



UOHSX00F008J

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0098/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-24031/2021/162/HSc

Brno 30.08.2021

V řízení o rozkladu ze dne 7. 6. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 9. 6. 2021 obviněným

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

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 5. 2021, sp. zn. ÚOHS-S0130/2021/VZ, č. j. ÚOHS-17571/2021/500/Alv, ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů při uzavření dodatku č. 2 dne 3. 9. 2020 ke „Smlouvě o dílo a smlouvě příkazní“ č. 0221/2017/OI/VZKÚ, kterou zadavatel – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava – uzavřel s dodavatelem – společníky společnosti „Společnost pro DÚR, Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“, jimiž jsou SUDOP BRNO, spol. s r.o., IČO 44960417, se sídlem Kounicova 688/26, 602 00 Brno, a Dopravní projektování, spol. s r.o., IČO 25361520, se sídlem 28. října 3388/111, 702 00 Ostrava – dne 10. 2. 2017 na základě výsledku zadávacího řízení veřejné zakázky „**Ekologizace veřejné dopravy Ostrava - Poruba (DÚR a IČ)**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož „Oznámení o zakázce“ bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 10. 2016 pod ev. č. 645306 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 7. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 194-350211,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 5. 2021, sp. zn. ÚOHS-S0130/2021/VZ, č. j. ÚOHS-17571/2021/500/Alv

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Postup zadavatele a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel dne 1. 2. 2021 podnět k přezkoumání postupu obviněného – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava (dále jen „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) – jakožto veřejného zadavatele ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona, při uzavření dodatku č. 2 dne 3. 9. 2020 (dále jen „**dodatek č. 2**“) ke „Smlouvě o dílo a smlouvě příkazní“ č. 0221/2017/OI/VZKÚ (dále jen „**smlouva o dílo**“), kterou zadavatel uzavřel s dodavatelem – společníky společnosti „Společnost pro DÚR ,Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“, jimiž jsou SUDOP BRNO, spol. s r.o., IČO 44960417, se sídlem Kounicova 688/26, 602 00 Brno, a Dopravní projektování, spol. s r.o., IČO 25361520, se sídlem 28. října 3388/111, 702 00 Ostrava (dříve Janáčkova 1194/12, 702 00 Ostrava; dále jen „**vybraný dodavatel**“) – dne 10. 2. 2017 na základě výsledku zadávacího řízení veřejné zakázky „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba (DÚR a IČ)“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 10. 2016 pod ev. č. 645306 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 7. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 194-350211 (dále jen „**veřejná zakázka**“ nebo též „**zadávací řízení**“).
2. Zahájení řízení o přestupku oznámil Úřad obviněnému přípisem pod č. j. ÚOHS-11655/2021/544/EPr ze dne 6. 4. 2021, přičemž ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi.
3. Shora citované oznámení o zahájení řízení o přestupku bylo obviněnému doručeno dne 7. 4. 2021 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona, v návaznosti na § 78 odst. 2 zákona

č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, v rozhodném znění (dále jen „ZOP“), zahájeno řízení o přestupku z moci úřední.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 26. 5. 2021 vydal Úřad rozhodnutí v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0130/2021/VZ, č. j. ÚOHS-17571/2021/500/Alv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
5. Úřad výrokem I napadeného rozhodnutí konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s § 222 odst. 1 zákona umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy o dílo, když dne 3. 9. 2020 uzavřel dodatek č. 2, kterým ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) citovaného zákona změnil ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy o dílo ve prospěch vybraného dodavatele tím, že změnil platební podmínky pro část B smlouvy o dílo tak, že k okamžiku uzavření dodatku č. 2 umožnil vybranému dodavateli vystavit fakturu na 40 % částky odpovídající plnění za projektovou dokumentaci pro územní řízení — tramvajové trasy I, a po předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení — tramvajové trasy I v požadovaném rozsahu umožnil vybranému dodavateli vystavit fakturu na 20 % částky odpovídající příslušnému plnění, ačkoliv podle smlouvy o dílo mělo dojít k prvnímu vyplacení příslušné části smlouvené odměny až po předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení předmětné tramvajové trasy v požadovaném rozsahu, a to na základě vystavené faktury na 60 % částky odpovídající tomuto plnění, přičemž uvedený postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele.
6. Úřad výrokem II napadeného rozhodnutí uložil za výše uvedený přestupek ve smyslu § 268 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 100 000 Kč.
7. Úřad výrokem III napadeného rozhodnutí uložil obviněnému povinnost uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč.
8. Úřad výrok I napadeného rozhodnutí odůvodnil tak, že platební podmínky představují jednu ze zásadních skutečností, na jejímž základě se dodavatel rozhoduje, zda se má zadávacího řízení vůbec zúčastnit. Dle názoru Úřadu ze zadávací dokumentace i ze smlouvy o dílo jednoznačně plyne záměr zadavatele neposkytovat finanční prostředky dopředu formou zálohy, ale uvolnit sjednanou výši odměny za část plnění předmětu veřejné zakázky až ve chvíli, kdy bude disponovat konečnou verzí projektové dokumentace. Tím, že zadavatel při uzavření dodatku č. 2 změnil uvedenou platební podmínku a nově umožnil vybranému dodavateli bez dalšího vystavit fakturu na část odměny, přestože v danou chvíli disponoval pouze konceptem projektové dokumentace, dle názoru Úřadu jednoznačně změnil ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, a tedy umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Uzavřením dodatku č. 2 tak zadavatel zvýhodnil vybraného dodavatele oproti jiným uchazečům, resp. potenciálním dodavatelům. Úřad uzavírá, že nelze vyloučit, že pokud by zadavatel nastavil mírnější požadavky na platební podmínky již v zadávacích podmínkách veřejné zakázky, mohlo se zadávacího řízení na veřejnou zakázku účastnit více dodavatelů, což by následně mohlo vést k výběru jiné výhodnější nabídky než té, která byla vybrána. Proto jednání zadavatele mohlo ovlivnit výběr dodavatele.

9. Námitka zadavatele, že uzavřením dodatku č. 2 byla naplněna výjimka dle § 222 odst. 6 zákona, byla Úřadem odmítnuta s tím, že z nastavení platebních podmínek vyplývá, že zadavatel si byl vědom možných komplikací s prováděním předmětu veřejné zakázky, a tudíž navázal výplatu veřejných prostředků až do momentu, kdy bude mít jistotu kvalitního plnění. Následná potřeba (resp. snaha o domluvu) změny platebních podmínek pak nevznikla na straně zadavatele, nýbrž na straně vybraného dodavatele, který zadavateli předložil svou žádost o úpravu platebních podmínek, pročež zadavatel nebyl povinen této žádosti vybraného dodavatele vyhovět. Předmětná změna dle Úřadu nesměřovala k zajištění dokončení předmětu plnění veřejné zakázky a nebyla vyvolána potřebou zadavatele.
10. Odmítnuty byly i námitky zadavatele odkazující na dobré mravy, deklarace obdobného přístupu vůči kterémukoliv dodavateli a obava o druhotnou platební neschopnost na straně dodavatele.
11. Při stanovení výše pokuty Úřad přihlédl ke způsobu spáchání přestupku, konstatoval, že se jednalo o přestupek závažného charakteru, jehož následkem mohlo reálně dojít k omezení počtu potenciálních dodavatelů veřejné zakázky. Přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele a zohlednil funkce pokuty.

III. Rozklad obviněného

12. Dne 9. 6. 2021 byl Úřadu doručen blanketní rozklad obviněného proti napadenému rozhodnutí ze dne 7. 6. 2021. Napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 26. 5. 2021, rozklad byl doručen v zákonné lhůtě. K výzvě Úřadu obviněný svůj rozklad doplnil o důvody, a to podáním ze dne 21. 6. 2021, které bylo Úřadu doručeno téhož dne.

Námitky rozkladu

13. Zadavatel rozporuje napadené rozhodnutí z toho důvodu, že Úřad nepřihlédl k odvolatelem tvrzeným skutečnostem, a to bez toho, aniž by si zajistil důkaz opaku pro svá tvrzení v napadeném rozhodnutí a neúplně zjistil skutkový stav věci, když primárně je důkazní břemeno na správním orgánu (řízení o přestupku vychází ze zásady oficiality). Úřad v této souvislosti dospěl dle zadavatele na základě provedených důkazů k nesprávným skutkovým zjištěním a nesprávnému právnímu posouzení věci.
14. Zadavatel tvrdí, že jím provedená změna smlouvy o dílo dodatkem č. 2, vzhledem k okolnostem daného případu, nemohla mít žádný vliv na okruh uchazečů o veřejnou zakázku a nemohla měnit ekonomickou rovnováhu závazku ve prospěch vybraného dodavatele. Nejednalo se tak o podstatnou změnu dle § 222 odst. 3 zákona. V této souvislosti uvádí, že původní předpoklad předání čistopisu projektové dokumentace byl 36 týdnů od nabytí účinnosti smlouvy, v důsledku probíhajícího řízení posuzování vlivu na životní prostředí (dále také jen „EIA“) dle zákona č. 100/2001 Sb., o posuzování vlivů na životní prostředí a o změně některých souvisejících zákonů, v platném znění (dále jen „zákon EIA“) a řešení vlastnických vztahů nelze čistopis dokončit, ačkoliv koncept byl předán již 2. 2. 2018. V současné situaci není v moci vybraného dodavatele dílo řádně dokončit. V důsledku uvedených okolností tak došlo ke znevýhodnění rovnováhy závazku v neprospěch vybraného dodavatele, uzavření dodatku č. 2 fakticky uvedlo závazek zpět do rovnováhy.

15. Zadavatel tvrdí, že pokud by si potenciální uchazeči o veřejnou zakázku byli vědomi té skutečnosti, že nedostanou jako dodavatelé uhrazeno ničeho ani po takřka 4 letech od uzavření smlouvy, tak by naopak nabídku k veřejné zakázce nepodali. Úřad měl dle zadavatele v rámci své činnosti a zásady oficiality oslovit ostatní uchazeče o veřejnou zakázku nebo jiný úřadem definovaný okruh subjektů a ověřit si, jaký vliv by mělo uzavření dodatku č. 2 (z hlediska všech souvislostí) na jejich účast v zadávacím řízení. Takovéto chybějící ověření je dle zadavatele nutno považovat za chybu, která činí napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným.
16. Zadavatel současně odkazuje na úpravu dle § 1765 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v platném znění (dále také jen „**občanský zákoník**“) a tvrdí, že v důsledku daných neočekávaných okolností (řízení EIA a řešení vlastnických vztahů) nastal zvláště hrubý nepoměr v právech a povinnostech stran smlouvy o dílo.
17. Zadavatel dále tvrdí, že pro zajištění své právní jistoty rozhodl uzavření dodatku č. 2 co do důvodnosti změny podřadit pod výjimku § 222 odst. 6 zákona, přestože neznamenalo podstatnou změnu závazku na veřejnou zakázku ve smyslu § 222 odst. 3 zákona. Závěry Úřadu v otázce výjimky dle § 222 odst. 6 považuje zadavatel za nesprávné, tvrdí, že se Úřad nezabýval vztahem záloh a dílčích plateb, jak byly ze smlouvy o dílo vzájemně ujednány. Zadavatel současně uvádí, že dodatek č. 2 dodavateli neumožnil žádné zálohové platby, jak tvrdí Úřad, došlo pouze ke změně platebního milníku, kdy dílčím plněním byl koncept projektové dokumentace.
18. Pokud Úřad tvrdí, že potřeba změny platebních podmínek nevznikla na straně zadavatele, jde dle zadavatele o vlastní úvahu Úřadu vycházející ze zjevně neúplně zjištěného skutkového stavu. Zadavateli totiž v daném případě naopak vznikla potřeba vyhovět žádosti dodavatele, neboť hrozilo akutní přerušování prací na díle ze strany dodavatele a vznik dlouholetého soudního sporu. Zadavatel dle svého tvrzení vyhověl žádosti vybraného dodavatele po takřka dvou letech jeho opakovaných žádostí o změnu platebních podmínek. Pokud Úřad uzavírá, že nelze konstatovat, že by se v daném případě jednalo o změnu závazku řešící objektivní potřeby, ke které by bylo nutné přistoupit bez ohledu na osobu dodavatele, uvádí zadavatel, že toto tvrzení nevychází ze správného zjištění skutkového stavu. Úřad měl učinit např. dotaz na vybraného dodavatele za účelem zjištění jeho důvodů k podání žádosti k uzavření dodatku č. 2.
19. Změna platebních podmínek dle dodatku č. 2 dle zadavatele byla v souladu s dobrými mravy a navracela do smlouvy původní ekonomickou rovnováhu. Takový postup by zadavatel dle svého tvrzení zvolil vůči kterémukoliv dodavateli. Zadavatel dle svého přesvědčení opakovaně uvedl relevantní důvody, proč vybraný dodavatel nemohl předvídat skutečnou splatnost části ceny díla. Důvodem pro nastavení platebních podmínek byla běžná praxe zadavatele se znalostí běžné délky procesů EIA a potřebných majetkových vypořádání.
20. Zadavatel dále tvrdí, že Úřad na změnu platebních podmínek nesprávně nahlíží jako na zavedení institutu záloh do smlouvy, jednalo se však o platbu za dílčí plnění.

Závěr rozkladu

21. Obviněný navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

22. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 a podle § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a proto předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.
23. Obviněný ve svém rozkladu tvrdil, že řízení EIA pro záměr „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ (kód záměru MSK2105) bylo neúměrně dlouhé, proto přistoupil k uzavření dodatku č. 2. V této souvislosti byla shledána nutnost zabývat se obvyklou dobou trvání řízení EIA pro dopravní stavby v rozhodné době (r. 2016-2020). Za tímto účelem byly do správního spisu doplněny výpisy z elektronického informačního systému EIA (viz https://portal.cenia.cz/eiasea/view/eia100_cr) pro celkem 8 relevantních řízení EIA.
24. Předseda Úřadu následně vydal v řízení o rozkladu dne 2. 8. 2021 usnesení sp. zn. ÚOHS-R0098/2021/VZ, č. j. ÚOHS-25722/2021/162/HSc, kterým uložil zadavateli, aby se do sedmi kalendářních dnů ode dne doručení tohoto usnesení vyjádřil k doplněným podkladům rozhodnutí, které byly zaslány jako příloha uvedeného usnesení. Předmětné usnesení bylo zadavateli doručeno dne 2. 8. 2021.
25. Dne 9. 8. 2021 doručil zadavatel vyjádření k doplněným podkladům rozhodnutí z téhož dne označené jako „Sdělení k výzvě, č. j. ÚOHS-25722/2021/162/HSc, ze dne 02. 08. 2021“ (dále jen „**vyjádření k podkladům**“), v němž sděluje, že má k podkladům zařazeným do spisu zásadní připomínky, a to z toho důvodu, že dle jeho názoru musí Úřad zkoumat a porovnávat skutečnosti nastalé již před podpisem smlouvy o dílo, a nikoliv až po jejím uzavření.
26. Dále v textu vyjádření k podkladům zadavatel rozporuje všechny Úřadem do podkladů rozhodnutí připojené záměry, neboť se dle zadavatele buďto jedná o stavebně, technicky i rozsahem neporovnatelnou stavbu, nebo byl daný záměr (na rozdíl od záměru zadavatele) v rozhodné době zařazen do té kategorie záměrů, které vždy podléhají posouzení vlivů na životní prostředí, případně dané projekty probíhaly až několik let po podpisu smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku, a proto o nich zadavatel nemohl mít v rozhodné době povědomí.
27. Zadavatel zároveň připojuje 5 jím dohledaných záměrů na druhově stejný předmět plnění (stavba tramvajové tratě) z let 2007-2017, u kterých trvalo (zkrácené) zjišťovací řízení ohledně posuzování vlivu na životní prostředí jen průměrně 2-3 měsíce, což má potvrzovat závěr, že zadavatel nemohl v době, kdy probíhalo zadávací řízení na veřejnou zakázku vědět, že bude posuzování vlivu na životní prostředí trvat déle než 3 roky.
28. V samotném závěru vyjádření k podkladům zadavatel požádal o zaslání seznamu dokumentů, jež jsou zařazeny jako součást spisu, a rovněž o dodatečnou lhůtu, aby mohl ke všem podkladům učinit komplexní vyjádření. Předseda Úřadu na základě této žádosti vydal dne 11. 8. 2021 usnesení č. j. ÚOHS-27150/2021/162/JSr, kterým stanovil zadavateli dodatečnou lhůtu 3 dnů k vyjádření se k podkladům řízení, a jako přílohu tohoto usnesení mu zaslal požadovaný obsah spisu. Toto usnesení bylo zadavateli doručeno dne 12. 8. 2021, ovšem v dodatečně stanovené lhůtě nebylo další vyjádření zadavatele Úřadu doručeno.

Stanovisko předsedy Úřadu

29. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, byl podle § 98 odst. 1 ZOP přezkoumán soulad výroků napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále byla přezkoumána rovněž správnost napadeného rozhodnutí. S přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
30. Úřad rozhodl správně a v souladu s právními předpisy, pokud zadavatele uznal vinným z přestupku vymezeného ve výroku I napadeného rozhodnutí. Za správné a zákonné lze napadené rozhodnutí považovat i ve výroku II a III. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které byl rozklad zamítnut a napadené rozhodnutí potvrzeno.

V. K námitkám rozkladu

K posouzení dodatku č. 2 jako podstatné změny smlouvy dle § 222 odst. 3 zákona (část A rozkladu)

31. Zadavatel předně namítá, že jím provedená změna smlouvy o dílo provedená dodatkem č. 2 nebyla tzv. podstatnou změnou smlouvy ve smyslu § 222 odst. 3 zákona, neboť nemohla mít vliv na okruh uchazečů a nemohla měnit ekonomickou rovnováhu závazku ve prospěch vybraného dodavatele. Uvádí, že vybraný dodavatel při uzavření smlouvy o dílo nemohl předpokládat, že odměnu za provedenou projektovou dokumentaci obdrží až po mnoha letech z důvodu nepředpokládané délky řízení EIA a délky řešení vlastnických vztahů. Změna splatnosti tak byla dle zadavatele pouhým navrácením vychýlené ekonomické rovnováhy do původního stavu.
32. Věcné posouzení změny smlouvy o dílo provedené dodatkem č. 2 spočívá v případném podřazení této změny pod § 222 odst. 3 zákona. Je tedy vhodné zabývat se výkladem ustanovení § 222 odst. 3 písm. b) zákona, jehož naplnění Úřad napadeným rozhodnutím dovodil. Toto ustanovení uvádí, že podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele. Z komentářové literatury se podává, že „[t]ento případ postihuje ostatní případy změn hospodářské rovnováhy smluvního vztahu, které explicitně nebyly předpokládány v zadávacích podmínkách, zejména změny ustanovení smlouvy, které by měly za následek zmírnění povinností dodavatele.“ (srov. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 1076.). Z judikatury se pak podává následující: „*Ekonomickou nerovnováhu je přitom možné shledat právě např. v situaci, v níž zadavatel s vybraným uchazečem smluvně upustí od části plnění, ale cena za plnění veřejné zakázky zůstává nezměněna [viz komentář k § 222 odst. 3 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (PODEŠVA, Vilém a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. Praha: Wolters Kluwer, 2016); ačkoli se citovaný komentář vztahuje k novější právní úpravě týkající se veřejných zakázek, lze z něj vycházet, neboť znění § 82 odst. 7 písm. d) zákona o veřejných zakázkách a § 222 odst. 3 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek*

je v podstatě totožný]. V uvedeném vzorovém příkladu je vybraný uchazeč nedůvodně zvýhodněn.“ (srov. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 8. 2020, č. j. 5 As 225/2018 – 34). Za změnu ekonomické rovnováhy závazku ve prospěch vybraného dodavatele je tedy nutno považovat takovou změnu, která tohoto dodavatele určitým způsobem zvýhodňuje oproti stavu vzájemných práv a povinností stran, který panoval v době vzniku tohoto závazku.

33. V posuzovaném případě dospěl Úřad k závěru, že změna platebních podmínek dodatkem č. 2 je změnou ekonomické rovnováhy ze smlouvy. S tímto závěrem lze i s ohledem na shora uvedené souhlasit, neboť tím, že vybraný dodavatel získal oprávnění obdržet část ceny díla dříve, než předpokládalo původní znění smlouvy o dílo, došlo ke zmírnění jeho původně dohodnuté povinnosti nést „riziko spojené s překážkami plnění“ (viz níže bod 37. tohoto rozhodnutí), tedy nést riziko, že čistopis projektové dokumentace nebude moci být dokončen z důvodů stojících mimo vybraného dodavatele, ale i mimo zadavatele (prodloužení doby plnění s ohledem na případné překážky ze strany dotčených orgánů státní správy, vlastníků nemovitostí apod.). Vybraný dodavatel tak byl uzavřením dodatku č. 2 zvýhodněn.
34. Úřad se tak správně zabýval platebními podmínkami nastavenými ve smlouvě o dílo, kdy konstatoval, že v rámci původních zadávacích podmínek, resp. původní smlouvy o dílo, byly platební podmínky za plnění dle čl. III části B smlouvy o dílo nastaveny tak, že 60 % částky odpovídající uvedenému plnění bylo navázáno na předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení tramvajové trasy I (DÚR) a 40 % částky odpovídající uvedenému plnění bylo navázáno na vydání pravomocného územního rozhodnutí ke stavbě. Z tohoto ujednání, ale i z celkové charakteru smlouvy o dílo jednoznačně plynul záměr zadavatele uhradit vybranému dodavateli předmětnou část plnění až po předání projektové dokumentace v čistopise, tedy poté, až proběhnou všechna potřebná řízení a vypořádání vlastnických práv.
35. Předmětnou smlouvu o dílo je totiž třeba posuzovat s ohledem na dohodnutou splatnost platby za čistopis projektové dokumentace komplexně. V části A čl. I, bod 2 je uvedeno, že účelem smlouvy je zajištění nezbytných předpokladů pro budoucí realizaci stavby „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“. Součástí povinností vybraného dodavatele dle smlouvy o dílo pak není pouze vypracování projektové dokumentace, ale rovněž inženýrská činnost pro zajištění pravomocného územního rozhodnutí, jejíž součástí je mimo jiné dle části C, čl. I, bod 2 smlouvy o dílo i zajištění závazného stanoviska příslušného úřadu k posouzení vlivů na životní prostředí a vyřešení všech majetkoprávních vztahů k pozemkům dotčeným stavbou. Vybraný dodavatel si tak musel být vědom, že předtím, než bude schopen zhotovit čistopis projektové dokumentace, bude muset v zastoupení zadavatele získat souhlas v řízení EIA a vypořádat vlastnické vztahy.
36. Lze pak předpokládat, že s ohledem na charakter veřejné zakázky, kterým je projektová dokumentace stavby vedoucí obydleným územím, si musel být zadavatel i vybraný dodavatel vědom možných faktorů majících vliv na plynulost přípravy projektové dokumentace. Zejména se to týká vybraného dodavatele, kterého je nutno považovat v dané oblasti za odborníka (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 3. 5. 2010, č. j. 62 Ca 91/2008-103).
37. Z celkového konceptu smlouvy pak jasně vyplývá, že zadavatel přenesl tzv. „riziko spojené s překážkami plnění“, tedy odpovědnost za získání potřebných dokladů, vyjádření dotčených

vlastníků apod. na vybraného dodavatele, což je zjevné jednak z propojení inženýrské činnosti a samotného zhotovení projektové dokumentace v jednu smlouvu, ale rovněž z jednotlivých ustanovení smlouvy o dílo. Odkázat lze např. na část B, čl. IV, bod 5 smlouvy o dílo, dle kterého je zhotovitel povinen zajistit doklady a vyjádření příslušných orgánů, fyzických a právnických osob a učinit je nedílnou součástí projektové dokumentace, případně na část C smlouvy o dílo, která upravuje inženýrskou činnost vybraného dodavatele za účelem získání pravomocného územního rozhodnutí. Jediné zohlednění možného prodloužení se získáním potřebných dokumentů lze shledat v části B, čl. II, bod 6 smlouvy o dílo, kterým byla prodloužena doba plnění právě s ohledem na případné překážky ze strany dotčených orgánů státní správy, vlastníků nemovitostí apod. Z tohoto ustanovení smlouvy o dílo jasně plyne, že si obě strany uvědomovaly možné prodloužení termínu plnění z důvodů stojících mimo vybraného dodavatele i zadavatele, avšak rozhodli se toto prodloužení kompenzovat toliko prodloužením termínu plnění na straně vybraného dodavatele, aby jej nestíhaly sankce za pozdní dodání. Žádná možnost změny termínu plnění (tedy splatnosti části ceny díla) ze strany zadavatele pro takový případ sjednána nebyla.

38. Není tedy rozhodné, že vybraný dodavatel (ale ani zadavatel) v určité situaci již nemohl ovlivnit dobu, kdy bude schopen předat čistopis projektové dokumentace, neboť smlouva o dílo s takovou situací počítala a její tíži měl nést vybraný dodavatel.
39. S ohledem na shora uvedené a na ujednání o splatnosti části ceny ve výši odměny (60 %) za plnění dle části B, čl. III smlouvy, která byla navázána na předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení, je zjevné, že zadavatel již od počátku zamýšlel uhradit danou část plnění až poté, co bude mít postaveno najisto, že projektová dokumentace bude plně využitelná pro realizaci stavby. Případné vlivy na získání potřebných dokumentů stojících mimo vybraného dodavatele pak byl ochoten zohlednit pouze v otázce termínu plnění části díla. Vybraný dodavatel pak s případným prodloužením předmětných jednání (EIA a jednání s vlastníky) v souladu se smlouvou o dílo mohl a měl počítat, stejně tak jako s případným prodloužením mohli a měli počítat i ostatní účastníci zadávacího řízení v souladu se zadávacími podmínkami a textem smlouvy o dílo.
40. Pojem „ekonomická rovnováha závazku“ v ustanovení § 222 odst. 3 zákona se vztahuje k rozložení hospodářského rizika, přičemž toto rozložení plyne z konkrétního nastavení soukromých subjektivních práv a povinností stran závazku (tj. relativního majetkového právního vztahu), jak jej zakotvuje smlouva na veřejnou zakázku, jejímž uzavřením byl předmětný závazek založen. Změna obsahu závazku (tj. změna práv a povinností ze smlouvy plynoucích) může změnu ekonomické rovnováhy závazku (tj. změnu rozložení rizika) způsobit, ale také nemusí. Proto je zákon koncipován tak, že nikoliv každá změna závazku ze smlouvy je považována za změnu podstatnou (zakázanou), nýbrž jde jen o takovou změnu závazku ze smlouvy, která naplňuje některé kritérium dle § 222 odst. 3 [mezi nimiž i zde sporné písmeno b) odkazující na ekonomickou rovnováhu závazku]. Změna práv a povinností ze smlouvy plynoucích zpravidla změnu ekonomické rovnováhy závazku působí. Komentářová literatura¹ však v tomto kontextu zmiňuje například možnost, že dojde ke změně obsahu

¹ Komentář k § 222 (k odstavcům 1 a 3). DVOŘÁK, D., MACHUREK, T., NOVOTNÝ P., ŠEBESTA, M. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017.

závazku, aniž by došlo ke změně jeho ekonomické rovnováhy, avšak označuje takový postup za obtížně realizovatelný.

41. Výraz „rovnováha“ v § 222 odst. 3 písm. b) zákona označuje skutečně toliko podobu rozložení hospodářských rizik, resp. schéma jejich rozprostření mezi strany právního vztahu, nenese však příznak vyváženosti, přiměřenosti, ekvivalence poskytovaných plnění či spravedlivého rozložení rizik. Smyslem uvedeného ustanovení bylo zakázat ty změny závazků, které implikují výkyvy **oproti počátečnímu rozložení hospodářských rizik** při uzavření smlouvy. Tento účel § 222 odst. 3 písm. b) zákona je třeba dovozovat ze zásady transparentnosti. Pokud by například smlouva, pro jejíž uzavření byl dodavatel vybrán v zadávacím řízení, byla uzavřena za použití smluvních podmínek, které by implikovaly schéma rozložení rizika A, následně by se s plynutím času či pro změnu okolností toto schéma stalo pro jednu ze stran značně nevýhodným, tedy nepřiměřeným a nespravedlivým, pročez by strany přistoupily ke změně smluvních podmínek a dohodou by přijaly pro svůj závazkový vztah schéma rozložení rizika B, pak nelze vyloučit, že by za použití schématu B ve smluvních podmínkách v původním zadávacím řízení zvítězil jiný uchazeč. O budoucím použití schématu B však nikdo z potenciálních ani reálných účastníků zadávacího řízení nemohl vědět, což představuje prvek netransparentnosti. Tato netransparentnost nemůže být zhojena tím, že změnou závazku byla nastolena spravedlnost mezi smluvními stranami, neboť z nevyvážené smlouvy byla učiněna smlouva vyvážená. Zákazu učinit podstatnou změnu smlouvy tedy nemohou uniknout ani ty změny, kterými se ekonomická vyváženost, resp. spravedlnost teprve nastoluje oproti předchozímu stavu, který strany vnímají jako nevyvážený. Tvrdost ustanovení § 222 odst. 3 písm. b) zákona zmírňují výjimky, kterými § 222 zákona zužuje rozsah pojmu „podstatná změna“, mezi něž se počítá i zde dotčený § 222 odst. 6 zákona, který však pracuje s relativně přísnými kritérii: nepředvídatelnost okolností působících potřebu změny, náležitá péče zadavatele, zachování celkové povahy veřejné zakázky, limit hodnoty změny závazku. Vedle toho, kdyby byl výrazu „rovnováha“ v § 222 odst. 3 písm. b) zákona přiznán sémantický rys vyváženosti, přiměřenosti apod., znamenalo by to, že by zákon zakazoval jako podstatné například ty změny závazků, kde dochází ke změně ze stavu vyváženého do stavu nevyváženého, resp. nespravedlivého. To by však posouvalo účel zákona od zajištění soutěžního prostředí spíše směrem k regulaci obsahu závazků, což typicky náleží právu soukromému, nikoliv zákonu.
42. Případné nepřiměřené prodloužení délky řízení EIA tedy nemohlo mít na ekonomickou rovnováhu závazku vliv tak, jak ve svém rozkladu uvádí zadavatel, neboť jde pouze o okolnost, která strany závazkového právního vztahu může motivovat k provedení jeho změny. Nejedná se naopak o okolnost, se kterou by byla sama o sobě spojena změna práv a povinností ze smlouvy (právní skutečnost), a tedy ani změna rozložení hospodářských rizik mezi stranami. Nelze se proto ztotožnit s tvrzením zadavatele, že změna splatnosti byla pouhým navrácením vychýlené ekonomické rovnováhy do původního stavu. I pokud by však bylo možno na jeho argumentaci týkající se změny ekonomické rovnováhy v neprospěch vybraného dodavatele přistoupit, je třeba uzavřít, že délka řízení EIA pro záměr „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ nebyla ke dni uzavření dodatku č. 2 nijak excesivní (viz níže).
43. Zadavatel tvrdil, že uzavření dodatku č. 2 bylo potřebné v důsledku neočekávaného prodloužení délky řízení EIA a jednání s vlastníky dotčených nemovitostí, neboť by bylo

nespravedlivé a proti dobrým mravům neposkytnout vybranému dodavateli žádné plnění za již provedené práce. Uvedená tvrzení zadavatel prokazoval materiálem pro 68. schůzi rady města ze dne 25. 8. 2020, č. BJ1822 02348/20, jehož přílohami jsou návrh dodatku č. 2, důvodová zpráva, dodatek č. 1 a smlouva o dílo (dále jen „**materiál pro 68. schůzi rady**“), a následně výpisem z usnesení rady města ze dne 01.09.2020, kde bylo uzavření dodatku č. 2 schváleno.

44. Nahlédnutím do informačního systému EIA (viz https://portal.cenia.cz/eiasea/view/eia100_cr) bylo zjištěno, že řízení EIA pro záměr „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ (kód záměru MSK2105) bylo oznámeno dne 10. 7. 2018, dosud nebylo vydáno souhlasné stanovisko. Bylo tedy na místě zabývat se obvyklou dobou trvání řízení EIA pro dopravní stavby v městském prostředí v rozhodném období (r. 2016-2020) a bylo zjištěno, že tato doba může trvat běžně i 2 roky, lze najít i záměry odsouhlasené za cca 1 rok, avšak i záměry, kdy bylo vydáno souhlasné stanovisko až po několika letech. Namátkou lze odkázat na tato řízení EIA:

- kód záměru: PHA1088, název záměru: Tramvajová trať Kobylisy – Zdiby, oznámení o záměru 23. 1. 2019, souhlasné stanovisko 10. 12. 2020
- kód záměru: JHM1423, název záměru: Silnice I/42 Brno VMO v úseku tunel Vinohrady – D1, oznámení o záměru 12. 12. 2017, souhlasné stanovisko 22. 11. 2019
- kód záměru: OV6227, název záměru: Modernizace trati Hradec Králové – Pardubice – Chrudim, 2. stavba, zdvoukolejnění Opatovice nad Labem – Hradec Králové, oznámení o záměru 03. 8. 2016, souhlasné stanovisko 24. 10. 2019
- kód záměru: OV1152, název záměru: Modernizace traťového úseku Praha-Libeň - Praha-Malešice, I. stavba, oznámení o záměru 13. 1. 2015, souhlasné stanovisko 23. 3. 2018
- kód záměru: OV6226, název záměru: Modernizace trati Hradec Králové – Pardubice – Chrudim, 3. stavba, zdvoukolejnění Pardubice – Rosice nad Labem – Stěblová, oznámení o záměru 25. 7. 2016, souhlasné stanovisko 10. 11. 2017
- kód záměru: JHC730, název záměru: Obchvat města Kaplice – 2. Etapa, silnice II/154, oznámení o záměru 7. 4. 2015, souhlasné stanovisko 10. 2. 2017
- kód záměru: MZP065, název záměru: Rychlostní silnice R 55, stavba 5506 Napajedla – Babice, oznámení o záměru 6. 9. 2004, souhlasné stanovisko 2. 12. 2016
- kód záměru: MZP427, název záměru: Kolejové napojení Letiště Václava Havla Praha do odbočky Jeneček, oznámení o záměru 23. 9. 2013, souhlasné stanovisko 20. 1. 2017

45. Na základě uvedených zjištění lze dospět k závěru, že pokud bylo řízení EIA pro záměr „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ (kód záměru MSK2105) oznámeno dne 10. 7. 2018, neuběhla ke dni uzavření dodatku č. 2 žádná excesivní doba trvání řízení EIA. Případnou excesivnost délky trvání řízení EIA je nutno posuzovat nikoliv s ohledem na současný stav, tedy s vědomím, že dané řízení trvá ale na stav, který panoval ke dni uzavření dodatku č. 2 (je tedy třeba posuzovat dobu od oznámení záměru do uzavření dodatku č. 2). Lze však uzavřít, že ani ke dni vydání tohoto rozhodnutí nepřesahuje délka řízení EIA pro záměr „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ (kód záměru MSK2105) některá déle trvajících

řízení, např. záměr „Kolejové napojení Letiště Václava Havla Praha do odbočky Jeneček“ (kód záměru MZP427) nebo „Modernizace traťového úseku Praha-Libeň – Praha-Malešice, I. stavba“ (kód záměru OV1152).

46. Pokud pak zadavatel poukazuje na prodloužení trvání plnění smlouvy o dílo z důvodu nutnosti přepracování projektové dokumentace na základě průtahů při jednáních ve věci vlastnických vztahů k nemovitým věcem, neuvádí k tomuto tvrzení žádné podrobnosti, které by svědčily o excesivnosti takových průtahů. Naopak vypořádání vlastnických vztahů lze i zcela obecně považovat za komplikovanou agendu. V důvodové zprávě k uzavření dodatku č. 2 dále zadavatel uvádí jako důvod uzavření dodatku č. 2 i finanční dopady pandemie SARS CoV-2, avšak opět se jedná pouze o obecné tvrzení bez jakékoliv konkretizace či důkazů. Navíc v žádosti o úpravu platebních podmínek, která byla podána dne 7. 8. 2020 vybraným dodavatelem, je uváděn jako důvod žádosti pouze nestandardní průběh řízení EIA.
47. Délku předmětného řízení EIA ani průtahy při jednáních ve věci vlastnických vztahů k nemovitým věcem (tj. skutečnosti, kterými zadavatel odůvodňuje uzavření dodatku č. 2) tedy nelze označit ani v širším kontextu okolností veřejné zakázky za excesivní, neboť zadavatel nepředložil žádná tvrzení, která by takovému závěru nasvědčovala. Naopak vlivy, které byly zadavatelem uvedeny jako důvody uzavření dodatku č. 2, zohlednil zadavatel i ve smlouvě o dílo, a to v části B, čl. II, bod 6 smlouvy o dílo, avšak pouze tak, že v důsledku nich došlo k prodloužení termínu plnění. Jednalo se navíc o okolnosti, které vybraný dodavatel jako odborník na dopravní projektování mohl a měl předvídat s ohledem na předmět veřejné zakázky. Ačkoliv se jedná o smluvní podmínku výhodnou pro zadavatele, nelze na její koncepci spatřovat ničeho nestandardního, neboť je běžné, že zadavatelé hodlají platit až za konečné plnění, které mohou bez dalšího využít v souladu s účelem veřejné zakázky.
48. V posuzovaném případě lze shledat paralelu s případem, o kterém rozhodoval Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 27. 8. 2020, č. j. 5 As 225/2018 – 34, v němž Nejvyšší správní soud shledal následující: *„V projednávané věci podstatnou změnou výše smluvní pokuty byla vytvořena ekonomická nerovnováha ve prospěch vybraného uchazeče ve smyslu § 82 odst. 7 písm. d) zákona o veřejných zakázkách - vybraný uchazeč byl nedůvodně zvýhodněn. Je nutné zdůraznit, že dotčeným narovnáním se stěžovatel (zadavatel) ke své újmě vzdal práva na většinu smluvní pokuty, což je ve zjevném rozporu s efektivním vynakládáním veřejných prostředků a smyslem zákona o veřejných zakázkách.“* Obdobně lze nahlížet i na posuzovaný případ, kdy byla ekonomická rovnováha původní smlouvy vychýlena ve prospěch vybraného dodavatele tím, že z něj bylo sejmuto riziko související s prodloužením plnění smlouvy o dílo v souvislosti s překážkami ze strany dotčených orgánů státní správy, vlastníků nemovitostí apod., čímž byl zvýhodněn oproti původnímu stavu práv a povinností dle smlouvy o dílo. Současně toto riziko převzal na sebe zadavatel, a to ke své újmě, neboť musel vynaložit určité finanční prostředky dříve, než by je vynaložil dle smlouvy o dílo, a současně je vynaložil, aniž by disponoval čistopisem projektové dokumentace využitelným v souladu s účelem smlouvy o dílo. Skutečnost, že byla uzavřená smlouva „tvrdá“ pro dodavatele, měla být případně řešena v zadávacím řízení, mohla být namítána dodavateli, ale pokud na ni obě strany přistoupily, byla výsledkem konsenzu a nelze se teď odvolávat na tvrdost podmínek smlouvy.
49. K námitce, že si měl Úřad na základě zásady oficiality ověřit u dalších uchazečů, jaký vliv by mělo uzavření dodatku č. 2 na jejich účast v zadávacím řízení, lze uvést, že taková zjištění

by byla pro posouzení podstaty posuzované věci bezcenná. Bylo totiž shora uzavřeno, že každý dodavatel mohl a měl na základě své odbornosti z původního znění smlouvy o dílo vyvodit, že termín předání čistopisu projektové dokumentace (a tedy i splatnosti části ceny díla) může být v důsledku překážek ze strany dotčených orgánů státní správy, vlastníků nemovitostí apod. prodloužen. Nelze tedy tvrdit, že dodavatelé mohli předpokládat, že obdrží plnění za čistopis projektové dokumentace již v řádu desítek týdnů ode dne uzavření smlouvy, když ze smlouvy jasně vyplýval předpoklad, že doba plnění bude prodloužena o překážky ze strany orgánů státní správy či vlastníků dotčených nemovitostí. Pokud pak bylo uzavřeno, že délka trvání řízení EIA pro záměr „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ (kód záměru MSK2105) činila ke dni uzavření dodatku č. 2 cca 26 měsíců (počítáno od oznámení záměru dne 10. 7. 2018), což není doba nijak extrémní či excesivní, vyplývá z toho, že každý dodavatel mohl a měl počítat s tím, že doba plnění bude prodloužena i o několik let. Pokud pak uzavřením dodatku č. 2 bylo po cca 3 letech od uzavření smlouvy o dílo přeneseno „riziko spojené s překážkami plnění“ na zadavatele, musel by každý dostatečně odborně způsobilý dodavatel vnímat takový postup jako zvýhodnění.

50. Je nutno odmítnout i tvrzení zadavatele, že v důsledku délky řízení EIA a jednání s vlastníky dotčených nemovitostí došlo k výrazné změně ekonomické rovnováhy ve prospěch zadavatele. Ekonomická rovnováha smlouvy o dílo byla totiž již od počátku nastavena tak, že je to vybraný dodavatel, kdo ponese na svých bedrech případné prodloužení termínu plnění povinností ze smlouvy o dílo v souvislosti s překážkami ze strany dotčených orgánů státní správy, vlastníků nemovitostí apod. Zadavatel byl ochoten toto riziko v době uzavření smlouvy o dílo eliminovat toliko v otázce termínu plnění díla na straně vybraného dodavatele (a tedy oprostít vybraného dodavatele v takovém případě od povinnosti hradit smluvní pokutu za prodlení s dodáním díla). Ačkoliv byly smluvní podmínky v tomto směru jednoznačně nastaveny ve prospěch zadavatele, bylo toto nastavení provedeno již při zadání veřejné zakázky a případní uchazeči, ale i zadavatel, s takovým nastavením mohli a měli počítat. Pokud se ve světle událostí, které však nebyly nepředvídatelné, následně zdály platební podmínky zadavateli i vybranému dodavateli příliš „tvrdé“, nejednalo se o situaci, kterou byl zadavatel oprávněn řešit změnou smlouvy o dílo.
51. Pokud zadavatel tvrdí, že vybraný dodavatel hrozil ukončením smluvního vztahu pro nemožnost plnění s odkazem na § 1765 občanského zákoníku, nepředložil k těmto tvrzením zadavatel žádné indicie, které by vedly Úřad k nutnosti ověření takového tvrzení. Naopak z materiálu pro 68. schůzi rady, který Úřadu předložil sám zadavatel, plyne, že důvodem pro uzavření dodatku č. 2 byla neočekávatelná délka poskytovaného plnění, kdy nelze předvídat dobu dalšího trvání probíhajícího řízení EIA ani nutnost přepracování projektové dokumentace v důsledku řízení EIA či vyvlastnění nemovitých věcí a finanční dopady výskytu SARS CoV-2. Z komentářové literatury vztahující se k § 1765 občanského zákoníku se přitom podává, že daná „[ú]prava směřuje jen na takové extrémní situace, kdy změna okolností přináší překvapivé, zcela šokující, zarážející dopady na postavení stran ve smluvním vztahu, které jakémukoliv rozumnému vyhodnocení a zvážení rizik neodpovídají, a vyvolává tudíž následky, které vzhledem k tomu nelze dotčené straně spravedlivě přičítat.“ (srov. Hulmák, Milan a kol. Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 222.). Je zjevné, že případné prodloužení doby plnění

v důsledku řízení EIA či v důsledku vypořádání vlastnických vztahů za takové extrémní situace považovat nelze. Případné dopady pandemie SARS CoV-2 pak zadavatel zmiňuje pouze okrajově bez dalších souvislostí, ovšem s ohledem na dobu uzavření dodatku č. 2 a předmět plnění smlouvy o dílo lze tyto dopady označit spíše za marginální.

52. Úřad tedy správně shledal, že zadavatel uzavřením dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo umožnil v rozporu s ustanovením § 222 odst. 1 zákona podstatnou změnu závazku vyplývajícího ze smlouvy o dílo, kterou uzavřel s vybraným dodavatelem, a to z důvodu podstatné změny spočívající ve změně platebních podmínek, která mění ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) zákona.
53. Úřad současně správně shledal, že vzhledem k tomu, že původní platební podmínky ve smlouvě o dílo si kladly vyšší nároky týkající se finanční síly dodavatele a schopnosti financovat provádění příslušných projekčních prací z vlastních prostředků než platební podmínky ve smyslu dodatku č. 2, pak nelze vyloučit, že v případě, že by zadavatel nastavil mírnější požadavky na platební podmínky již v zadávacích podmínkách veřejné zakázky, se mohlo zadávacího řízení na veřejnou zakázku účastnit více dodavatelů, což by následně mohlo vést k výběru jiné výhodnější nabídky než té, která byla vybrána, a proto jednání zadavatele mohlo ovlivnit výběr dodavatele.
54. Navíc lze doplnit, že § 222 odst. 1 zákona je koncipován tak, že podstatná změna závazku není dovolena bez provedení nového zadávacího řízení. Pokud by tedy byl posuzován případný vliv na výběr dodavatele ve vztahu k zadávacímu řízení, které mělo být uskutečněno pro realizaci změny závazku, avšak uskutečněno nebylo, je potencialita takového vlivu jasně dána. Pokud totiž měl zadavatel realizovat pro změnu závazku nové zadávací řízení, které však nerealizoval, ovlivnil tím výběr dodavatele, a tedy naplnil i další znak přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona.

K posouzení dodatku č. 2 jako podstatné změny smlouvy dle § 222 odst. 6 zákona (část B rozkladu)

55. Zadavatel tvrdí, že uzavření dodatku č. 2 je možno podřadit i pod výjimku dle § 222 odst. 6 zákona, ačkoliv má za to, že se nejednalo o podstatnou změnu závazku ve smyslu § 222 odst. 3 zákona. Tento názor zadavatele nelze akceptovat, naopak lze souhlasit se závěry napadeného rozhodnutí, dle kterých změnou uvedené platební podmínky došlo k dřívějšímu vyplacení části odměny za plnění předmětu veřejné zakázky, než by tomu bylo dle původně sjednaných platebních podmínek dle smlouvy o dílo, a to nikoliv v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat.
56. Úřad správně poukázal v bodě 66 napadeného rozhodnutí na to, že původním záměrem zadavatele dle zadávací dokumentace i smlouvy o dílo bylo uvolnit sjednanou výši odměny za část plnění předmětu veřejné zakázky až ve chvíli, kdy bude disponovat konečnou verzí projektové dokumentace, popřípadě až ve chvíli získání pravomocného územního rozhodnutí ke stavbě. Současně bylo vyloučeno použití ustanovení § 2611 občanského zákoníku. Jak bylo obdobně konstatováno v bodě 37 tohoto rozhodnutí shora zejména s odkazem na část B, čl. II, bod 6 smlouvy o dílo, lze plně souhlasit s tvrzením Úřadu, že zadavatel si byl vědom možných komplikací s prováděním předmětu veřejné zakázky, a tudíž navázal výplatu veřejných prostředků až do momentu, kdy bude mít jistotu plnění vedoucího ke splnění samotného

účelu realizace veřejné zakázky. Tedy veškerá rizika plnění předmětu veřejné zakázky přenesl na vybraného dodavatele. Uvedené úvahy jednoznačně vyplývají z textu smlouvy o dílo, který je Úřad v souvislosti s předmětným řízením oprávněn vyložit, neboť otázka rozložení práv a povinností dle této smlouvy, jakož i ekonomického rizika je s ohledem na dikci ustanovení § 222 odst. 3 písm. b) zákona otázkou pro rozhodnutí v této věci klíčovou, a Úřad tak učinil správně.

57. Pokud zadavatel rozporuje ve svém rozkladu závěry Úřadu obsažené v bodě 66 a 67 napadeného rozhodnutí, nesměřuje tato argumentace do nosných důvodů dané části napadeného rozhodnutí. Zadavatel v podstatě vytýká Úřadu nesprávné posouzení vztahu záloh a dílčích plateb a poukazuje na ujednání části D, čl. II, odst. 4 smlouvy o dílo, která upravuje režim dílčích plnění s ohledem na daň z přidané hodnoty. Ačkoliv lze přisvědčit zadavateli, že Úřad zde poněkud nepřesně či spíše nešikovně implikuje, že platbu provedenou dle dodatku č. 2 by bylo možno považovat za zálohu (dle § 1807 občanského zákoníku však platí, že záloha je plnění poskytnuté před uzavřením smlouvy), podstata jeho argumentace je zcela jiná. Úřad konstatuje, že ze smlouvy o dílo vyplývá, že zadavatel přenesl riziko plnění předmětu veřejné zakázky související s vyřízením všech potřebných podkladů pro územní rozhodnutí na vybraného dodavatele, což je závěr zcela správný. Pokud pak zadavatel platbu provedl dříve, převzal uvedené riziko související s vyřízením všech potřebných podkladů pro územní rozhodnutí na sebe, čímž jednoznačně vybraného dodavatele zvýhodnil. Je zcela nepodstatné, zda tato platba byla namísto zálohou dílčím plněním na základě změny platebního milníku, podstatnou zůstává skutečnost, že sjednáním její dřívější úhrady byl vybraný dodavatel zvýhodněn oproti stavu dle původního znění smlouvy o dílo.
58. Zadavatel dále Úřadu vytýká, že jeho závěry obsažené v bodě 66. napadeného rozhodnutí týkající se důvodů pro uzavření dodatku č. 2 nemají oporu ve skutečnostech rozhodných pro řešenou věc ani v listinách, které jsou obsahem spisu, proto je rozhodnutí nepřezkoumatelné. Tvrdí, že důvodem pro uzavření dodatku č. 2 byla hrozba přerušení prací ze strany vybraného dodavatele s tím, že o úpravu platebních podmínek žádal vybraný dodavatel již téměř dva roky před uzavřením dodatku č. 2. K výzvě na doložení podkladů k tomuto tvrzení zadavatel pouze sdělil, že tyto opakované žádosti byly vzneseny v rámci osobních jednání zadavatele a vybraného dodavatele a předcházely podání **oficiální žádosti** dodavatele ze dne 7. 8. 2020. K případnému osvětlení ostatních okolností pak navrhl výslech svědků. Zadavatel tedy ve svém podání žádným způsobem nekonkretizoval, v jaké době měly být tyto žádosti vzneseny, co bylo jejich obsahem apod. Odkázal toliko na konkrétní osoby, které se měly daných ústních jednání účastnit. Na základě těchto skutečností je nutno dospět k závěru, že námitce vznesené proti bodu 66. napadeného rozhodnutí nelze přisvědčit. Úřad při posouzení důvodů pro uzavření dodatku č. 2 vycházel z podkladů, které mu přeložil sám zadavatel, a to z žádosti vybraného dodavatele ze dne 7. 8. 2020 (v níž vybraný dodavatel zmiňuje pouze délku řízení EIA, nikoliv další důvody) a z materiálu pro 68. schůzi rady. Uvedené důkazy jsou dostatečně věrohodné, sám zadavatel žádost vybraného dodavatele ze dne 7. 8. 2020 považuje za **oficiální**. Je tedy nerozhodné, jaká jednání předcházela podání uvedené oficiální žádosti, když i zadavatel sám považuje za relevantní až žádost podanou dne 7. 8. 2020. Případné tvrzení o dřívějších žádostech nebylo žádným způsobem konkretizováno a případný odkaz na výsledky svědků, aniž by bylo konkretizováno, k prokázání

jakých skutečností mají být tito svědci vyslechnuti, pak nelze akceptovat. Pokud pak zadavatel datuje případné dřívější žádosti na dobu až dvou let předcházejících podání oficiální žádosti ze dne 7. 8. 2020, je s podivem, že by měly být podány v podstatě ihned po oznámení záměru v řízení EIA (záměr „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ byl oznámen dne 10. 7. 2018).

59. V této souvislosti lze uvést, že i v řízení o přestupku nese zadavatel břemeno tvrzení. Týká se to zejména argumentace, která leží plně na straně zadavatele, tedy takové, kterou zadavatel obhájí své postupy v zadávacím řízení. Nejvýrazněji se na povinnost zadavatele unést břemeno tvrzení poukazuje v případě důvodů pro zadání veřejné zakázky formou jednacímho řízení bez uveřejnění, které je povinen tvrdit a prokázat zadavatel, neboť jen on je schopen takové důvody řádně formulovat a Úřad není schopen je „domýšlet“ za něj, jednoduše již proto, že konkrétní okolnosti na straně zadavatele zpravidla nemůže znát (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 126/2019 – 78 ze dne 31. 8. 2020, nebo rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 93/2017 – 94 ze dne 7. 8. 2019). Obdobně je třeba přistupovat k důvodům, které zadavatele vedly k uplatnění jiné výjimky vylučující hospodářskou soutěž, zde tedy výjimky ze zákazu umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku bez provedení nového zadávacímho řízení. Úřad se totiž nemůže domýšlet důvodů, které zadavatele v konkrétním případě vedly ke změně závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku a tyto prokazovat, neboť takové důvody leží výhradně na straně zadavatele (obdobně jako důvody pro vedení jednacímho řízení bez uveřejnění). Zadavatel pak tyto důvody formuloval zcela obecně, když uvedl, že dodatek č. 2 byl uzavřen také proto, že o změnu platebních podmínek žádal vybraný dodavatel již po dobu téměř dvou let před uzavřením dodatku č. 2, a také proto, že existovala hrozba přerušování prací ze strany vybraného dodavatele. Uvedená tvrzení nebyla nijak konkretizována, zadavatel pouze odkázal na konkrétní osoby, které se měly neoficiálních jednání mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem účastnit, aniž by uvedl, jaké informace měly být těmito osobami doloženy. Navíc tvrdí, že dodavatel nedostal v důsledku nepředvídatelných okolností ani po bezmála 4 letech řádného plnění smlouvy ničeho ze strany zadavatele zapláceno z ceny díla, přestože značná část díla již byla zhotovena. Toto tvrzení však velmi kontrastuje se skutečností, že smlouva o dílo byla sice uzavřena dne 10. 2. 2017, avšak oznámení o záměru v řízení EIA bylo zveřejněno na úřední desce dotčeného kraje až dne 10. 7. 2018 a dodatek č. 2 byl uzavřen 3. 9. 2020. Vybraný dodavatel tak jen těžko mohl mít v těchto časových intervalech splněnu značnou část díla po dobu téměř čtyř let.
60. Pokud mělo jít o prokázání tvrzení, že o změnu platebních podmínek bylo ze strany vybraného dodavatele žádáno již před podáním žádosti dne 7. 8. 2020, není takový důvod pro prokázání výjimky dle § 222 odst. 6 zákona nijak relevantní, neboť na žádosti o dřívější úhradu části ceny díla nelze nahlížet jako na okolnosti, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat. Je nutno si totiž uvědomit, že výjimka dle § 222 odst. 6 zákona vyžaduje dle písm. a), aby potřeba změny závazku vznikla v důsledku nepředvídatelných okolností na straně zadavatele, nikoliv vybraného dodavatele. Pokud tedy zadavatel toliko tvrdil, že důvodem pro uzavření dodatku č. 2 byly žádosti ze strany vybraného dodavatele, aniž by konkretizoval, jaké nepředvídatelné následky by pro něj neuzavření dodatku č. 2 mělo, nelze takové okolnosti označit za okolnosti, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat ve smyslu

§ 222 odst. 6 písm. a) zákona. Rovněž případné finanční vlivy pandemie SARS CoV-2 jsou uvedeny zadavatelem zcela obecně. Jestliže tedy zadavatel nijak nekonkretizoval shora uvedené důvody, kdy navíc předložil Úřadu žádost vybraného dodavatele o úpravu platebních podmínek, která byla podána dne 7. 8. 2020 a materiál pro 68. schůzi rady, z nichž plyne, že důvodem k uzavření dodatku č. 2 je zejména délka řízení EIA a případně vypořádání vlastnických vztahů, lze konstatovat, že v tomto směru neunesl břemeno tvrzení a nelze tak vyčítat Úřadu, že k jeho zcela obecným tvrzením nezískal žádné důkazy. V této souvislosti lze opětovně odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 8. 2020, č. j. 5 As 225/2018 – 34, zejména na jeho bod 25.

61. Pokud zadavatel obhajuje svůj postup korektivem dobrých mravů, lze v tomto směru bez dalšího souhlasit se závěry Úřadu uvedenými v bodě 68 napadeného rozhodnutí. Úřad dostatečně jasně vysvětluje, že zákon modifikuje proces kontraktace upravený jinak obecnými soukromoprávními předpisy, resp. stanovuje další požadavky, které zadavatel musí dodržet. Z ničeho navíc nevyplývá, že by případné neuzavření dodatku č. 2 mohlo být považováno za rozporné s dobrými mravy. Bylo totiž shledáno, že případné prodloužení doby plnění s ohledem na překážky ze strany dotčených orgánů státní správy, vlastníků nemovitostí apod. bylo ve smlouvě o dílo předpokládáno a bylo s ním spojeno prodloužení termínu plnění ze strany vybraného dodavatele, nikoliv však termínu plnění (splatnost ceny díla) zadavatele. Bylo současně i uzavřeno, že případné prodloužení řízení EIA nebylo nijak excesivní.
62. K argumentaci týkající se navrácení ekonomické rovnováhy lze opětovně odkázat na shora uvedené závěry, kdy bylo konstatováno, že ekonomická rovnováha spočívající v tom, že vybraný dodavatel ponese riziko prodloužení plnění z důvodu překážek ze strany dotčených orgánů státní správy, vlastníků nemovitostí apod. byla nastavena již při uzavření smlouvy o dílo. Úprava platebních podmínek dle dodatku č. 2 tak znamenala vychýlení této ekonomické rovnováhy ve prospěch vybraného dodavatele.
63. K bodu 69 napadeného rozhodnutí zadavatel namítá, že je zjevné, že k uzavření dodatku došlo na základě žádosti vybraného dodavatele, avšak dodává, že tato žádost následovala po dlouhodobé snaze situaci řešit a byla ovlivněna i probíhající pandemií SARS CoV-2. Jak bylo uvedeno shora, zadavatel své tvrzení, že uzavření dodatku č. 2 předcházely opakované žádosti o úpravu platebních podmínek nijak nekonkretizoval, pouze konstatoval, že jednání probíhala ústně, oficiální žádost o změnu splatnosti byla podána až dne 7. 8. 2020. Navíc bylo konstatováno, že ke dni uzavření dodatku č. 2 bylo možno trvání řízení EIA považovat za nikoliv excesivní, tím méně ho lze považovat za excesivní v případě žádostí dřívějších. Tvrzení zadavatele o vlivu pandemie SARS CoV-2 rovněž není nijak konkretizováno a jedná se pouze o obecnou proklamaci bez jakéhokoliv dalšího upřesnění. Navíc byl dodatek č. 2 uzavřen na začátku září 2020, kdy doposud proběhla toliko „první vlna“ pandemie. Pokud zadavatel na některých místech rozkladu naznačuje, že ze strany vybraného dodavatele hrozilo přerušování prací případně ukončení smluvního vztahu, jedná se o tvrzení zcela obecná, nijak nekonkretizovaná, vzájemně rozporná (ukončení smluvního vztahu pro nemožnost plnění vs. přerušování prací na díle) a navíc nemají oporu v žádosti o změnu splatnosti ze dne 7. 8. 2020 ani v materiálu pro 68. schůzi rady. Zadavatel tak žádným způsobem konkrétně netvrdil, že by mu hrozila újma v případě, že by dodatek č. 2 neuzavřel, ve zdůvodnění uzavření dodatku č. 2 (viz materiál pro 68. schůzi rady) uvádí pouze, že uzavření dodatku považuje za spravedlivé

a souladné s dobrými mravy. Zadavateli však nic nebránilo v tom, aby případné riziko prodlení s plněním z důvodu překážek ze strany dotčených orgánů státní správy, vlastníků nemovitostí apod. převzal na sebe již při uzavření smlouvy o dílo, což však neučinil. Na uvedeném nemůže nic změnit ani proklamace zadavatele, že by obdobně postupoval i v případě jakéhokoliv vybraného dodavatele, v tomto směru se lze zcela ztotožnit se závěry obsaženými v bodě 69 napadeného rozhodnutí.

K argumentaci zadavatele vznesené ve vyjádření ze dne 9. 8. 2021

64. Nejprve je třeba uvést, že bez ohledu na obsah vyjádření zadavatele ze dne 9. 8. 2021 nelze shledat naplnění podmínek § 222 odst. 6 zákona už proto, že zadavatel v řízení o přestupku neprokázal, že potřeba uzavřít dodatek č. 2 byla na jeho straně objektivní a obhajitelná. Tak by tomu bylo v případě, že by například hrozilo skutečné a významné riziko, že při neuzavření dodatku nebudou povinnosti vybraného dodavatele ze smlouvy splněny. To však zadavatel neprokázal. Argumentaci uvedenou zadavatelem v citovaném vyjádření však nelze z toho důvodu pouze přejít, neboť zadavatel v ní i přesto spatřuje důvody, pro které jsou naplněny předpoklady § 222 odst. 6 zákona.
65. Zadavatel tvrdí, že byl v legitimním očekávání, že dotčený záměr bude projednán toliko ve zjišťovacím řízení a že nedojde k posuzování jeho vlivů na životní prostředí. Své legitimní očekávání zakládá na tom, že záměry, které považuje za záměry charakteru obdobného (zbudování tramvajové trati), prošly zjišťovacím řízením v době několika málo měsíců.
66. K tomu je třeba uvést, že odhad toho, jak dlouho může zhruba trvat projednání záměru podle zákona EIA, nelze činit toliko na základě charakteru stavby. Ve zdejším případě jde podle zákona EIA ve znění účinném v době uzavření smlouvy o dílo o záměr zařazený do přílohy č. 1, kategorie II zákona EIA, bodu 9.3 „Tramvajové, podzemní nebo speciální dráhy včetně lanovek“.
67. Podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona EIA v rozhodném znění (viz výše) jsou předmětem posuzování podle tohoto zákona záměry uvedené v příloze č. 1 k tomuto zákonu kategorii II a změny těchto záměrů, pokud změna záměru vlastní kapacitou nebo rozsahem dosáhne příslušné limitní hodnoty, je-li uvedena, nebo které by mohly mít významný negativní vliv na životní prostředí, zejména pokud má být významně zvýšena jeho kapacita a rozsah nebo pokud se významně mění jeho technologie, řízení provozu nebo způsob užívání; **tyto záměry a změny záměrů podléhají posuzování, pokud se tak stanoví ve zjišťovacím řízení.**
68. Podle § 7 odst. 2 zákona EIA v rozhodném znění (viz výše) je u záměrů a změn záměrů uvedených v § 4 odst. 1 písm. b) až f) **cílem zjišťovacího řízení zjištění, zda záměr nebo jeho změna může mít významný vliv na životní prostředí**, případně zda záměr může samostatně nebo ve spojení s jinými významně ovlivnit území evropsky významné lokality nebo ptačí oblasti, a zda bude posuzován podle zákona EIA. Je-li výsledkem takového posouzení zjištění, že záměr má být posuzován podle zákona EIA, je předmětem zjišťovacího řízení také upřesnění podle § 7 odst. 1 zákona EIA v rozhodném znění.
69. Podle § 7 odst. 3 zákona EIA v rozhodném znění (viz výše) se zjišťovací řízení zahajuje na podkladě oznámení a provádí se podle zásad uvedených v příloze č. 2 k zákonu EIA.

Při určování, zda záměr nebo změna záměru může mít významné vlivy na životní prostředí, přihlíží příslušný úřad vždy k

a) **povaze a rozsahu záměru a jeho umístění,**

b) okolnosti, zda záměr nebo změna záměru svou kapacitou dosahuje limitních hodnot uvedených u záměrů příslušného druhu v příloze č. 1 k tomuto zákonu kategorie II,

c) obdrženým vyjádřením veřejnosti, dotčené veřejnosti, dotčených správních úřadů a dotčených územních samosprávných celků.

70. Z výše uvedeného plyne, že smyslem zjišťovacího řízení bylo podle právní úpravy účinné v době uzavření smlouvy o dílo předběžně vyhodnotit potenciální environmentální rizika záměru a na základě takového vyhodnocení rozhodnout o tom, zda záměr bude dále posuzován či nikoliv. Zadavatel však uvádí, že „**[z]ávěr o tom, že posouzení vlivů na životní prostředí dle zákona č. 100/2001 Sb. o posuzování vlivů na životní prostředí a o změně některých souvisejících zákonů, bude možné ukončit již v závěru zjišťovacího řízení dokládá také právní úprava účinná v době, kdy bylo připravováno a probíhalo zadávací řízení k veřejné zakázce – viz. příloha č.1 zákona č. 100/2001 Sb. o posuzování vlivů na životní prostředí a o změně některých souvisejících zákonů účinná v uvedené rozhodné době a zařazení záměrů budování tramvajových tratí do kategorie záměrů vyžadujících výslovně pouze zjišťovací řízení. Uvedené vedlo zadavatele (potažmo vybraného dodavatele při podání nabídky) přirozeně, v podmínkách umístění předmětné tramvajové tratě v již existující komunikaci, k předpokladu trvání celého procesu v řádu měsíců a nikoliv let, jak se děje nyní.**“ (str. 2/8 vyjádření ze dne 9. 8. 2021; tučné zvýraznění doplněno). Takový názor zadavatele zjevně nemá oporu v rozhodném znění zákona EIA. Z pouhého faktu, že záměr vyžaduje toliko zjišťovací řízení, nelze dovozovat, že jeho projednání proběhne v řádu měsíců. Záleží přece na možných vlivech záměru na životní prostředí. Je-li shledáno, že záměr může mít významné vlivy na životní prostředí, pak i zjišťovací řízení může vyústit v plnohodnotnou proceduru EIA.
71. Délka projednání záměru podle zákona EIA se odvíjí od toho, jaké dopady záměr potenciálně může mít na životní prostředí. Příslušný úřad tuto otázku zjišťuje podle kritérií stanovených v § 7 odst. 3 zákona EIA v rozhodném znění. Výčet těchto kritérií je daleko širší než to, z čeho vychází ve svých úvahách zadavatel. Ten toliko uvádí, že jím navrhované záměry jsou srovnatelné se záměrem zde dotčeným, neboť se jedná o stavby tramvajových tratí. To by snad rámcově odpovídalo kritériu povahy záměru dle § 7 odst. 3 písm. a) zákona EIA v rozhodném znění. K otázkám rozsahu záměru a jeho umístění se však zadavatel vůbec nevyjadřuje. Přitom obě tato kritéria nejsou v otázce vyhodnocení možných vlivů na životní prostředí důležitá. Nepostačí tedy konstatovat, že jde o stavbu tramvajové trati, jak to činí zadavatel u všech záměrů, které navrhuje učinit podkladem rozhodnutí. Protože jsou skutková tvrzení zadavatele ohledně těchto záměrů pouze plytká a povrchní (zadavatel vlastně nijak nekonkretizuje, proč jsou jím navrhované záměry srovnatelné se záměrem zde dotčeným), nelze zadavateli přisvědčit v tom, že ačkoliv vynaložil náležitou péči, jak vyžaduje § 222 odst. 6 písm. a) zákona, nemohl přesto předvídat delší projednání zde dotčeného záměru než v délce několika měsíců. Pokud totiž zadavatel ve svých úvahách o otázce, jestli bude jeho záměr pravděpodobně projednán toliko ve zjišťovacím řízení či zda dojde k plnému posouzení vlivů na životní prostředí, nepřihlédl k tomu, k čemu by podle § 7 odst. 3 zákona EIA

v rozhodném znění přihlížel příslušný orgán, pak jistě nejednal s náležitou péčí. Tuto úvahu zpravidla nebude možno uplatnit ohledně kritéria dle § 7 odst. 3 písm. c) zákona EIA v rozhodném znění, neboť to zohledňuje podání zpravidla činěná až po oznámení záměru. Nicméně ohledně povahy, rozsahu a umístění záměru tato úvaha platí bez dalšího, neboť jde o informace, které musely být zadavateli jakožto oznamovateli záměru známy.

72. Dále zadavatel namítá, že podklady, které byly v řízení o rozkladu opatřeny (sjetiny z informačního systému EIA obsahující informace o délce projednání vybraných záměrů), se netýkají záměrů srovnatelných se záměrem zde dotčeným. Strany smlouvy o dílo tedy neměly proč na ně brát zřetel, pokud si chtěly činit úsudek o tom, jak dlouho bude projednání dotčeného záměru trvat. K tomu je třeba uvést následující.
73. Jak je uvedeno shora, byly záměry vyjmenované v bodě 42 tohoto rozhodnutí použity pouze pro posouzení toho, zda dobu trvání řízení EIA v posuzovaném případě bylo možno označit ke dni uzavření dodatku č. 2 za excesivní či nikoliv. Proto také byla vzata v potaz řízení, která probíhala ve srovnatelném období jako řízení EIA pro záměr „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ (kód záměru MSK2105), a v obdobné oblasti (dopravní stavby v městské zástavbě). V žádném případě nebylo cílem uvedeného výčtu prokázat, že zadavatel a vybraný dodavatel měli předpokládat již ke dni uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, že řízení EIA pro záměr „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ bude trvat několik let.
74. Naopak pro posouzení otázky, zda zadavatel mohl při uzavření dodatku č. 2 postupovat dle § 222 odst. 6 zákona, je třeba, aby bylo kumulativně splněno, že zaprvé zadavatel měl objektivní potřebu ke změně závazku přistoupit, a za druhé že tato potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat. První předpoklad naplněn nebyl, neboť zadavatel nijak netvrdil či neprokázal, že by mu (tedy přímo zadavateli) v důsledku nepředpokládané délky řízení EIA hrozilo skutečné a významné riziko, například v tom, že by vybraný dodavatel veřejnou zakázku nadále nesplnil, a tedy že by jemu samotnému vyvstala potřeba učinit změnu závazku. Otázku předpokládané délky řízení EIA pro záměr „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ není ve zdejší věci třeba zodpovědět, neboť se vztahuje až k předpokladu předvídatelnosti vzniku potřeby změny závazku. Jak již však bylo řečeno, vznik této potřeby prokázán nebyl.
75. Jinak řečeno, skutečnost, jakou délku řízení EIA pro záměr „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ mohl a měl zadavatel a vybraný dodavatel při uzavření smlouvy předpokládat, není pro posouzení věci podstatná, neboť bylo uzavřeno, že zadavatel svůj postup dle § 222 odst. 6 zákona neobhájil potřebou na své straně. Navíc jak bylo uvedeno shora, skutečnost, že jiná řízení EIA pro tramvajové tratě byla vedena v řádu 2-3 měsíců, nemohla vést zadavatele k závěru, že řízení EIA pro záměr „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ bude obdobně krátké, a to již na základě znění samotného zákona EIA. Samotná délka řízení EIA navíc není jediným problematickým prvkem realizace veřejné zakázky, stejnou měrou je zmiňována otázka vypořádání vlastnických vztahů, k níž zadavatel neuvádí zhora nic konkrétního.
76. Pokud by totiž zadavatel měl změnu závazku obhájit postupem dle § 222 odst. 6 zákona, musel by jasně, srozumitelně a v náležitých podrobnostech předestřít, jaké představy o realizaci veřejné zakázky měl a jaká konkrétní rizika nemohl ani při jednání s náležitou péčí předvídat

(např. riziko úpadku dodavatele). Současně by musel v dostatečných podrobnostech tvrdit a doložit, že takové nepředvídatelné okolnosti způsobily potřebu změny závazku na jeho straně. Nic takového však zadavatel neučinil a jeho argumentace týkající se řízení EIA u výstavby tramvajových tratí byla předestřena až dodatečně v reakci na doplnění podkladů spisu, a je tedy k obhajobě postupu dle § 222 odst. 6 zákona nedostatečná.

K části C rozkladu

77. V poslední části rozkladových námitek zadavatel opakuje, že žádný dodavatel nemohl s ohledem na dosavadní běžnou praxi reálně vyhodnotit, po jakou dobu a v jaké výši bude povinen sanovat náklady na provedené práce z vlastních zdrojů. Toto tvrzení však bylo vyvráceno shora uvedenou argumentací, zejména zjištěními o délce trvání řízení EIA v případě dopravních staveb. Bylo uzavřeno, že případné riziko prodloužení plnění z důvodu překážek ze strany dotčených orgánů státní správy, vlastníků nemovitostí apod. bylo smlouvou o dílo předvídáno a délka takového prodlení není v posuzovaném případě excesivní.
78. Námitka týkající se údajného nahlížení Úřadu na splatnost části ceny díla jako na zavedení institutu záloh byla rovněž vypořádána shora, kdy bylo konstatováno, že není rozhodné, zda Úřad nepřesně použil pojem záloha, rozhodné však zůstává, že vybraný dodavatel byl změnou platebních podmínek dle dodatku č. 2 zvýhodněn. Je tedy nepodstatné, že případná platba dle dodatku č. 2 byla dle tvrzení zadavatele platbou za část plnění (koncept projektové dokumentace), vybraný dodavatel tuto platbu obdržel dříve, než mu dle smlouvy o dílo původně náleželo a jejím zaplacením zadavatel převzal z vybraného dodavatele částečně riziko prodloužení plnění z důvodu překážek ze strany dotčených orgánů státní správy, vlastníků nemovitostí apod.
79. Úřad rovněž nijak nepodsouvá, že by předaný koncept projektové dokumentace byl nekvalitní či vadný. Úřad pouze zdůraznil, že dle původního nastavení smlouvy o dílo měl vybraný dodavatel obdržet plnění až po předání čistopisu projektové dokumentace, který zaručuje plnou využitelnost pro realizaci předmětné stavby v souladu s účelem smlouvy o dílo, nikoliv již po předání jeho konceptu, u kterého lze očekávat určitá doplnění na základě výsledku řízení EIA, jednání s vlastníky dotčených nemovitostí apod.
80. Pokud závěrem zadavatel uvádí, že zajištění řádného plnění ze strany vybraného dodavatele je i nadále zaručeno odložením splatnosti 20 % ceny díla po předání čistopisu projektové dokumentace, nemění toto tvrzení nic na tom, že ekonomická rovnováha smlouvy o dílo byla i tak ve prospěch vybraného dodavatele změněna, i když se změna dotkla pouze splatnosti 40 % ceny díla.
81. S ohledem na veškeré shora uvedené skutečnosti lze konstatovat, že napadené rozhodnutí je ve výroku I zákonné a správné, neboť zadavatel uzavřením dodatku č. 2 změnil ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy o dílo ve prospěch vybraného dodavatele dle § 222 odst. 3 písm. b) zákona, tedy porušil § 222 odst. 1 zákona, čímž se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona a uvedený postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele.

K výrokům II a III napadeného rozhodnutí

82. Přestože rozkladové námitky obviněného nesměřují co do výroku o trestu, byl přezkoumán i tento výrok, neboť je podmíněn výrokem I o spáchání přestupku. Konkrétnější námitky proti

výroku o pokutě zadavatel neuvádí, uložená pokuta proto byla přezkoumána z hlediska její přiměřenosti a zákonnosti, stejně jako postup Úřadu při jejím ukládání.

83. Úřad při stanovování výše pokuty přihlédl k povaze a závažnosti spáchaného přestupku, přičemž shledal, že se jedná o přestupek závažného charakteru, neboť obviněný dodatkem č. 2 podstatně změnil původně nastavené platební podmínky ve smlouvě o dílo (která tvořila součást zadávacích podmínek) ve prospěch vybraného dodavatele, což mohlo mít za následek omezení soutěže mezi potenciálními dodavateli, která je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků.
84. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchaní přestupku. V daném případě měl spáchaný přestupek za následek, že vybraný dodavatel nebyl při zadávání veřejné zakázky vystaven takové konkurenci, jako kdyby zadavatel provedl změnu platebních podmínek veřejné zakázky již v zadávacích podmínkách veřejné zakázky. Zadavatel tak nenaplnil elementární účel zákona, kterým je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Tyto závěry jsou správné.
85. Nezákonným postupem zadavatele mohlo reálně dojít k omezení počtu potenciálních dodavatelů veřejné zakázky. Nelze přitom vyloučit, že v případě změny platebních podmínek veřejné zakázky již v zadávacích podmínkách veřejné zakázky by mohla být nabídka jiného dodavatele pro zadavatele ekonomicky výhodnější, čímž by došlo k úspoře finančních prostředků z veřejných zdrojů.
86. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad správně jako polehčující okolnost v úvahu skutečnost, že dodatkem č. 2 nebyly změněny platební podmínky ve vztahu k celému předmětu plnění veřejné zakázky, nýbrž pouze k části předmětu plnění, vzal v úvahu i ekonomickou situaci obviněného.
87. Vzhledem k výše uvedenému a celému odůvodnění výše pokuty Úřadem v napadeném rozhodnutí lze konstatovat, že uložená pokuta je přezkoumatelně odůvodněná a vyhovující požadavkům zákona a funkcím, které má naplňovat.
88. S ohledem na akcesoritu výroku III napadeného rozhodnutí o náhradě nákladů řízení bylo třeba přezkoumat i tento výrok. Úřad správně a na základě přezkoumatelných úvah a odkazů na zákonná a podzákonná ustanovení stanovil obviněnému povinnost uhradit náhradu nákladů řízení ve výši 1 000 Kč, a to s ohledem na fakt, že správní řízení bylo vyvoláno porušením právní povinnosti obviněného.
89. Výroky II a III napadeného rozhodnutí jsou tedy zákonné a nelze shledat důvody pro jejich změnu či zrušení.

VI. Závěr

90. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, nebyly shledány důvody pro změnu nebo zrušení napadeného rozhodnutí. Proto bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

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

Vypraveno dne

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