UOHSX00AGL76

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0110/2017/VZ-28400/2017/323/PKm/JSu Brno 3. října 2017

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 7. 7. 2017, doručeném dne 10. 7. 2017 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže podaném zadavatelem –

- **Česká republika - Vězeňská služba České republiky**, IČO 002 12 423 se sídlem Soudní 1672/1a, 140 00 Praha 4 – Nusle, ve správním řízení zastoupen: Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 264 54 807 se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 – Nové Město na základě plné moci ze dne 7. 7. 2017,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0193/2017/VZ-18956/2017/542/EŠe ze dne 23. 6. 2017 ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše specifikovaným zadavatelem ve veřejné zakázce s názvem „**Příbram – snížení energetické náročnosti a využití OZE pro vytápění Věznice Příbram“** zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení o zakázce bylo odesláno k uveřejnění dne 25. 6. 2012 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 26. 6. 2012 pod evidenčním číslem zakázky 217375,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0193/2017/VZ-18956/2017/542/EŠe ze dne 23. 6. 2017

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen **„Úřad“**) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon“**)[1] k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil na základě podnětu, který obdržel dne 7. 2. 2017, jehož obsahem bylo upozornění na postup zadavatele – Česká republika - Vězeňská služba České republiky, IČO 00212423, se sídlem Soudní 1672/1a, 140 00 Praha (dále jen „**zadavatel**“) – při realizaci veřejné zakázky „Příbram – snížení energetické náročnosti a využití OZE pro vytápění Věznice Příbram“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení o zakázce bylo odesláno k uveřejnění dne 25. 6. 2012 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 26. 6. 2012 pod evidenčním číslem zakázky 217375 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Dle oznámení o zakázce byla předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanovena ve výši 76 000 000 Kč bez DPH. Dle čl. II. zadávací dokumentace veřejné zakázky bylo předmětem veřejné zakázky provedení díla popsaného v projektové dokumentaci stavby, přičemž cílem realizace veřejné zakázky bylo snížení energetické náročnosti vybraných stavebních objektů, a to zateplením střešních konstrukcí budov, zateplením obvodového pláště budov, výměnou okenních konstrukcí budov a dále realizací vlastní kotelny s využitím obnovitelných zdrojů energie. V čl. III. zadávací dokumentace veřejné zakázky bylo stanoveno, že *„[p]ožadovaný termín plnění díla je max. 480 kalendářních dní od předání staveniště.“* Dne 11. 10. 2012 zadavatel vydal rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, přičemž jako nejvhodnější byla vybrána nabídka uchazeče – VAPES CE s.r.o., IČO 25888595, se sídlem Stonavská 51/6, 735 35 Horní Suchá (dále jen **„vybraný uchazeč“**). Dne 11. 9. 2013 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo (dále jen **„smlouva o dílo“**), jejímž předmětem bylo provedení díla v souladu s poptávkou objednatele v rozsahu projektové dokumentace, přičemž dle čl. III. bodu (3) smlouvy o dílo bylo dílem kompletní zateplení vybraných stavebních objektů

[1] *Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.*

a výstavba nové kotelny včetně technologie. Cena díla byla smluvními stranami dohodnuta ve výši 65 331 351 Kč bez DPH (79 050 934 Kč včetně DPH).

3. V čl. IV. odst. (1) smlouvy o dílo bylo stanoveno, že *„[d]ílo specifikované v článku III. této smlouvy bude provedeno nejpozději do 480 kalendářních dnů od protokolárního předání staveniště. Zhotovitel se zavazuje dodržet termín předání díla i v tom případě, že vznikne potřeba nezbytných prací navíc, pokud svým finančním rozsahem nepřesáhnou 20 % ceny za dílo sjednané v této smlouvě a rozsah víceprací byl odsouhlasen oběma stranami nejpozději do 300 kalendářních dní od podpisu této smlouvy a to písemným dodatkem ke smlouvě.“* V čl. IV. odst. (3) smlouvy o dílo bylo stanoveno, že *„[d]oba uvedená v odst. 1 tohoto článku se prodlužuje o dny, ve kterých objednatel prokazatelně znemožnil zhotoviteli dílo provádět nebo provádění díla bylo znemožněno nevhodnými klimatickými podmínkami nebo jinými nepředvídanými vlivy …“*. Dne 26. 1. 2015 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo (dále jen **„Dodatek“**), kterým bylo mimo jiné změněno znění čl. IV smlouvy o dílo následovně: *„[d]ílo specifikované v článku III. této smlouvy bude provedeno nejpozději do 31. 12. 2015 …“*.

4. Úřad si na základě skutečností uvedených v podnětu vyžádal od zadavatele veškerou dokumentaci související s předmětnou veřejnou zakázkou a jeho vyjádření k obsahu podnětu. Na základě posouzení obsahu podnětu a dokumentace zaslané zadavatelem získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, proto zahájil správní řízení z moci úřední, kde za účastníka označil zadavatele.

II. Napadené rozhodnutí

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 23. 6. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0193/2017/VZ-18956/2017/542/EŠe (dále jen **„napadené rozhodnutí“**), v jehož výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 82 odst. 7 písm. b) zákona, když dne 26. 1. 2015 uzavřel Dodatek ke smlouvě o dílo ze dne 11. 9. 2013 na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem, kterým prodloužil termín realizace předmětu veřejné zakázky oproti původním zadávacím podmínkám o téměř jeden rok, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z výše uvedené smlouvy o dílo, což mohlo mít vliv na účast i dalších potenciálních dodavatelů v původním zadávacím řízení na jmenovanou veřejnou zakázku s takto nově nastavenými podmínkami týkajícími se termínu plnění, a současně znemožnil uchazečům, kteří podali nabídku do původního zadávacího řízení, podat za takto nově nastavených podmínek výhodnější nabídku nežli vybraný uchazeč, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

6. Za výše uvedený správní delikt byla zadavateli výrokem II. uložena pokuta ve výši 350 000 Kč.

7. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že již v dubnu 2014 si byl zadavatel vědom skutečnosti, že vybraný uchazeč smlouvu se subdodavatelem technologie kotelny neuzavřel, a že vybraný uchazeč v rozporu s uzavřenou smlouvou o dílo nezahájil práce na provozním souboru kotelna. A tudíž nemohl být dodržen termín zahájení provozu kotelny v rámci topné sezony 2014/2015. S ohledem na to, že zadavatel si byl téměř deset měsíců před uzavřením tohoto dodatku vědom skutečnosti, že vybraný uchazeč nemá uzavřenou subdodavatelskou smlouvu na technologii kotelny a že je v prodlení s termínem realizace

provozního souboru kotelna, je nepochybné, že nešlo o situaci, již zadavatel nemohl předvídat. To, že Dodatkem ke smlouvě o dílo byly kromě prodloužení termínu realizace díla skutečně upřesněny technické parametry kotelny, nemá na výše uvedené vliv. Tato situace, kdy došlo ke změně subdodavatele technologie kotelny a v souvislosti s tím k prodloužení termínu realizace předmětu veřejné zakázky, tak dle Úřadu nebyla pro zadavatele nepředvídatelnou a zadavatel ji mohl vyřešit způsobem předvídaným v článku XV. bodu (11) smlouvy o dílo, kterým by neporušil § 82 odst. 7 písm. b) zákona. K tomu Úřad v části odůvodnění týkající se výroku I. napadeného rozhodnutí uzavřel, že důvod, pro který zadavatel neaplikoval uvedené smluvní ustanovení, nemůže zhojit jeho nezákonný postup.

8. V souvislosti s otázkou uložení pokuty vzal Úřad při posouzení závažnosti správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v úvahu to, že vybraný uchazeč nebyl při zadávání veřejné zakázky vystaven takové konkurenci, jako kdyby zadavatel změněný termín realizace veřejné zakázky uvedl již v původních zadávacích podmínkách. Spáchaný správní delikt měl rovněž za následek, že uchazečům, kteří podali nabídku do původního zadávacího řízení, nebylo umožněno koncipovat svoje nabídky za nově nastavených podmínek. Jako přitěžující okolnost vzal Úřad v potaz skutečnost, že termín realizace veřejné zakázky byl prodloužen o téměř jeden rok, což představuje prodloužení o cca 2/3 původní délky doby realizace sjednané s vybraným uchazečem ve smlouvě o dílo, a dále jako přitěžující okolnost Úřad posoudil to, že zadavatel prodloužil termín realizace předmětu veřejné zakázky, aniž by se pokusil řešit situaci jiným postupem souladným se zákonem, přestože prokazatelně již několik měsíců před uzavřením Dodatku ke smlouvě o dílo věděl, že vybraný uchazeč nemá uzavřenou subdodavatelskou smlouvu na dodávku technologie kotelny, a tudíž nedodrží smluvní podmínky.

III. Námitky rozkladu

9. Napadené rozhodnutí napadl zadavatel rozkladem ze dne 7. 7. 2017. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 23. 6. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

10. Zadavatel zejména namítá, že termín realizace díla byl stanoven reálně a plně odpovídal předmětu, charakteru a složitosti veřejné zakázky, včetně dodržení všech technologických postupů a lhůt. Předmětný Dodatek byl dle zadavatele uzavřen v souladu se zákonem, jelikož změna termínu realizace veřejné zakázky provedená Dodatkem nepředstavuje podstatnou změnu smlouvy o dílo. Uzavření Dodatku ke smlouvě o dílo v důsledku změny technologie kotelny a jejího dodání jiným výrobcem bylo pro zadavatele za vzniklé situace, kdy musel zajistit vytápění předmětných objektů, výhodnější a méně problematické, než vyhlášení nového zadávacího řízení. To by s ohledem na rozestavěnost akce vedlo ke zvýšeným administrativním a finančním nákladům a ke zdržení realizace projektu. Zadavatel by totiž v dané fázi realizace plnění nemohl vyhlásit nové zadávací řízení ve znění původních podmínek zadání (pouze s prodloužením termínu plnění), za kterých byla zadavateli na realizaci projektu schválena dotace. Zadavatel by nejprve musel ukončit smlouvu s vybraným uchazečem, např. odstoupením a vypořádat vzájemná práva k již poskytnutému plnění.

11. Dále pak zadavatel v rozkladu dodává, že vyhlášení nového zadávacího řízení by způsobilo neúměrnou časovou prodlevu s realizací předmětu veřejné zakázky a dosažením cíle, tedy

zabezpečení vytápění objektů s vězněnými osobami. Nadto v průběhu realizace předmětu veřejné zakázky došlo i k likvidaci stávajícího hnědouhelného energetického zdroje umístěného v areálu věznice, k vymístění páry a k likvidaci stávajících elektrokotlů a přímotopů ve věznici. Pokračování plnění smlouvy o dílo uzavřené s vybraným uchazečem tak bylo dle tvrzení zadavatele pro něj výhodnější, než její ukončení a vyhlášení nového zadávacího řízení.

12. Nadto zadavatel v rozkladu uvádí, že mu uzavření Dodatku přineslo nesporné výhody spočívající v zachování jednoty projektu v návaznosti na schválenou dotaci, zachování záruky za realizované dílo, eliminace vícenákladů spojených s přípravou nových zadávacích řízení a dřívější zajištění vytápění objektů s vězněnými osobami, než by tomu bylo v případě vyhlášení nového zadávacího řízení.

13. Zadavatel v rozkladu zpochybňuje vliv Dodatku (změna termínu plnění) na výběr nejvhodnější nabídky. Aby došlo k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, musela by se změna dotknout skutečností, které jsou předmětem hodnocení nabídek, což konstatuje i Úřad v závěru bodu 32. napadeného rozhodnutí, když uvádí, že podstatnou změnou smlouvy je *„rovněž změna, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (kupříkladu změna smlouvy týkající se parametrů hodnocených v rámci hodnotících kritérií.“* Ani jedno ze zadavatelem stanovených dílčích hodnotících kritérií (celková cena a záruční doba) nemohlo být dotčeno tím, že uzavřením Dodatku byla prodloužena doba realizace díla. Původní doba plnění smlouvy o dílo dle zadavatele nebyla nastavena krátce a nevyžadovala kumulaci personálních ani technických zdrojů do mimořádně krátké doby. Delší doba plnění by tak nevedla k úspoře nákladů na straně uchazečů, a tudíž ani k poskytnutí nižší ceny nebo záruky. Důvodem nemožnosti Smlouvu včas splnit byla pouze mimořádná událost na straně vybraného uchazeče, resp. jeho subdodavatele.

14. Zadavatel následně zpochybňuje i účinek Dodatku na okruh potenciálních uchazečů či na nabídky uchazečů, kteří se účastnili zadávacího řízení. Zadavatel podotýká, že obdržel nabídky celkem od 14 uchazečů a žádný z nich nezpochybnil původní termín provedení díla. Z tohoto důvodu neměla změna termínu realizace veřejné zakázky vliv na výši nabídkových cen (tzv. expresní přirážka), ani na rozhodování o účasti anebo neúčasti v zadávacím řízení.

15. Zadavatel dále pak ještě podotýká, že jednal tak, aby byla naplněna uvedená úloha, a to při zachování ekonomické vyrovnanosti smlouvy. Posun rovnováhy ve prospěch vybraného uchazeče byl dle zadavatele kompenzován celkovou administrativní, finanční a časovou úsporou na straně zadavatele. Jestliže by zadavatel od smlouvy odstoupil, vznikly by mu dodatečné zvýšené administrativní a finanční náklady spojené s narovnáním práv a povinností s vybraným uchazečem (jinak by hrozila ztráta záruky k již poskytnutému částečnému plnění) či se změnou projektové dokumentace.

16. Zadavatel dále v rozkladu namítá, že Úřad zjištěný skutkový stav věci spočívající v nepřípustnosti změny provedené Dodatkem nesprávně právně posoudil, resp. nesprávně aplikoval ustanovení § 82 odst. 7 písm. b) zákona. Nesprávné právní posouzení skutkového stavu věci Úřadem má dle zadavatele přímý vliv i na obsah výroku napadeného rozhodnutí, který je proto z jeho pohledu nezákonný.

17. Jestliže se jedná o Úřadem v napadeném rozhodnutí nastíněnou eventualitu odstoupení od smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem, uvádí zadavatel v rozkladu následující. Právo odstoupit od Smlouvy na základě čl. XV. bodu (11) Smlouvy (ve spojení s čl. XV. bodem (12) Smlouvy) by mu vzniklo až v okamžiku naplnění smluvní podmínky spočívající v prodlení vybraného uchazeče s realizací díla v délce více než 60 dnů, tedy nejdříve 61. den po uplynutí původní lhůty plnění stanovené v délce 480 kalendářích dní. Odstoupit od smlouvy by tedy zadavatel mohl nejdříve dne 30. 3. 2015. Pakliže tedy Úřad uvádí, že zadavatel danou situaci mohl vyřešit způsobem předvídaným v čl. XV. bodu (11) Smlouvy a upřednostnit jej před uzavřením Dodatku, jde o právně nesprávný závěr. Žádné ustanovení smlouvy zadavateli dle jeho tvrzení nedává možnost od Smlouvy odstoupit v případě, kdy se pouze dozví o skutečnosti, že se vybraný uchazeč v budoucnu dostane do prodlení s realizací díla. Pokud by zadavatel namísto uzavření Dodatku vyčkával až do 30. 3. 2015 a teprve následně odstoupil od smlouvy, bylo by prodlení s realizací projektu zásadní. Zadavatel by totiž novou zakázku nestihl v prodlouženém termínu do 31. 12. 2015 vysoutěžit, natož zrealizovat.

18. Zadavatel v rozkladu v neposlední řadě upozorňuje na to, že Úřad ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí rezignoval na posouzení možné aplikace příznivější právní úpravy. Nová právní úprava obsažená v zákoně č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (**„ZZVZ“**) pro něj může být příznivější, neboť otázku změny smluv upravuje oproti předchozí právní úpravě stanovené v zákoně flexibilněji, když § 222 odst. 4 či odst. 6 ZZVZ stanovuje, za jakých situací se změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje za podstatnou změnu závazku.

19. Zadavatel v závěru rozkladu poukazuje na vnitřní rozpornost napadeného rozhodnutí. Úřad totiž po konstatování, že hospodářská soutěž mezi dodavateli byla i po změně provedené Dodatkem do značné míry zachována, považoval při stanovení výše pokuty za přitěžující okolnost tu skutečnost, že zadavatel vůbec nenaplnil elementární účel zákona spočívající v zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže mezi dodavateli, což nijak neodůvodnil. Nadto Úřad podle zadavatele v odůvodnění napadeného rozhodnutí týkající se výše uložené pokuty nezohlednil polehčující okolnost spočívající v tom, že i kdyby změna smlouvy o dílo měla být podstatná, a tudíž nezákonná, zadavatel jednal s péčí řádného hospodáře.

Závěr rozkladu

20. Zadavatel navrhuje napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, popřípadě snížit uloženou pokutu na symbolickou výši.

IV. Řízení o rozkladu

21. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„správní řád“**) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

22. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

23. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se zcela ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí podaného rozkladu.

V. K námitkám rozkladu

24. Jádro problému v řešené věci spočívá v posouzení toho, zda se zadavatel dopustil podstatné změny smlouvy o dílo tím, že uzavřel s vybraným uchazečem Dodatek, kterým prodloužil dobu pro dodání předmětu veřejné zakázky o cca jeden rok.

25. Úpravu změn smlouvy obsahuje zákon v § 82 odst. 7, kdy toto ustanovení zákona zakazuje podstatnou změnu práv a povinností, které plynou ze smlouvy uzavřené ve věci veřejné zakázky s vybraným uchazečem. Co lze považovat za podstatnou změnu lze dovodit ze znění výše uvedeného ustanovení zákona: *„Za podstatnou změnu se považuje taková změna, která by a) rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) a § 23 odst. 7, b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů, c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.“* Detailnější rozbor těch změn smluv, které lze považovat za podstatné poskytuje komentářová literatura, případně rozhodovací praxe Úřadu, případně orgánů správního soudnictví. V komentáři k zákonu je uvedeno: *„Nauka i rozhodovací praxe stojí na stanovisku, že zadavatel není oprávněn přistoupit k uzavření smlouvy, pokud by v jejím důsledku mělo dojít k takovým změnám smlouvy, že by měla vliv [na] předchozí zadávací řízení, okruh dodavatelů a takovou změnu nabídky vítězného uchazeče, že by jeho nabídka po změně smlouvy již být nejvýhodnější nemusela. Jinými slovy řečeno, smluvní strany mohou uzavřít dodatek ke smlouvě na realizaci veřejné zakázky, pokud takové změny nemění podmínky zadávacího řízení, zvláště ty, které jsou v neprospěch zadavatele (zejména je nepřípustné navýšení ceny).“* (Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 4. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 814 – 834).

26. Z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S287/2008/VZ 21603/2008/510/MO je patrný obdobný závěr, kdy Úřad přímo uvádí: *„Za podstatné změny je přitom třeba v první řadě považovat všechny změny, které mohly mít vliv na okruh potenciálních dodavatelů.“* Ke stejnému závěru ostatně dochází i Soudní dvůr Evropské unie v rozhodnutí, které je citováno i v napadeném rozhodnutí, sp. zn. C-454/06, kde je v bodě 35 uvedeno: *„Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat 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."

27. Na základě výše uvedeného výkladu právní úpravy (konkrétně § 82 odst. 7 zákona) je možné konstatovat, že podstatné změny smluv na předmět plnění veřejné zakázky jsou takové změny, které by měly, či mohly mít, vliv – za předpokladu, že by jejich obsah byl včleněn již do původního zadávacího řízení – na okruh dodavatelů, kteří se ucházejí o předmětnou veřejnou zakázku.

28. Ze smlouvy o dílo uzavřené mezi zadavatelem a dodavatelem, která je součástí spisového materiálu, je patrné, že termín dodání předmětu plnění veřejné zakázky byl stanoven na 480 kalendářních dnů po předání staveniště (viz čl. IV. odst. (1)). Z napadeného rozhodnutí je patrný sled událostí (viz body 35 – 37 napadeného rozhodnutí). K předání staveniště došlo dne 17. 9. 2013, lhůta pro dodání předmětu plnění veřejné zakázky tedy započala běžet následující den a uběhnout měla dne 10. 1. 2015, nevhodné klimatické podmínky zapříčinily posunutí lhůty k dodání díla o 18 dnů, tedy na 28. 1. 2015. Dne 26. 1. 2015 došlo mezi zadavatelem a vybraným uchazečem k uzavření dodatku ke smlouvě o dílo, dle jehož znění se výše uvedený článek IV. odst. (1) smlouvy o dílo mění na následující znění: „*Dílo specifikované v článku III. této smlouvy bude provedeno nejpozději do 31. 12. 2015.*", čímž tedy došlo k prodloužení lhůty pro dodání dle smlouvy o dílo o cca jeden rok.

29. Úřad dané prodloužení posoudil jako podstatnou změnu smlouvy právě s odkazem na § 82 odst. 7 písm. b) zákona, kdy dovodil, že se do zadávacího řízení mohl přihlásit větší počet dodavatelů, pokud by od prvopočátku lhůta pro dodání předmětu plnění veřejné zakázky končila k 31. 12. 2015 (tedy by byla o cca rok delší než bylo stanoveno původně). Z takového porušení zákonné povinnosti zákazu změny smlouvy dovodil Úřad to, že se zadavatel dopustil správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

K námitce nesprávného právního posouzení skutkového stavu věci

30. Zadavatel v rozkladu poukazuje na to, že napadené rozhodnutí Úřadu opřené o § 82 odst. 7 písm. b) zákona považuje za nezákonné, avšak dále se jeho odůvodnění vztahuje k tomu, proč v daném případě nelze aplikovat písm. d) předmětného odstavce uvedeného ustanovení zákona. Zde uvádím, že Úřad při ve svém rozhodnutí prokazatelně nevycházel z písm. d) uvedeného odstavce ustanovení zákona. Úřad v napadeném rozhodnutí naopak vycházel z písm. b) (viz body 29 a násl. napadeného rozhodnutí). Zde uvádím, že zadavatel dále žádný důvod, pro který spatřuje nesprávnost právního posouzení skutkového stavu věci ve vztahu právě k již zmíněnému § 82 odst. 7 písm. b) zákona, neuvádí.

31. K této, byť neúplné námitce uvádím, že závěr Úřadu ohledně toho, že v daném případě došlo k podstatné změně smlouvy o dílo, která mohla mít za důsledek ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, je správný. V obecné rovině lze říci, že při realizaci dodávek předmětů plnění veřejných zakázek je jedním z klíčových faktorů i časové rozmezí, v jakém má k realizaci dodávky dojít. Na základě elementární logiky je v obecné rovině možno konstatovat, že dodavatel, který nedisponuje dostatečnými materiálními (a) nebo personálními zdroji k provedení dodávky předmětu plnění veřejné zakázky v čase x, nemusí mít s týmž plněním veřejné zakázky problém při stanovení delší lhůty k jeho provedení. V daném případě je tedy možné tvrdit (zejména s ohledem na interpretaci předmětného ustanovení zákona, jak je provedeno v bodě 25 a 26 tohoto rozhodnutí), že by se

o předmětnou veřejnou zakázku ucházeli i tací dodavatelé, kteří svou účast v původním zadávacím řízení zavrhli z důvodu, že by nebyli schopni dodržet původní termín dodání, avšak termín dodání prodloužený o cca jeden rok by jim již problém nečinil. Tím by tedy došlo k rozšíření okruhu potenciálních dodavatelů. Na základě toho je tedy možné označit danou změnu smlouvy o dílo za podstatnou s odkazem na § 82 odst. 7 písm. b) zákona, kdy by – za implementace prodloužené lhůty k dodání dle smlouvy o dílo již do původního zadávacího řízení – mohlo dojít k umožnění účasti jiných dodavatelů, a tak i k rozšíření okruhu dodavatelů ucházejících se o veřejnou zakázku.

32. Se závěrem, že by za předpokladu implementace prodloužené lhůty již do zadávacího řízení, mohlo dojít k rozšíření okruhu dodavatelů ucházejících se o předmětnou veřejnou zakázku je spojen důsledek, který naplňuje část hypotézy § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a sice požadavku, že – se zákonem nesouladným – postupem zadavatele došlo k možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. K této věci lze odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“) ze dne 20. 3. 2012 sp. zn. 62 Af 58/2010, kde krajský soud konstatuje: *„Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbývá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou. Žalovaný v daném případě možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky shledal a dostatečným způsobem svůj závěr odůvodnil. K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat. Ani tento žalobní bod tedy důvodným shledán nebyl.“* Dále se také odkazuji na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) sp. zn. 4 As 61/2016 ze dne 28. 6. 2016, ze kterého plyne závěr, že Úřad není povinen prokazovat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele, zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. NSS v bodě 26 uvedeného rozsudku konstatuje: *„Nejvyšší správní soud má za to, že s ohledem na výše uvedené závěry tohoto soudu nelze přisvědčit požadavku krajského soudu, aby stěžovatel zevrubně prokazoval, že v inkriminované době existoval konkrétní dodavatel, který se předmětného výběrového řízení nemohl zúčastnit jen proto, že žalobce jako zadavatel předmětné veřejné zakázky v rozporu se zněním § 56 odst. 3 ZVZ zkrátil dobu, ve vztahu k níž měl takový dodavatel předložit příslušné reference.*“

33. V daném případě lze tedy konstatovat, že Úřad správně právně posoudil danou věc – tedy že v daném případě šlo o podstatnou změnu smlouvy, která by mohla zapříčinit to, že by se o veřejnou zakázku mohli ucházet i jiní dodavatelé, čímž by došlo k rozšíření jejich okruhu, pokud by změněná (prodloužená) doba pro dodání předmětu plnění veřejné zakázky byla přítomna již v původním zadávacím řízení. Rozšíření okruhu dodavatelů mohlo v dané věci vést k možnosti, že by došlo k podání výhodnější nabídky, tedy mohlo dojít k výběru jiného dodavatele. Tento závěr, že zadavatel porušil zákonnou povinnost a fakt, že v dané věci došlo k uzavření Dodatku, naplňuje důvody § 120 odst. 1 písm. a) zákona a je tedy možné konstatovat, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle uvedeného ustanovení zákona.

34. K námitce rozkladu, že vyhlášení nového zadávacího řízení by způsobilo neúměrnou časovou prodlevu s realizací předmětu veřejné zakázky a dosažením cíle, tedy zabezpečení vytápění objektů s vězněnými osobami, uvádím následující.

35. K dané námitce odkazuji zejména na rozsudek krajského soudu sp. zn. 62 Af 7/2010 : „…[*j]e třeba při střetu dát přednost větší otevřenosti zadávacího řízení. Jednak je tak dodržena zásada zákazu diskriminace, neboť nedochází k omezení hospodářské soutěže dodavatelů. Navíc větší množství dodavatelů zásadně přináší větší konkurenci a v důsledku toho také výhodnější nabídkové ceny vztahující se k jednotlivým dílčím plněním, a tedy v konečném důsledku úsporu finančních prostředků. V obecné rovině tak platí, že případná vyšší administrativní a logistická náročnost, která by s rozdělením veřejné zakázky na části a s umožněním podávání nabídek na jednotlivé části mohla být spojena, by neměla být důvodem, který by ospravedlňoval případné omezení konkurence.“* Z výše uvedeného odůvodnění krajského soudu je tedy patrné, že úspora administrativních nákladů a času plynoucí z nezahájení nového zadávacího řízení není odůvodněnou, pokud proti ní stojí omezení hospodářské soutěže a konkurence potenciálních dodavatelů. Nutno poukázat i na samotný cíl zákona – tedy hospodárné a efektivní nakládání s veřejnými prostředky. Obecně lze totiž tvrdit, že rozsáhlejší konkurenční prostředí sebou nese i potencialitu ekonomicky výhodnějších nabídek.

36. Co se týče argumentace rozkladu, že zadavatel obdržel nabídky celkem od 14 dodavatelů a žádný z nich nezpochybnil původní termín dodání, uvádím následující. Zadavatel se v této námitce odkazuje na fakt, že se o veřejnou zakázku ucházelo celkem 14 dodavatelů, kdy ani jeden z nich nenapadal ani nerozporoval původní termín dodání předmětu plnění veřejné zakázky. Je na místě konstatovat, že dodavatel, pro něhož není splnění stanoveného termínu možné, se nebude dané veřejné zakázky účastnit podáním své nabídky. Dané veřejné zakázky se tedy budou účastnit pouze ti dodavatelé, kteří jsou schopni poskytnout předmět plnění veřejné zakázky ve stanoveném termínu. Pak je ovšem krajně nelogické od takových dodavatelů očekávat to, že budou proti takto stanovenému termínu dodání předmětu plnění veřejné zakázky brojit. Za daných okolností je možno konstatovat, že daný rozkladový argument zadavatele je lichý.

37. Nadto uvádím, že k posouzení toho, zda zadavatel podstatně změnil smlouvu ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) zákona a následně posouzení toho, zda se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je irelevantní kolik dodavatelů se o danou veřejnou zakázku uchází, stejně jako to, zda tito spatřují problém v předmětném Dodatku, nebo snad v původním termínu dodání. Dále se odkazuji na bod 29 a násl. tohoto odůvodnění, ve kterém je uvedeno proč mohlo mít prodloužení lhůty plnění dle smlouvy o dílo vliv na okruh dodavatelů, pokud by takové prodloužení bylo přítomno již v zadávacím řízení.

K námitce nesprávného právního závěru vyvozeného ze skutkových zjištění

38. Zadavatel ve svém rozkladu poukazuje i na to, že Úřad v bodě 45 a násl. napadeného rozhodnutí uvedl, že se zadavatel mohl vyvarovat porušení § 82 odst. 7 písm. b) zákona odstoupením od smlouvy, jak mu umožňuje čl. XV odst. (11) smlouvy o dílo uzavřené mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem. K tomuto zadavatel podotýká, že v daném případě tak zadavatel mohl učinit až po uplynutí 60 dnů ode dne začátku prodlení vybraného dodavatele s dodávkou předmětu plnění veřejné zakázky. V daném případě by tedy zadavatel mohl odstoupit od smlouvy až 30. 3. 2015, což by pro zadavatele představovalo – dle jeho vlastních slov – „naprosto zásadní prodlení s projektem“.

39. Fakt, že si zadavatel ve smlouvě stanovil důvody pro odstoupení od smlouvy tak, jak si je stanovil, není důvodem, pro to, aby postupoval v rozporu se zákonem, a daná námitka nikterak postup zadavatele nehojí. Dále uvádím, že Úřad danou možnost odstoupit od smlouvy zmínil okrajově, tedy „nad rámec“ ve vztahu k odůvodnění napadeného rozhodnutí, jak je ostatně patrné ze samotného rozhodnutí. Toto konstatování Úřadu tedy pro výrok napadeného rozhodnutí není relevantní. S ohledem na zásadu procesní ekonomie, tedy nepovažuji za nutné se dále podrobněji vypořádávat se s námitkami, kterými není brojeno proti odůvodnění výroků, ale toliko proti okrajovému konstatování.

K námitce vnitřní rozpornosti napadaného rozhodnutí, k námitce proti výši uložené pokuty

40. K námitce zadavatele ohledně vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí uvádím následující. Tím, že Úřad mj. konstatoval, že byla „do značné míry zachována hospodářská soutěž“ (ve smyslu, že nebyla potlačena „úplně“), nijak Úřad nepopírá svá ostatní tvrzení ohledně popsaných pochybení zadavatele. V bodě 49 napadeného rozhodnutí Úřad konstatuje, že kroky zadavatele vedly k omezení hospodářské soutěže. Definičním znakem omezení hospodářské soutěže typicky není výsledný kvalitativní stav daného soutěžního prostředí, nýbrž kontrast mezi soutěžním prostředím, které nastalo a které by bývalo nastalo, pokud by se zadavatel nedopustil pochybení. Z výše uvedeného odůvodnění (body 29 a násl. tohoto rozhodnutí) plyne, že postup zadavatele prokazatelně mohl vést ke snížení počtu potenciálních dodavatelů ucházejících se o předmětnou veřejnou zakázku. Jinými slovy, pokud by zadavatel stanovil v původním zadávacím řízení lhůtu pro dodání předmětu plnění veřejné zakázky na cca 835 dní, mohlo se o veřejnou zakázku ucházet větší množství dodavatelů. Lze tedy uzavřít, že zadavatel mohl omezit počet potenciálních dodavatelů, což z podstaty věci naplňuje definici „omezení hospodářské soutěže“. Za daných okolností tedy nelze námitku zadavatele považovat za důvodnou, ale spíše toliko za účelovou, a tudíž k ní nelze při posouzení věci přihlédnout.

41. Zadavatel dále namítal, že postupoval s péčí řádného hospodáře, k čemuž uvádím následující. O péči řádného hospodáře se tu jednat z povahy věci nemohlo, obzvláště proto, že zadavatel přistoupil ke změně smlouvy o dílo až skoro 10 měsíců poté, co si byl vědom prodlení vybraného uchazeče, tedy zásadní skutečnosti, že vybraný uchazeč nemá uzavřenou subdodavatelskou smlouvu na dodávku technologie kotelny, a tudíž z jeho strany nebudou dodrženy smluvní podmínky. Toto dokládá např. bod 3 zápisu z kontrolního dne stavby č. 15 (ze dne 20. 5. 2014): *„… zhotovitel nepředložil aktualizovaný seznam subdodavatelů …“*, zápis z kontrolního dne stavby č. 16 (ze dne 27. 5. 2014): *„Zhotovitel neplní předložený harmonogram prací dle SoD, zhotovitel je již 15 týdnů v prodlení od zahájení dodávky technologie kotelny a 24 týdnů v prodlení s výstavbou objektu nové kotelny.“*, zápis z kontrolního dne stavby č. 18 (ze dne 23. 6. 2014): *„Zhotovitel neplní předložený harmonogram prací dle SoD, zhotovitel je již 19 týdnů v prodlení od zahájení dodávky technologie kotelny a 27 týdnů v prodlení s výstavbou projektu nové kotelny.“* S ohledem na výše uvedené nelze seznat, že zadavatel postupoval s péčí řádného hospodáře, a tedy není možné přihlédnout k takové polehčující okolnosti ve vztahu k výši udělené pokuty. Tento závěr je potvrzen tím, že zadavatel již v roce 2014 věděl o tom, že je vybraný uchazeč v prodlení s dodávkou části předmětu plnění dle smlouvy o dílo.

42. K uložené výši pokuty uvádím následující. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) v tomto případě činila po zaokrouhlení částku ve výši 7 905 093 Kč s DPH. Pokuta

uložená ve výši 350 000 Kč v daném případě Úřadem lze tedy objektivně vnímat za stanovenou při dolní hranici zákonné sazby. Úřad tedy postupoval v části odůvodnění napadeného rozhodnutí vztahující se k výši jím uložené pokuty zcela správně a v souladu se zákonem. Zdůrazňuji, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí při stanovení výše pokuty dostatečně zhodnotil způsob spáchání správního deliktu a rovněž i okolnosti, za nichž byl delikt spáchán a konečně následek, který spáchaný delikt způsobil. Výše pokuty byla Úřadem dostatečně odůvodněna, poněvadž z odůvodnění napadeného rozhodnutí je jednoznačně patrno, k čemu přihlédl.

43. Úřad zohlednil také ekonomickou situaci zadavatele, přičemž konstatoval, že stanovenou výši pokuty je zadavatel vzhledem ke svým finančním možnostem schopen uhradit, když tato nemůže zvlášť negativním způsobem ovlivnit ekonomickou situaci zadavatele, tedy nelze ji označit za likvidační. Vzhledem k výše uvedenému tak konstatuji, že se Úřad zabýval všemi zákonem stanovenými hledisky pro určení výše uložené sankce a mám za to, že výše uložené pokuty v napadeném rozhodnutí odpovídá odůvodnění uvedenému v napadeném rozhodnutí.

K absenci posouzení aplikace příznivější právní úpravy

44. Jestliže se jedná o rozkladovou argumentaci zadavatele, v rámci které uvádí, že Úřad ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí rezignoval na posouzení možné aplikace pozdější příznivější právní úpravy, uvádím, že musím se zadavatelem částečně souhlasit. Nicméně z níže uvedených důvodů, mám za to, že pochybení Úřadu nemá vliv na zákonnost rozhodnutí, protože pro zadavatele zde není pozdější právní úprava nikterak příznivější. V souladu s judikaturou NSS platí, že rozhodnutí prvního stupně a rozhodnutí o rozkladu podaném proti takovému rozhodnutí, tvoří jeden jediný celek (viz rozsudek NSS ze dne 26. 1. 2011 č. j. 2 Afs 132/2009-275). Úvahy obsažené v napadeném a tomto rozhodnutí je tedy nutno posuzovat v zásadě komplexně. Na tomto místě tedy rovněž v souladu se zásadou procesní ekonomie doplňuji chybějící úvahy Úřadu ve vztahu k posouzení pozdější právní úpravy a k námitkám zadavatele uvádím následující.

45. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“). Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „**Listina**“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější (mírnější). Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury NSS aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.

46. K nové právní úpravě obsažené v ZZVZ, uváděné zadavatelem v této souvislosti v rozkladu (bez dalšího hlubšího argumentačního agregátu) nutno konstatovat, že uvedená ustanovení § 222 odst. 4 a ustanovení § 222 odst. 6 ZZVZ, na posuzovaný případ nedopadají. Dále uvádím, proč se na danou situaci nepoužije § 222 odst. 4 ZZVZ. Zmíněné ustanovení se týká změn *de minimis*. Jádrem předmětného ustanovení je, že za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna, která nemění celkovou

povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je buď nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku anebo nižší než 10 % původní hodnoty závazku anebo 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, která není koncesí. Zákonodárce dále v citovaném § 222 odst. 4 ZZVZ dále upravuje situaci, kdy zadavatel provede více následných změn a stanoví, že pro dodržení uvedených finančních limitů je rozhodný součet hodnot všech těchto změn. Výstižně napsáno, § 222 odst. 4 ZZVZ míří na cenu (resp. na cenu za položku), reguluje výměnu položky za položku. Důvodová zpráva k ZZVZ pak uvádí jako příklad výměnu jednoho kusu nábytku za jiný v rámci dodávek nábytku, přičemž nový kus nábytku musí splňovat požadavky na finanční limity stanovené v dotčeném ustanovení zákona. Ve vztahu k citovanému ustanovení § 222 odst. 4 ZZVZ, je nutné říci, že je zde ze své podstaty (týká se problematiky *de minimis*, a výměny „položky za položku“ ne věci zde řešené) neaplikovatelné. I kdyby byl § 222 odst. 4 ZZVZ naplněn, tak to nepopírá možnost porušit § 222 odst. 3 ZZVZ.

47. Dle ustanovení § 222 odst. 6 ZZVZ se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna, jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat. Jak jsme si vyložili výše, zadavatel tu změnu okolností předvídat, pakliže by postupoval s náležitou péčí, mohl a měl, takže ani § 222 odst. 6 ZZVZ, jinak pro pachatele skutečně příznivější, zde nemožno použít.

48. Dále poukazuji na znění § 222 odst. 3 ZZVZ, které by na řešenou situaci bylo aplikováno s ohledem na to, že písm. a) uvedeného ustanovení ZZVZ odpovídá svým obsahem dříve uvedenému § 82 odst. 7 písm. b) zákona. Pro srovnání: § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ: *„Podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně,“* a § 82 odst. 7 písm. b): *„Za podstatnou se považuje taková změna, která by …b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů.“* Ve smyslu tohoto ustanovení ZZVZ by byla předmětná změna smlouvy o dílo taktéž označena za podstatnou změnu. V daném případě tedy ZZVZ nepředstavuje ve vztahu k řešené věci příznivější právní úpravu.

49. Ve vztahu k námitce rozporující výši uložené pokuty je nasnadě konstatovat, že i nynější právní úprava podle § 268 odst. 1 písm. a) a odst. 2 písm. a) ZZVZ uděluje za předmětný správní delikt (dle terminologie ZZVZ již za přestupek) totožnou pokutu ve výši do 10% z ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, pokud se taková cena nedá určit. Ani ve vztahu k výši udělené pokuty tedy nepředstavuje ZZVZ příznivější právní úpravu oproti zákonu.

50. Z výše uvedeného odůvodnění tohoto rozhodnutí je tedy patrné a najisto postavené, že zadavatel se dopustil podstatné změny smlouvy ve vztahu k veřejné zakázce dle § 82 odst. 7 písm. b) zákona, kdy je patrné, že změna by mohla umožnit účast v zadávacím řízení též jiným dodavatelům, pokud by původní zadávací řízení odpovídalo této změně. Tímto zadavatel tedy porušil zákonnou povinnost takovou změnu smlouvy neučinit, také tím ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel Dodatek, čímž naplnil 3 podmínky hypotézy správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Za tento správní delikt uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 350 000 Kč (z maximální možné výše 7 905 093 Kč), tedy při spodní hranici daného rozpětí. Za polehčující okolnost nemohl Úřad vzít ani tvrzení zadavatele, že postupoval v dané věci s péčí řádného hospodáře, když – jak je výše

a v napadeném rozhodnutí prokázáno – o tom, že nedojde ke splnění dílčí části předmětu veřejné zakázky včas, věděl již cca 10 měsíců před původním termínem splnění.

51. Ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro uložení pokuty, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní předpisy (a v nich obsažené právní normy), které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití

VI. Závěr

52. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

53. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:
Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 – Nové Město
Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy