkové ceny zakázky. Tyto limity jsou pak v ust. § 222 odst. 4 písm. b) zákona vymezeny tak, že hodnota změny musí být nižší než 10 % původní hodnoty závazku, nebo 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, která není koncesí. Zároveň platí, že pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnot všech těchto změn. Celková cena díla dle smlouvy o dílo činí 1 725 000 Kč bez DPH. Dodatkem č. 1 ke smlouvě došlo k navýšení ceny díla o 517 000 Kč, což představuje 29,97 % z ceny díla stanovené smlouvou o dílo. Celková hodnota provedené změny tak

13. 7. 2022: „Zadavatel se rozhodl požadovat v rámci SoD zpracování tohoto Energetického posouzení pro různé kombinace možných opatření právě z toho důvodu, aby mohl vybrat tu kombinaci navrhovaných opatření, která bude z hlediska provozních i investičních nákladů nejefektivnější.“

překročila limity pro změny závazku de minimis dle ust. § 222 odst. 4 zákona, a proto je i aplikace této zákonné výjimky vyloučena.

54. Ustanovení § 222 odst. 6 zákona vymezuje další zákonnou výjimku. Pro možnost postupu dle citovaného ustanovení zákona je třeba splnit kumulativně tři podmínky, a to že se jedná o změnu, jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, že změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky a že hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku, přičemž pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce citovaného ustanovení zákona. Aplikaci tohoto ustanovení na provedenou změnu je třeba vyloučit hned při posuzování první podmínky, tedy že se jedná o změnu, jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat. Jak již Úřad dovodil výše (viz bod 50. tohoto příkazu), nedosáhlo jednání obviněného při zadávání veřejné zakázky takové míry opatrnosti, která je vyžadována u zadavatelů při vynakládání veřejných prostředků. Je proto vyloučeno posuzovat ho vice versa jako jednání „s náležitou péčí“, jak je presumováno zákonem. S ohledem na vyloučení jedné ze tří podmínek, jejichž kumulativní naplnění je nezbytné pro aplikaci předmětného ustanovení zákona, Úřad se naplněním dalších podmínek nezabýval a zákonnou výjimku dle ust. § 222 odst. 6 zákona taktéž vyloučil.
55. V šetřeném případě se z logiky věci nemohlo jednat ani o nepodstatnou změnu závazku ze smlouvy ve smyslu § 222 odst. 7 zákona, neboť uvedené ustanovení lze aplikovat pouze na veřejné zakázky, jejichž předmětem je provedení stavebních prací, přičemž předmětem dotčené veřejné zakázky je poskytnutí služeb.
56. Úřad tedy vyloučil aplikaci zadavatelem tvrzené zákonné výjimky dle ust. § 222 odst. 5 zákona a následně i všech ostatních zákonem presumovaných výjimek z obecného zákazu podstatných změn smlouvy. Jednání obviněného rovněž mohlo ovlivnit výběr dodavatele, protože o nové plnění, které bylo v rozporu se zákonem začleněno do předmětu veřejné zakázky na základě Dodatku č. 1 ke Smlouvě o dílo, fakticky neproběhla mezi potenciálními dodavateli žádná soutěž, přičemž není vyloučeno, že jiný dodavatel mohl zadavateli předložit lepší nabídku.
57. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že se obviněný dopustil přestupku dle ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) zákona, tím, že nedodržel pravidlo stanovené v § 222 odst. 1 zákona, když umožnil podstatnou změnu závazku ze Smlouvy o dílo uzavřené na realizaci veřejné zakázky po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení dle zákona, když dne 21. 1. 2020 uzavřel Dodatek č. 1 ke Smlouvě o dílo, kterým změnil rozsah předmětu díla tak, že jej rozšířil o projekční práce, čímž navýšil konečnou cenu díla o 517 000 korun bez DPH, tedy z 1 725 000 Kč bez DPH na 2 224 500 Kč bez DPH a prodloužil termín ukončení prací uvedený v bodě 6. 1. výše specifikované Smlouvy o dílo, a to z původního termínu „do dvanácti týdnů ode dne zaslání výzvy k zahájení plnění objednatel“ na nový termín 15. 5. 2020, tedy se dopustil změny, která ve smyslu § 222 odst. 3 písm. c) zákona vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky, přičemž tímto jednáním mohl ovlivnit výběr dodavatele, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto příkazu.

K výroku II. tohoto příkazu

58. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupku podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) zákona.

59. Odpovědnost za přestupek zaniká mj. uplynutím promlčecí doby, která podle ustanovení § 270 odst. 5 zákona činí 5 let, přičemž podle odst. 6 písm. a) téhož ustanovení zákona se promlčecí doba přerušuje oznámením o zahájení řízení o přestupku.
60. Podle ustanovení § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná 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.
61. V návaznosti na shora uvedené Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ustanovení § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupku dle výroku I. tohoto příkazu došlo dnem uzavření dodatku ke smlouvě o dílo, tedy 21. 1. 2020.
62. Z výše uvedeného tak vyplývá, že promlčecí doba dle § 270 odst. 5 zákona ve vztahu k projednávanému přestupku neuplynula a odpovědnost obviněného za přestupek nezanikla.
63. Vzhledem k výše uvedenému Úřad přistoupil k uložení pokuty.
64. Podle ustanovení § 268 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek podle ustanovení § 268 odst. 1 zákona, nepoužije-li se postup podle § 268 odst. 3 zákona, uloží pokuta 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.
65. Podle smlouvy ve znění dodatku k této smlouvě činí cena díla 2 224 500 Kč bez DPH, resp. 2 713 425 Kč včetně DPH. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že za spáchání přestupku dle výroku I. tohoto příkazu činí horní hranice pokuty 10 % z 2 713 425 Kč, tedy 271 342 Kč.
66. 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.
67. Podle ustanovení § 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).
68. Pokud jde o význam pojmu „závažnost přestupku“, pak Úřad uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku tedy není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
69. Výše popsané jednání obviněného (tedy přestupek uvedený ve výroku I. tohoto příkazu) mělo za následek významné omezení hospodářské soutěže způsobené ve své podstatě toliko manažerským rozhodnutím obviněného, kdy tento bez jakéhokoliv objektivního důvodu učinil součástí původního plnění rovněž zpracování posudku, na jehož základě teprve zvažoval, co vše do poptávaného plnění zahrne. Obviněný tedy de facto již ve chvíli, kdy zadával veřejnou zakázku mimo režim zákona, byl srozuměn s tím, že se předmět plnění může podstatně rozšířit (v daném případě natolik významně, že jeho hodnota dosáhla zákonných limitů pro podlimitní

veřejné zakázky na služby). Ve vztahu k plnění poskytnuté na základě Dodatku č. 1 ke Smlouvě o dílo tak zadavatel svým postupem zcela vyloučil hospodářskou soutěž. Přestupek je proto nutné hodnotit jako závažný.

70. Úřad vzal dále při stanovení výše pokuty v úvahu jako polehčující okolnost dobu, jež uplynula od spáchání přestupku obviněnými. Jak vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 123/2013-85 ze dne 9. 4. 2015, je třeba při posouzení následku správního trestání zohlednit dobu, která uplynula mezi spácháním přestupku a jeho potrestáním. Čím je tento časový horizont delší, tím více se relativizuje vztah mezi spáchaným přestupkem a ukládanou sankcí. Doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci pak má bezprostřední vliv na účel trestu. Jak Krajský soud v cit. rozsudku dovodil, *„(...) je-li základním požadavkem na zákonnost uložené pokuty její proporcionalita, pak hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a 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 stanovená 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 uložení konkrétní sankce dosaženo.“* V daném případě ke spáchání přestupku obviněnými došlo uzavřením dodatku dne 21. 1. 2020, tzn. od doby spáchání přestupku již uplynuly téměř tři roky, přičemž daná skutečnost tak představuje korektiv výše pokuty ve smyslu citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně.
71. Úřad rovněž při stanovení výše pokuty zohlednil, že hodnota plnění, které představovalo neoprávněnou změnu závazku, tedy hodnota plnění, které bylo neoprávněně zadáno mimo režim zákona a fakticky tak o něj neproběhla žádná hospodářská soutěž, činila toliko 517 500,- Kč bez DPH.
72. Úřad se dále zabýval skutečností, zda přestupek, za který je obviněnému nyní ukládán trest, není v souběhu s dalšími přestupky obviněného. Tento postup Úřadu vychází z konstantní rozhodovací praxe správních soudů, kdy je možné uvést rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 28/2009 – 62 ze dne 18. 6. 2009, popřípadě rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 245/2015 – 33 ze dne 16. 8. 2016. V prvně uvedeném rozsudku soud dovodil, že „při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat tento trestněprávní institut vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva ve správním trestání všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. K této zásadě se již Nejvyšší správní soud vyslovil např. ve

svém rozsudku ze dne 16. 4. 2008, č. j. 1 As 27/2008 – 67, dle něhož „použití analogie ve správním trestání je přípustné, a to v omezeném rozsahu, pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázku vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem.“. Soud dále pokračuje tak, že „[t]restněprávní doktrína uvádí, že souběh je dán tehdy, jestliže se pachatel dopustil dvou nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich vyhlášen soudem prvního stupně odsuzující rozsudek za podmínky, že tento rozsudek později nabyl právní moci a že o něm neplatí fikce neodsouzení“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, str. 26).“.

73. Úřad se tedy zabýval otázkou, zda přestupek, za který je obviněnému ukládána sankce, není v souběhu s dalšími přestupky obviněného, resp. zda se obviněný nedopustil právě projednávaného přestupku dříve, než bylo vydáno rozhodnutí, jímž mu byla uložena pokuta za spáchání jiného přestupku. Úřad konstatuje, že mu není z úřední činnosti známo, že by se obviněný dopustil dalších přestupků, za které by mu byla uložena sankce, pročež tedy není dán důvod k uplatnění institutu souhrnného trestu.
74. Úřad neshledal v šetřeném případě žádné další přitěžující ani polehčující okolnosti, které by ovlivnily stanovení výše udělené pokuty.
75. S ohledem na výše uvedené Úřad rekapituluje, že obviněnému uložil za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu pokutu ve výši 40 000,- Kč, a to při respektování veškerých polehčujících a přitěžujících okolností.
76. 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 nespravedlivá. Z dokumentu „Rozpočet statutárního města Liberec na rok 2022“ uveřejněného na webových stránkách obviněného (dostupné z: <http://www.liberec.cz/rozpocet/>) Úřad zjistil, že příjmy obviněného pro rok 2022 činí celkem 2 279 202 931 Kč. Rovněž vzhledem k příjmové stránce obviněného nelze považovat výši udělené pokuty za likvidační, ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu obviněného (a v tomto smyslu nespravedlivou).
77. 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 především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu má Úřad za to, že uložená pokuta naplňuje obě zmíněné funkce.
78. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto příkazu
79. Pokuta uložená obviněnému je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

POUČENÍ

Proti tomuto příkazu lze podle ustanovení § 150 odst. 3 správního řádu podat odpor ve lhůtě 8 dnů ode dne jeho oznámení, a to u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Lhůta pro podání odporu běží ode dne následujícího po dni

doručení tohoto příkazu. Zpětvzetí odporu není přípustné. Podáním odporu se příkaz ruší a řízení pokračuje; to neplatí, byl-li podán nepřípustný nebo opožděný odpor. Lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu. Příkaz, proti němuž nebyl podán odpor, se stává pravomocným a vykonatelným rozhodnutím.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

statutární město Liberec, nám. dr. E. Beneše 1/1, 460 59 Liberec 1

Vypraveno dne

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