



UOHSX00GQ3PQ

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0105/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-36726/2022/162

Brno 21. 10. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 1. 8. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **obec Mirošovice**, IČO 00240460, se sídlem Na Ohradě 190, 251 66 Mirošovice, v řízení o přestupcích zastoupena na základě plné moci ze dne 12. 4. 2022 JUDr. Michalem Bernardem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 14936, IČO 01655167, Advokátní kancelář Dohnal & Bernard, s.r.o., IČO 01825666, se sídlem Klokotská 103/13, 390 01 Tábor,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0162/2022/VZ, č. j. ÚOHS-23751/2022/500, vydanému dne 15. 7. 2022 ve správním řízení o přestupku zahájeném z moci úřední,

ve věci možného spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů obviněným v souvislosti se „Smlouvou o službách spojených s nakládáním s odpady“, jejímž předmětem je pravidelné nakládání s komunálním odpadem, uzavřenou dne 18. 3. 2014 mezi obviněným a společností Marius Pedersen a.s., IČO 42194920, se sídlem Průběžná 1940/3, 500 09 Hradec Králové,

jsem na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů rozhodl takto:

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0162/2022/VZ, č. j. ÚOHS-23751/2022/500 ze dne 15. 7. 2022, podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, **ve výrocích I, II a IV**

p o t v r z u j i

a podaný rozklad v uvedeném rozsahu

z a m í t á m.

II.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0162/2022/VZ, č. j. ÚOHS-23751/2022/500 ze dne 15. 7. 2022, podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) téhož zákona, **ve výroku III**

m ě n í m

tak, že tento nově zní:

Za spáchání přestupků uvedených ve výrocích I a II tohoto rozhodnutí se obviněnému – obec Mirošovice, IČO 00240460, se sídlem Na Ohradě 190, 251 66 Mirošovice – podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů – ukládá

pokuta ve výši 360 000 Kč (tři sta šedesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. Postup obviněného a průběh správního řízení

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese, s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178, a pro zvláštní postupy podle části šesté, a rovněž k projednávání přestupků podle tohoto zákona a ukládání pokut za jejich spáchání, obdržel dne 27. 2. 2022 podnět z téhož dne (dále jen „**podnět**“) týkající se postupu obviněného – obec Mirošovice, IČO 00240460, se sídlem Na Ohradě 190, 251 66 Mirošovice, v řízení o přestupcích zastoupena na základě plné moci ze dne 12. 4. 2022 JUDr. Michalem Bernardem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 14936, IČO 01655167, Advokátní kancelář Dohnal & Bernard, s.r.o., IČO 01825666, se sídlem Klokotská 103/13, 390 01 Tábor (dále jen „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) – v souvislosti se „Smlouvou o službách spojených s nakládáním s odpady“ (dále jen „**Smlouva**“), jejímž předmětem je pravidelné nakládání s komunálním odpadem, uzavřenou dne 18. 3. 2014 (dále jen „**veřejná zakázka**“) mezi obviněným a společností Marius Pedersen a.s., IČO 42194920, se sídlem Průběžná 1940/3, 500 09 Hradec Králové (dále jen „**dodavatel**“).

II. Napadené rozhodnutí

2. Dne 15. 7. 2022 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0162/2022/VZ, č. j. ÚOHS-23751/2022/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
3. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s § 222 odst. 1 cit. zákona umožnil podstatnou změnu závazku ze Smlouvy na veřejnou zakázku, po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení dle zákona, když k 1. 1. 2018 akceptoval cenovou nabídku dodavatele pro rok 2018, která ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) cit. zákona měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, aniž by byly splněny podmínky pro aplikaci některé z výjimek dle § 222 odst. 2, 4, 5, 6 nebo 7 cit. zákona, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, neboť plnění odpovídající výše uvedené cenové nabídce jmenovaného dodavatele měl obviněný dle § 2 odst. 3 zákona povinnost zadat v některém z v úvahu přicházejících druhů zadávacích řízení uvedených v § 3 zákona.
4. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, tím, že v rozporu s § 222 odst. 1 cit. zákona umožnil podstatnou změnu závazku ze Smlouvy na veřejnou zakázku, po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení dle zákona, když k 1. 1. 2019 akceptoval cenovou nabídku dodavatele pro rok 2019, která ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) cit. zákona měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, aniž by byly splněny podmínky pro aplikaci některé z výjimek dle § 222 odst. 2, 4, 5, 6 nebo 7 cit. zákona, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, neboť plnění odpovídající výše uvedené cenové nabídce jmenovaného dodavatele měl obviněný dle § 2 odst. 3 zákona povinnost zadat v některém z v úvahu přicházejících druhů zadávacích řízení uvedených v § 3 zákona.

5. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad obviněnému uložil pokutu ve výši 400 000 Kč se splatností dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí.
6. Výrokem IV napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému povinnost uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč do dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí.
7. Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že v šetřeném případě došlo ke dvěma podstatným změnám závazků ze Smlouvy ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) zákona. Smlouva měla být dle provedeného posouzení Úřadem uzavřena v zadávacím řízení dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), neboť se jednalo o veřejnou zakázku nikoliv malého rozsahu. Veškeré změny, které byly po dobu účinnosti smlouvy provedeny, proto spadaly pod režim změn závazku dle ZVZ a zákona. Obviněný tedy nebyl oprávněn shora popsané změny Smlouvy umožnit bez provedení nového zadávacího řízení dle zákona. Jinými slovy byl obviněný s ohledem na § 2 odst. 3 zákona povinen poptávat svoz a likvidaci odpadu od roku 2018 v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacího řízení. Obviněný tedy při akceptaci cenové nabídky na rok 2018 a cenové nabídky na rok 2019 postupoval v rozporu se zákonem a připustil dvě podstatné změny smlouvy.
8. K tomu Úřad provedl výpočet hodnoty změny závazku v jednotlivých letech s ohledem na inflační doložku v uzavřené smlouvě a posoudil, zda zvýšení jednotlivých cen nemohlo být způsobeno změnou legislativy. Dále Úřad posoudil možnost uplatnění zákonných výjimek stanovených v § 222 zákona, přičemž dospěl k závěru, že žádná ze zákonných výjimek vymezených v § 222 odst. 2, 4, 5, 6 a 7 se pro daný případ neuplatní.
9. Při určení výše pokuty Úřad v tomto případě přihlédl k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem. Současně Úřad zohlednil dosavadní finanční objem plnění a průměrnou roční výši plnění s ohledem na probíhající plnění závazku ze Smlouvy. Při tom Úřad vycházel z faktur zaslaných dodavatelem za období od 1. 1. 2018 do 31. 5. 2021, z nichž vypočetl plnění obviněného ve prospěch dodavatele. Po posouzení okolností daného případu Úřad určil pokutu ve výši 400 000 Kč.

Rozklad zadavatele

10. Dne 1. 8. 2022 obdržel Úřad blanketní rozklad zadavatele proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 18. 7. 2022. Rozklad tedy byl podán v zákonné lhůtě. Usnesením ze dne 2. 8. 2022 č. j. ÚOHS-26218/2022/523 Úřad vyzval obviněného k doplnění rozkladu. Dne 9. 8. 2022 obviněný podaný rozklad doplnil.

Námítky rozkladu

11. Obviněný má za to, že napadené rozhodnutí je nesprávné a bylo vydáno v rozporu s právními předpisy.
12. Dle jeho názoru měl Úřad zohlednit povinnosti, které mu v průběhu trvání smlouvy vplynuly z právních předpisů na úseku odpadového hospodářství. Zejména pak obviněný poukázal na povinnost likvidace separovaných komodit - bioodpadu, plastů, papíru (tzv. služby „door to door“, které jsou poskytovány občanům zdarma). Dle obviněného byly změny smlouvy vyvolány objektivní změnou právních předpisů, tudíž není možné tyto změny posuzovat jako podstatné změny podmínek rámcové dohody po dobu jejího trvání bez provedení nového

zadávacího řízení podle § 131 odst. 5 zákona. Obviněný tyto změny nemohl ovlivnit a tyto změny ani nemohly být součástí původní rámcové dohody, neboť v té době nebyl povinen výše uvedené služby poskytovat.

13. Obviněný setrval na svém stanovisku, že hodnota původní veřejné zakázky byla pod hranicí, která je stanovena zákonem pro zadávací řízení, tudíž veřejná zakázka dle tohoto řízení zadána nebyla. Jednalo se o zakázku malého rozsahu a nebylo nutné provádět zadávací řízení. Obviněný má za to, že pokud hodnota zakázky v průběhu její realizace stoupla na základě nepředvídatelných změn právních předpisů, není možné toto přičítat k tíži obviněného.
14. Dle obviněného Úřad nesprávně posoudil naplnění podmínky § 222 odst. 3 zákona. Domnívá se, že v daném případě se nejedná o změnu, která by umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, neboť byl pouze rozšířen rozsah činností, které však v době uzavření smlouvy nebyly stanoveny jako povinné, a obviněný s nimi nemohl počítat. Dle obviněného navíc tato změna není tak podstatná, aby vedla ke změně ekonomické rovnováhy závazku ve prospěch vybraného dodavatele.
15. Obviněný dále za nesprávné považuje závěry Úřadu ohledně čl. III. 2 smlouvy v části, která se týkala navýšení cen v důsledku legislativních změn. K tomu obviněný namítá, že s ohledem na často se měnící právní předpisy je uvedená výhrada změny právních předpisů ve smlouvě přijatelná. V případě, že by takové ustanovení chybělo, bylo by nutné provádět nová zadávací řízení a uzavírat nové smlouvy mnohem častěji, což dle názoru obviněného není v souladu s povinností obviněného postupovat při správě majetku s péčí řádného hospodáře a nevynakládat zbytečné výdaje spojené se zajištěním nového dodavatele, stejně jako náklady spojené s výměnou vybavení a systému, který konkrétní dodavatel využívá.
16. Zároveň obviněný nesouhlasí s tím, že by změna v osobě dodavatele nezpůsobila zadavateli značné obtíže. Jakákoliv změna v tomto případě znamená změnu celého systému služeb odvozu, neboť dodavatel vlastní vše, včetně svozových nádob. Měnit tento systém s novým dodavatelem při každé změně právních předpisů by vedlo k výraznému administrativnímu zatížení obviněného a dle jeho názoru by bylo zcela zbytečné a neefektivní.
17. Argumentace Úřadu ohledně neurčitosti smlouvy s dodavatelem (bod 107 napadeného rozhodnutí) je dle obviněného nezákonná a věcně nesprávná. Za prvé, výklad určitosti či neurčitosti konkrétní smlouvy náleží primárně civilním soudům. Za druhé, mezi stranami žádný spor o určitost smlouvy nebyl. Za třetí, nový občanský zákoník, účinný od 1.1.2014, se zcela jasně odklonil od konceptu absolutní neplatnosti smluvních ujednání (např. pro neurčitost smluvního závazku) a naopak akcentoval princip relativní neplatnosti. A toto konkrétní ustanovení je mezi stranami považováno za dostatečně určité. Za čtvrté, obviněnému není zřejmé, jak by mohl v okamžiku uzavření smlouvy v roce 2014 tušit, jaké konkrétnější změny právních předpisů a nové povinnosti, které mu tato změna uloží, nastanou v následujících letech.
18. Obviněný dále nesouhlasí se stanovenou pokutou, neboť dle jeho názoru nedošlo k následkům, které Úřad uvádí, tedy k tomu, že vybraný dodavatel nebyl vystaven žádné konkurenci, což vedlo k naprostému vyloučení soutěžního prostředí o uvedené plnění. Obviněný uvedl, že v daném odvětví a na daném místě prakticky neexistuje konkurence, která by byla schopna poskytovat služby, které dodavatel dodává. Výše pokuty je dle obviněného s ohledem na rozpočet obce a současnou ekonomickou situaci, i s ohledem na povahu

tvrzeného přestupku, neúměrně vysoká, což bude mít zásadní dopad na rozpočet obviněného, a ve výsledku vliv i na poskytované služby obviněného vůči jeho občanům. Současně má obviněný za to, že Úřad nepřihlédl ke všem polehčujícím okolnostem případu.

Závěr rozkladu

19. Obviněný navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil napadené rozhodnutí a řízení zastavil. V případě, že předseda Úřadu napadeného rozhodnutí nezruší, obviněný navrhuje snížit výši pokuty na symbolickou částku.

III. Řízení o rozkladu

20. Úřad po doručení rozkladů neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. 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 zákona o přestupcích č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „**zákon o přestupcích**“) 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.
22. Úřad rozhodl správně a v souladu s právními předpisy o vině obviněného. Napadené rozhodnutí však není správné a zákonné v jeho výroku III, jímž Úřad rozhodl o uložení pokutě, proto byl dán důvod pro změnu výše uložení pokuty. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které bylo výrokem I tohoto rozhodnutí napadené rozhodnutí ve výrocích I, II a IV potvrzeno a podaný rozklad v tomto rozsahu zamítnut a dále pro které bylo napadené rozhodnutí ve výroku III změněno.

IV. K námitkám rozkladu

Ke změnám Smlouvy na veřejnou zakázku

23. Zákon primárně vyžaduje, aby byly veřejné prostředky vynakládány na základě řádně vyhlášené a transparentně realizované soutěže, přičemž stanoví také způsoby, kterými je možné závazek z takto uzavřené smlouvy legálně měnit, aniž by bylo třeba postupovat v novém zadávacím řízení. Taková možnost je ovšem vyhrazena pouze nepodstatným změnám závazku.
24. V případě podstatných změn je třeba naopak soutěžit danou změnu, pokud je to vůbec možné, jinak celý předmět plnění znovu, neboť zadavatel nemůže omezovat soutěž o plnění, jež nebylo řádně vysoutěženo. Nelze tedy bez dalšího rozšiřovat již uzavřené závazky pouze s obecným a povšechným odůvodněním, že soutěžení nového dodavatele by bylo spojeno s vynakládáním zbytečných výdajů, potažmo by vedlo k administrativnímu zatížení dodavatele.

25. Zároveň je třeba podotknout, že změny, které nelze podřadit pod změny nepodstatné, často vykazují znaky naplnění nikoliv pouze jedné z podmínek uvedených v § 222 odst. 3 zákona, ale lze v nich spatřovat dopad i ve dvou či dokonce ve všech rovinách tohoto ustanovení.
26. Jakkoliv tedy Úřad v daném případě rozhodl, že byly naplněny podmínky podstatné změny závazku dle § 222 odst. 3 písm. b) zákona, má předseda Úřadu za to, že by v tomto případě obstála i argumentace písmenem a) tohoto ustanovení. Ostatně sám zadavatel často v rozkladu argumentuje tím, že by ta která změna neumožnila účast nových dodavatelů v případě, že by se soutěžila, tedy poměřuje provedené změny dopadem na trh, který by mu dané plnění mohl nabídnout, nikoliv pouze ve vztahu k písmenu b) příslušného ustanovení zákona. Vzhledem k tomu, že však postačí naplnění i jen jednoho důvodu, pro který je třeba na změnu závazku pohlížet jako na podstatnou, a vzhledem k tomu, že Úřadem zvolená kvalifikace ob stojí, není třeba doplňovat či měnit důvody uvedené v napadeném rozhodnutí. Podstatnost změny je však možné spatřovat také v zásadním dopadu do soutěže o předmět plnění, jež je svou povahou plněním, které se běžně soutěží. Zde uvedené platí o to více za situace, kdy Smlouva byla uzavřena bez řádné soutěže, ačkoliv být soutěžena měla (bod 81 napadeného rozhodnutí) a byla uzavřena na dobu neurčitou, během níž byly bez dalšího přijímány návrhy na změny jak ve vztahu k ceně, tak k obsahu plnění.

K nenaplnění podmínek pro posouzení změn jako nepodstatných

27. Obviněný v podaném rozkladu namítá, že Úřad nepřihlédl ke všem okolnostem plynoucím ze změn na úseku odpadového hospodářství, zejména pak k povinnosti likvidace separovaných komodit. S ohledem na skutečnost, že tyto změny jsou objektivní povahy, není možné je posuzovat jako podstatné změny podmínek smlouvy. Dále obviněný namítal, že veškeré změny lze podřadit pod nepodstatné změny smlouvy ve smyslu § 222 odst. 5 a 6 zákona.
28. Úřad se otázkou naplnění podmínek § 222 odst. 5 a 6 zákona blíže zabýval v bodech 108 a 109, přičemž dospěl k závěru, že tyto podmínky nejsou pro posuzovaný případ splněny.
29. Předseda Úřadu nejprve přezkoumal závěr Úřadu vztahující se k posouzení naplnění podmínek dle § 222 odst. 5 zákona. Ze znění tohoto ustanovení vyplývá, že, aby mohla být změna posouzena jako nepodstatná, musí dojít ke splnění všech uvedených podmínek, a to a) musí jít o dodatečné služby od dodavatele původní veřejné zakázky, b) které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou c) nezbytné a změna v osobě dodavatele není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení, d) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů a e) hodnota dodatečných služeb nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku s tím, že pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.
30. Úřad v bodu 108 dospěl k závěru, že k naplnění podmínek stanovených zákonem nedošlo, a to proto, že se v této věci nejednalo o dodatečné stavební práce, dodávku ani službu a zejména se nejednalo o změnu, u které by změna v osobě dodavatele způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů a byla nezbytná.

31. Předseda Úřadu po přezkoumání obsahu napadeného rozhodnutí dospěl k závěru, že uvedený závěr Úřadu je správný.
32. Ačkoliv zákon ve svých ustanoveních nijak nedefinuje pojem „dodatečné služby“, je nutné logickým výkladem dovodit, že za takové služby lze považovat pouze ty, jež nebyly předmětem původního závazku. Obdobný výklad lze nalézt i v odborné literatuře např. v publikaci Šebesta, M., Novotný, P., Machurek, T., Dvořák, D. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, která k naplnění podmínky dodatečných stavebních prací, dodávek a služeb dle § 222 odst. 5 zákona uvádí: *„Tento důvod použití je typickým ‚rozšiřovacím‘ důvodem, který je určen primárně pro kvantitativní, nikoliv kvalitativní změny závazku. Jak vyplývá z odstavce 108 preambule KISm, ‚v těchto případech lze odůvodnit změnu původní smlouvy na veřejnou zakázku bez zahájení nového zadávacího řízení, zejména pokud jsou dodatečné dodávky určeny buď k částečnému nahrazení, nebo k rozšíření stávajících služeb, dodávek nebo zařízení‘. Z uvedeného tedy vyplývá, že se má jednat zpravidla o rozšíření či nahrazení plnění obsažených již v původní veřejné zakázce, nikoliv nová plnění. Současně potřeba plnění by neměla existovat v okamžiku, kdy zadavatel zadával původní veřejnou zakázku. Pokud ovšem existuje, je pro splnění podmínek komentovaného ustanovení zapotřebí, aby zadavatel jejím nezahrnutím do původního závazku postupoval nikoliv hrubě nedbale (R0149/2020). Z uvedené rozhodovací praxe je patrné, že podmínka dodatečnosti a podmínky nepředvídatelnosti se nacházejí na stejném spektru, avšak k jejich naplnění jsou přípustné jiné míry nepředvídatelnosti.“* (pozn. předsedy Úřadu: zkratka KISm představuje Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES). V případě dodatečných služeb by se tak mělo jednat o rozšíření či nahrazení stávajících služeb, tedy o změnu kvantitativní a současně by potřeba plnění neměla existovat již v době zadání veřejné zakázky.
33. Aby tak bylo možné uvažovat o nepodstatné změně ve smyslu § 222 odst. 5 zákona, musí jít o „nezbytné“ dodatečné plnění a nemožnost změny v osobě dodavatele musí plynout ze zákonem vyjmenovaných důvodů [písm. a) citovaného ustanovení]. Proto nemohou být změny závazku vyvolány pouhým rozhodnutím zadavatele, ale musí jít o objektivní okolnosti. Jako příklad by bylo možné uvést situaci (byť pravděpodobně absurdní), kdy přestanou být sváženy nádoby o objemu 1 100 l z důvodu, že se přestaly vyrábět. Nemůže však jít o situaci, kdy změna vyplývá ze samotného rozhodnutí zadavatele, aniž by k tomu byl nucen objektivními okolnostmi. Taková změna odporuje obecnému požadavku na neměnnost uzavřených závazků. Pokud by se měly možnosti změny závazku vykládat tak širokým způsobem, jaký prezentuje obviněný, znamenalo by to, že by se zadavatel kdykoli v průběhu plnění veřejné zakázky mohl rozhodnout, že závazek chce plnit jiným způsobem, což by však bylo v hrubém rozporu s požadavky, za jakých zakázku původně zadával. Proto takový postup naráží na limity základních zásad zákona a limity stanovené v § 222 odst. 3 zákona.
34. V daném případě ovšem lze dovodit, že primární potřeba plnění, založená Smlouvou, je vymezena svozem odpadu, který byl danou Smlouvou definován. Již v okamžiku uzavření smlouvy na veřejnou zakázku tak dodavatel pro obviněného prováděl svoz odpadů, a to konkrétně směsného komunálního odpadu, papírových a lepenkových obalů, plastových obalů, kompozitních obalů, skleněných odpadů a biologicky rozložitelného odpadu, což vyplývá z cenové nabídky dodavatele pro rok 2014. Obviněný argumentoval ve prospěch

aplikace § 222 odst. 5 zákona tím, že „s ohledem na změny v zákonu č. 185/2001 Sb. docházelo k postupnému navyšování služeb, které musel obviněný ze zákona zajišťovat – povinnost zajišťovat sběr druhotných odpadů na území obce, zejména povinnost likvidace separovaných komodit - bioodpadu, plastů, papíru (tzv. služby ‚door to door‘, které jsou poskytovány občanům zdarma).“. Z obsahu cenové nabídky pro rok 2014 vyplývá, že tyto separované komodity dodavatel pro obviněného odvážel již v okamžiku uzavření smlouvy, a to odvozem odpadu z nádob o velikosti 1 100 l, tedy tzv. kontejnerů. Z porovnání cenových nabídek dodavatele pro rok 2018 a 2019 lze dovodit, že odvoz odpadu systémem „door to door“ byl zaveden až v roce 2019. To vyplývá z toho, že zatímco v roce 2018 byl odvoz separovaného odpadu, konkrétně papíru a plastu v cenové nabídce kalkulován pouze jako odvoz nádob o objemu 1 100 l, v nabídce pro rok 2019 byly do cenové nabídky vloženy další položky, a to odvoz papíru a plastu v nádobách o objemu 240 l. Jak ovšem správně dovodil Úřad v napadeném rozhodnutí, nejedná se o dodatečné služby, neboť tyto služby nepředstavují nahrazení nebo rozšíření stávajících služeb o služby nové, ale pouze o způsob změny svozu odpadu, který již byl v původní Smlouvě obsažen. Z toho důvodu nelze přijmout také argumentaci zadavatele o nepředvídatelnosti této změny, neboť nejde o novou službu svážení separovaného odpadu.

35. Současně lze za správný označit dílčí závěr Úřadu, uvedený v bodu 106 napadeného rozhodnutí, že zavedení tohoto systému sběru odpadu od občanů nebylo vyvoláno v důsledku legislativní změny, když zákon č. 185/2001 Sb. a ani nový zákon č. 541/2020 Sb., o odpadech takovou povinnost obviněnému neukládají. Pokud se tedy obviněný dovolával toho, že zavedení sběru odpadu systémem „door to door“ představovalo nezbytnou změnu plynoucí ze změny legislativy, pak taková argumentace neobstojí, neboť zákon o odpadech takovou povinnost obviněnému neuložil. Jde tedy o rozhodnutí samotného obviněného, což však vylučuje, aby na takovou změnu bylo pohlíženo jako na změnu nezbytnou. Ani tato podmínka pro aplikaci § 222 odst. 5 zákona tak nebyla naplněna.
36. Jak bylo uvedeno výše, pro aplikaci § 222 odst. 5 zákona musejí být kumulativně splněny podmínky stanovené zákonem. Základními podmínkami pro aplikaci na daný případ je a) existence dodatečných služeb, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy s tím, že takové změny b) musejí být nezbytné, přičemž dále musí dojít ke splnění dalších podmínek vyjmenovaných v předmětném ustanovení. S ohledem na skutečnost, že nedošlo k naplnění těchto základních podmínek, tedy, že se nejednalo o dodatečné služby a provedené změny nebyly nezbytné, nemohou být změny závazku posouzeny jako změny nepodstatné ve smyslu tohoto ustanovení. Námitka obviněného, že pro daný případ byly naplněny podmínky stanovené v § 222 odst. 5 zákona, proto není důvodná.
37. Současně je třeba poukázat na skutečnost, že v případě nenaplnění byť jediné z kumulativních podmínek odpadá nutnost zkoumat, zda by další podmínky naplněny byly. Z toho důvodu nebylo nutné vyjadřovat se k další argumentaci obviněného v rámci této námítky, neboť by její posouzení nic neměnilo na závěru o nemožnosti aplikace § 222 odst. 5 zákona na daný případ.
38. Nad výše uvedené ovšem považuje předseda Úřadu za vhodné uvést, že Úřad při posouzení naplnění daných podmínek v bodu 108 napadeného rozhodnutí uvedl, že svoz bioodpadu byl u zadavatele zaveden již v roce 2016, přičemž jej tak nelze považovat za novou službu. Ze srovnání cenových nabídek dodavatele od roku 2013 do roku 2019 však vyplývá, že svoz biologicky rozložitelného odpadu byl prováděn nepochybně již od roku 2013, tedy ještě před

podpisem Smlouvy, a byl kalkulován i v nabídce na rok 2014. Lze tedy souhlasit s dílčím závěrem Úřadu, že z pohledu let 2017 až 2019 se nejednalo o službu novou, to však z důvodu, že tato služba již byla součástí závazku vyplývajícího z uzavřené Smlouvy. Tento dílčí nesprávný závěr ovšem nemá vliv na zákonnost závěru Úřadu o nesplnění podmínek pro aplikaci § 222 odst. 5 zákona, nicméně předseda Úřadu považoval za vhodné tuto dílčí nepřesnost vypořádat.

39. Úřad se dále v napadeném rozhodnutí zabýval naplněním podmínek pro aplikaci § 222 odst. 6 zákona na daný případ, a to konkrétně v bodu 109 napadeného rozhodnutí, v němž dospěl k závěru, že nejsou naplněny ani podmínky pro aplikaci daného ustanovení. K tomu Úřad uvedl, že v daném případě se nejedná o změnu, kterou obviněný nemohl předvídat, neboť svoz separovaného odpadu u něj již probíhal i v době uzavření Smlouvy. Úřad pro vyčíslení změn posuzoval vzájemně roky 2018 a 2017 a dále roky 2019 a 2018. Z pohledu Úřadu se tak nejedná o změnu, kterou obviněný nemohl předvídat, nýbrž o zefektivnění služby svozu předmětných druhů odpadů za účelem zvýšení vytříděnosti, kterou umožní odkládání předmětného odpadu u dveří obyvatel namísto vkládání do větších kontejnerů.
40. Pro aplikaci § 222 odst. 6 zákona musejí být splněny zákonem vyjmenované kumulativní podmínky, a to že se jedná o změnu a) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, b) nemění celkovou povahu veřejné zakázky a c) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku.
41. Nejprve bylo třeba přezkoumat závěr Úřadu, že se nejedná o změnu, jejíž potřebu obviněný nemohl předvídat. Po tomto posouzení dospěl předseda Úřadu k závěru, že je tento závěr správný. Úřad v napadeném rozhodnutí vychází z dílčí úvahy, podle níž svoz separovaného odpadu systémem „door to door“ byl zaveden až v roce 2019, přičemž tak nelze uvažovat o tom, že by její posouzení mělo vliv i na rok 2018. Tuto úvahu Úřadu lze označit za správnou. Dále Úřad uvedl, že změna v systému odvozu odpadů představuje zefektivnění již stávajícího svozu. I tento dílčí závěr Úřadu je správný. Za zásadní ovšem předseda Úřadu považuje závěr Úřadu uvedený v bodu 108 napadeného rozhodnutí, že zákon o odpadech nestanovil obviněnému povinnost zavést systém sběru „door to door“, a pokud jej tedy obviněný zavedl, pak se jednalo o jeho rozhodnutí. V důsledku toho se však obviněný nemůže dovolávat nepředvídatelnosti takové změny, neboť tato změna vyplynula z jeho vlastního rozhodnutí. Pokud se týká dalších povinností zavedených zákonem, lze zcela souhlasit s názorem Úřadu, že pokud již obviněný v době změny zákonů na úseku odpadového hospodářství plnil povinnosti, které mu byly legislativou „teprve“ později uloženy, pak se nemůže dovolávat toho, že šlo o změnu, kterou nemohl předvídat.
42. V daném případě tedy nedošlo k naplnění podmínky, že by potřeba změny vznikla v důsledku okolností, které zadavatel nemohl předvídat, proto nebyla naplněna hned první ze tří kumulativních podmínek stanovených zákonem. Ani v této části proto nebylo dále třeba zabývat se dílčí argumentací obviněného směřující k naplnění dalších podmínek stanovených v § 222 odst. 6 zákona.
43. Úřad se pak dále v bodech 101 a 110 napadeného rozhodnutí zabýval tím, zda nedošlo k naplnění podmínek § 222 odst. 4 zákona a § 222 odst. 7 zákona, a dospěl k závěru, že tomu tak není. Aplikace § 222 odst. 7 zákona na daný případ je vyloučena tím, že se nejedná o dodatečné stavební práce. Současně pak nejde ani o změny, které by bylo možné jako nepodstatné podřadit pod § 222 odst. 4 zákona, neboť jak vypočetl Úřad v bodu 101

napadeného rozhodnutí, celková změna závazku ze smlouvy byla vyčíslena na 31,63 %. Předseda Úřadu považuje tyto závěry Úřadu za správné a zákonné, přičemž má ve shodě s Úřadem za to, že nedošlo k naplnění žádné zákonné podmínky pro posouzení provedených změn závazku jakožto změn nepodstatných.

K námitce nesprávného posouzení charakteru změny

44. Obviněný v podaném rozkladu namítal, že Úřad nesprávně posoudil charakter změny s tím, že dle jeho názoru nebyly naplněny podmínky § 222 odst. 3 zákona. K tomu obviněný argumentoval, že v daném případě se nejedná o změnu, která by umožnila účast jiných dodavatelů, nebo která by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, neboť byl pouze rozšířen rozsah činností, které však v době uzavření smlouvy nebyly stanoveny jako povinné a obviněný s nimi nemohl počítat. Dle obviněného navíc tato změna není tak podstatná, aby vedla ke změně ekonomické rovnováhy závazku ve prospěch vybraného dodavatele.
45. Úřad se k naplnění podmínek § 222 odst. 3 písm. b) zákona vyjadřoval v bodu 111 napadeného rozhodnutí poté, co přezkoumal, zda v daném případě nelze změnu závazku podřadit pod některé ze zákonných ustanovení, které změnu závazku považují za změnu nepodstatnou, nebo změnu sice podstatnou, ale zákonem povolenou, a to konkrétně § 222 odst. 2, 4, 5, 6 a 7 zákona. Po provedeném posouzení dospěl k závěru, že o takové změny se v daném případě nejedná. Obviněný v podaném rozkladu namítal nesprávnost posouzení pouze ve vztahu k § 222 odst. 5 a 6 zákona, nicméně předseda Úřadu při přezkumu zákonnosti napadeného rozhodnutí posoudil i závěry vztahující se k nenaplnění podmínek předvídaných v § 222 odst. 2, 4 a 7 zákona, přičemž tyto považuje za správné a zákonné.
46. Podle § 222 odst. 3 zákona 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, b) měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.
47. Na rozdíl od posouzení provedeného u nepodstatných změn upravených § 222 odst. 5 a 6 zákona není pro posouzení změny závazku jako podstatné nutné kumulativní naplnění podmínek § 222 odst. 3 zákona. Postačuje tak, pokud je naplněna byť jediná ze zde uvedených podmínek.
48. Předseda Úřadu po přezkoumání závěru Úřadu ohledně naplnění podmínky § 222 odst. 3 písm. b) zákona uvádí, že tento považuje za správný a zákonný. Z obsahu spisu vyplývá, že na základě plnění Smlouvy dodavatel každoročně navyšoval úplatu za plnění veřejné zakázky. Obviněný vždy zaslanou cenovou nabídku akceptoval, aniž by jakkoliv u dodavatele ověřoval, na základě čeho ceny odvozu navyšuje. Každá dílčí jednotlivá akceptace tak vedla k meziročnímu nárůstu ceny za plnění veřejné zakázky. Obviněný v průběhu správního řízení nepředložil žádná tvrzení ani žádné důkazy, na základě nichž by bylo možné dospět k závěru, že navyšování ceny nevedlo ke změně ekonomické rovnováhy závazku ve prospěch dodavatele. Úřad tak při posouzení naplnění této podmínky vycházel z obsahu spisu a skutkových zjištění, která jsou podrobně popsána v napadeném rozhodnutí. Předseda Úřadu má tedy za to, že uvedená skutková

zjištění jsou správná a úplná, neboť zadavatel v průběhu řízení ani netvrdil ani neprokázal opak.

49. S ohledem na výše uvedené tedy předseda Úřadu považuje námitku obviněného ohledně nesprávného posouzení naplnění podmínek § 222 odst. 3 písm. b) zákona za nedůvodnou. Pokud navýšení ceny za svoz odpadu nebylo způsobeno jen a pouze inflací, případně požadavky zákona v oblasti odpadového hospodářství, zároveň obviněný u dodavatele poptal služby, jež nebyly v původní smlouvě zahrnuty a které nebyly odůvodněny ani požadavky legislativy, ani nespádaly pod žádnou z výjimek dle § 222 odst. 4, 5, 6 a 7, pak takové změny zvyšovaly příjem na straně dodavatele, aniž by o ně proběhla soutěž. Ekonomická rovnováha se tak vychýlila ve prospěch vybraného dodavatele, neboť pro změnu závazku nebyl dán důvod v původní smlouvě ani nevznikl v důsledku změn legislativy.
50. Nadto považuje předseda Úřadu za podstatné podotknout, že obviněný byl povinen zadat veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacího řízení. Tím by již od samotného počátku umožnil účast o veřejnou zakázku i jiným dodavatelům. Pokud však nejen samotnou veřejnou zakázku, ale i další plnění na základě změn smlouvy, nezadal v souladu se zákonem, neumožnil jiným dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, čímž úplně vyloučil konkurenci a hospodářskou soutěž. Za takového stavu jeho postup nepochybně vyloučil jakoukoliv účast dodavatelů a měl rovněž vliv na výběr dodavatele. Argumentace obviněného v tom směru, že změny závazku nemohly ovlivnit výběr dodavatele a neumožnily změnu ekonomické rovnováhy ve prospěch dodavatele, je tak pouhou polemikou se závěry Úřadu. Je nutné zdůraznit, že postup zcela mimo zadávací řízení je již *a priori* zatížen tím předpokladem, že pokud by zde existovalo zadávací řízení, pak by mohl být vybrán jiný dodavatel, přičemž jakákoliv další změna smlouvy musí být poměřována s možností účasti dodavatelů v soutěži o veřejnou zakázku. S ohledem na tento závěr, tak lze dospět k závěru, že by byla naplněna i podmínka stanovená v § 222 odst. 3 písm. a) zákona.

K námitce nesprávného posouzení předpokládané hodnoty veřejné zakázky

51. Obviněný v podaném rozkladu namítal, že nebyl povinen zadat veřejnou zakázku v některém ze zákonem vymezených druhů zadávacího řízení, neboť se jednalo o zakázku malého rozsahu. Stejnou námitku obviněný uplatnil i v průběhu řízení před Úřadem.
52. Úřad se touto námitkou zabýval v bodech 78 až 82 napadeného rozhodnutí. V této části Úřad vycházel z hodnoty plnění veřejné zakázky za posledních 12 měsíců předcházejících uzavření Smlouvy. Hodnota plnění za předchozích 12 měsíců dle zjištění Úřadu činila částku 642 857,61 Kč. Úřad pak v souladu s 13 odst. 1, odst. 2, a § 15 odst. 1 ve spojení s § 14 odst. 1, 3 a 4 ZVZ vypočetl předpokládanou hodnotu veřejné zakázky částkou přesahující 2,5 mil. Kč, z čehož uzavřel, že předpokládaná hodnota přesahovala limit pro veřejnou zakázku malého rozsahu.
53. Takový závěr Úřadu je správný a zákonný. Obviněný v podaném rozkladu i ve svých předchozích vyjádřeních v řízení před Úřadem opakovaně obhajoval svůj postup tím, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky nepřesáhla limit veřejné zakázky malého rozsahu. V podaném rozkladu však žádným způsobem nerozporoval skutková zjištění Úřadu týkající se výpočtu hodnoty plnění za 12 měsíců předcházejících uzavření Smlouvy ani výpočet předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Současně ani v řízení o rozkladu nepředložil žádný

jiný způsob výpočtu, který by mohl poskytnout odlišný náhled na stanovení předpokládané hodnoty.

54. Z obsahu spisu jednoznačně vyplývá, že zadavatel uzavřel Smlouvu na dobu neurčitou, což vyplývá z jejího čl. V. 1. Současně se jednalo o smlouvu na svoz odpadu, jehož rozsah nebyl předem určen, neboť cena byla stanovena za svoz jedné nádoby za rok, a to bez vymezení počtu nádob. I v případě, že by Úřad základ předpokládané hodnoty stanovil částkou 597 756,74 Kč bez DPH, kterou uváděl obviněný (srov. bod 76 napadeného rozhodnutí), přesáhla by předpokládaná hodnota částku 2 mil. Kč za 4 roky, a tedy i limit pro veřejnou zakázku malého rozsahu. Z obsahu spisu ani z vyjádření obviněného nijak nevyplývá, že by v okamžiku uzavření Smlouvy předpokládal, že finanční plnění Smlouvy v následujících letech poklesne tak, že by v rozhodném období kleslo až pod úroveň 2 mil. Kč. Naopak z obsahu spisu vyplývá, že již v okamžiku uzavření smlouvy obviněný měl informaci o tom, že dodavatel pro rok 2014 zvýšil cenu vývozu biologicky rozložitelného odpadu (jak vyplývá z porovnání cenových nabídek dodavatele z let 2013 a 2014) a obviněný tak neměl možnost předpokládat pokles finančního plnění ze Smlouvy.
55. Z výše uvedených důvodů předseda Úřadu považuje závěry Úřadu o překročení limitu pro veřejnou zakázku malého rozsahu a o povinnosti obviněného zadat veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacího řízení za správné a zákonné.
56. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí tedy předseda Úřadu neshledal námitku obviněného důvodnou.

K námitce nesprávného posouzení čl. III. 2 Smlouvy

57. Obviněný v podaném rozkladu namítal, že Úřad nesprávně posoudil povahu čl. III. 2 Smlouvy. K tomu vymezil 4 dílčí části této námítky.
58. V první části obviněný namítal, že posouzení určitosti smluvního ujednání náleží civilním soudům. Svoji námitku dále nerozvedl.
59. Předseda Úřadu pro vypořádání se s touto dílčí námitkou považuje za podstatné odkázat na § 57 písm. c) správního řádu, podle něhož platí, že pokud vydání rozhodnutí závisí na řešení otázky, již nepřísluší správnímu orgánu rozhodnout a o které nebylo dosud pravomocně rozhodnuto, správní orgán si o ní může učinit úsudek; správní orgán si však nemůže učinit úsudek o tom, zda byl spáchán trestný čin, přestupek nebo jiný správní delikt a kdo za něj odpovídá, ani o otázkách osobního stavu. V daném případě se při posouzení obsahu Smlouvy nejedná o žádnou z výjimek stanovenou v uvedeném ustanovení správního řádu, a proto správní orgán byl oprávněn si o této otázce učinit úsudek sám, což v daném případě učinil. Nelze tak hovořit o zásahu do pravomoci jiného orgánu veřejné moci, jak v podaném rozkladu předestírá obviněný. Potřeba předběžnou otázku (tj. určitost smluvního ujednání) posoudit pak plyne z § 100 odst. 1 zákona, který stanoví požadavek na jednoznačnost výhrady změny závazku. Pokud by měl Úřad ve prospěch obviněného aplikovat pozdější příznivější právní úpravu, z níž plyne, že změny předem vyhrazené se nepovažují za změny podstatné, tj. za změny zakázané, pak by musely být splněny předpoklady, kterými ona pozdější úprava takový postup podmiňuje. Takovým předpokladem je právě jednoznačnost přijaté výhrady.
60. Ve druhé části obviněný namítal, že mezi stranami žádný spor o určitost tohoto smluvního ustanovení nebyl.

61. K tomu předseda Úřadu uvádí, že pro posouzení této otázky není podstatné, zda mezi stranami existoval spor o význam ujednání smlouvy. Institut vyhrazených změn dle § 100 zákona jednoznačně sleduje otázku, zda měli účastníci původního zadávacího řízení možnost představit si, jak může být smlouva následně měněna, aby mohli zvážit, zda budou ochotni na takové změny později přistoupit. Proto musí být určitost smluvního ujednání posuzována pohledem vnějším, objektivním (tj. jak by věc viděla třetí osoba, která může mít zájem smlouvu uzavřít), nikoliv subjektivním pohledem stran smlouvy, které již smlouvu uzavřely. V tomto se právo veřejných zakázek liší od obecného práva závazkového. Zároveň na tuto premisu nemá žádný vliv fakt, že zadavatel v tomto případě nepostupoval podle zákona, zakázku nesoutěžil, a uzavřel ji napřímo s vybraným dodavatelem.
62. Třetí část obviněný směřoval k tomu, že nový občanský zákoník, účinný od 1. 1. 2014, se zcela jasně odklonil od konceptu absolutní neplatnosti smluvních ujednání (např. pro neurčitost závazku), a naopak akcentoval princip relativní neplatnosti.
63. K této argumentaci obviněného předseda Úřadu uvádí, že se mýlí s podstatou závěru Úřadu, uvedeného v napadeném rozhodnutí v bodech 104 až 107. Úřad se žádným způsobem nezabýval otázkou platnosti Smlouvy ani jejího ujednání v bodu III. 2 napadeného rozhodnutí. Úřad toliko v bodu 104 uvedl, že toto ujednání nepovažoval za dost určité pro to, aby se mohlo uplatnit pro vyhrazenou změnu závazku. K tomu Úřad odkazoval na ustanovení zákona, která se vztahují k vyhrazeným změnám závazku a k okruhu povolených vyhrazených změn. Žádné posouzení platnosti Smlouvy či ustanovení čl. III. 2 tedy Úřad neprováděl.
64. Poslední dílčí část argumentace obviněného směřovala k tomu, že nemohl v roce 2014 tušit, jaké budou do budoucna probíhat legislativní změny.
65. Předseda Úřadu k této části uvádí, že Úřad v napadeném rozhodnutí vůči obviněnému nedovožoval žádnou povinnost, podle níž by měl dopředu předvídat následující vývoj legislativy. Tato část argumentace tak směřuje k dovození něčeho, co Úřad v napadeném rozhodnutí neuvedl. Dále, pokud obviněný označil konkrétní legislativní požadavky, o kterých se domnívá, že je nemohl předvídat, Úřad mu to konkrétní argumentací v napadeném rozhodnutí vyvrátil.
66. Pokud měl snad obviněný na mysli, že při formulaci čl. III 2 Smlouvy nemohl dopředu pomyslet na všechny možné změny, které mohou nastat, pak je třeba říci, že pokud chce zadavatel v režimu § 100 učinit výhradu změny závazku, musí ji stanovit jednoznačně. Musí si tedy umět představit okruh změn, které by chtěl do výhrady pojmout, jinak takovou výhradu činit nemůže. Nejde tedy o požadavek „pojmenovat“ takovou změnu, což skutečně nelze dopředu předvídat, ale alespoň určit na jaké zákony takováto výhrada míří a jaký může být rozsah takových změn. Tím je opět míněno, že úspěšně by se zadavatel mohl dovolávat takových změn, které by odpovídaly rozsahu „minimálních požadavků zákona“. Pokud by totiž zadavatel od (sice legislativně) požadované změny ještě zvýšil „standard“ služby oproti zákonu, nemohlo by jít o vyhrazenou změnu závazku, pokud by tato nebyla dostatečně jasně předem popsána. Současně je třeba uvést, že pokud zadavatel takovou změnu přijímá (ať již na základě návrhu dodavatele či v případě, kdy je iniciátorem změny on sám; konkludentně či písemným dodatkem), měl by bezpečně určit, který předpis mu požadavek na změnu plnění stanoví, a být tedy schopen prokázat, že daná změna vyhoví vyhrazené změně závazku. To však zadavatel neučinil.

67. Jakkoliv se zadavatel při akceptacích nových cen každoročně nijak nezajímal (alespoň to nijak netvrdil), zda zvýšení odpovídá striktně inflaci, jak bylo dojednáno ve smlouvě, jde o údaj, jenž je veřejně dostupný, takže jej Úřad může ověřit, což také učinil. V případě legislativních změn by měl být zadavatel schopen minimálně označit ty předpisy (a v nich konkretizované požadavky), které jej opravňují ke změně závazku. Jinak ostatně ani sám není schopen posoudit, zda je změna závazku v souladu se zákonem, či nikoliv. Požadavek na neměnnost uzavřených smluv na veřejnou zakázku je dán výslovně v § 222 odst. 1 zákona a byl dán i v době, kdy byla uzavírána Smlouva. Zákaz podstatných změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku rovněž vyplývá z judikatury Soudního dvora Evropské unie, konkrétně lze odkázat na rozsudek C- 454/06 ve věci Pressetext Nachrichtenagentur GmbH, zejména na jeho body 35 a 37. Touto problematikou se ale opakovaně zabývaly i tuzemské správní soudy, přičemž lze konkrétně odkázat například na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 12. 2019, č. j. 62 Af 17/2017-739, který se vztahoval k otázkám podstatných změn smlouvy již za účinnosti předchozího zákona. Zadavatel měnící závazek si tak musí vždy zodpovědět nejprve otázku, zda má taková změna oporu ve výjimkách z tohoto požadavku. V případě, že takovou oporu nenajde, musí buď samotnou změnu, či v případě, kdy soutěž o samotnou změnu není smysluplná, tak celý závazek včetně požadované změny, vysoutěžít znovu. Důvod je prostý, zadavatel nemůže předjímat, jak by trh reagoval na zadávané plnění a jaké by obdržel nabídky, pokud by soutěžil. Tvzení zadavatele, že je pro něj výhodnější ponechat smlouvu tak, jak je a pouze každoročně akceptovat změnu ceníku je i s ohledem na to, že ani původní Smlouva nebyla soutěžena, s ohledem na dobu, po kterou byl závazek takto udržován a také to, že nejde o specifický předmět plnění, o který by na trhu neprobíhala soutěž, značně krátkozraké a neakceptovatelné.
68. S ohledem na obsah vznesené námitky obviněného předseda Úřadu přezkoumal obsah napadeného rozhodnutí v rozsahu argumentace obviněného, přičemž dospěl k závěru, že tato námitka není důvodná, a to z důvodů uvedených u každé dílčí části námitky.

K rozhodnutí o vině

69. Předseda Úřadu přezkoumal správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí v rozsahu rozhodnutí o vině ve světle námitek rozkladu a s ohledem na splnění všech zákonných podmínek, přičemž dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí je ve výrocích o vině správné a zákonné.

K uložené pokutě

70. Úřad výrokem III napadeného rozhodnutí uložil obviněnému pokutu ve výši 400 000 Kč. Z obsahu napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad přihlédl k závažnosti a okolnostem spáchaných přestupků. Dále ovšem Úřad v bodu 128 napadeného rozhodnutí uvedl: „*Úřadu je známo, že obviněný rozhodl o výpovědi smlouvy se svozovou společností k 31. 12. 2022. Tím, že plnění ze smlouvy bude ukončeno až koncem roku, nelze určit celkovou cenu veřejné zakázky a lze uložit pokutu do 20 000 000 Kč. Úřad dodává, že z Úřadu dostupných faktur vyplývá, že celková výše ceny, kterou obviněný uhradil za plnění na základě smlouvy od první podstatné změny závazků z ní pramenících, tedy od 1. 1. 2018 do 31. 5. 2021 (poslední Úřadu dostupná faktura), činí 8 388 838,- Kč včetně DPH. Úřad k této skutečnosti, tj. k dosavadnímu finančnímu*

objemu plnění, a dále k průměrné roční výši plnění s ohledem na neukončení závazku ze smlouvy při stanovení výše pokuty přihlédl.“

71. K zahájení řízení o přestupcích došlo vydáním příkazu dne 7. 4. 2022 příkaz č. j. ÚOHS-12080/2022/500, který byl obviněnému doručen téhož dne (dále jen „**příkaz**“) a kterým rozhodl, že se obviněný dopustil přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona (výroky I a II příkazu), a současně obviněnému uložil za spáchání přestupků pokutu ve výši 500 000,- Kč (výrok III příkazu). Tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 a § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a ve spojení s § 90 odst. 1 zákona o přestupcích zahájeno řízení o přestupcích z moci úřední.
72. Skutky, pro které byl obviněný shledán vinným v napadeném rozhodnutí, jsou věcně i časově vymezeny tím, jak je vymezen úkon, který zahajuje řízení o přestupcích. V daném případě se jednalo o změnu závazku ze Smlouvy za roky 2018 a 2019. Pro jiné změny provedené v dalších letech Úřad nezahájil řízení o přestupcích.
73. Podle § 37 zákona o přestupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédnou zejména
- a) k povaze a závažnosti přestupku,
 - b) k tomu, že o některém z více přestupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky, nebylo rozhodnuto ve společném řízení,
 - c) k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem,
 - d) u pokusu přestupku k tomu, do jaké míry se jednání pachatele přiblížilo k dokonání přestupku, jakož i k okolnostem a důvodům, pro které k jeho dokonání nedošlo,
 - e) u spolupachatelů k tomu, jakou měrou jednání každého z nich přispělo ke spáchání přestupku,
 - f) u fyzické osoby k jejím osobním poměrům a k tomu, zda a jakým způsobem byla pro totéž protiprávní jednání potrestána v jiném řízení před správním orgánem než v řízení o přestupku,
 - g) u právnické nebo podnikající fyzické osoby k povaze její činnosti,
 - h) u právního nástupce k tomu, v jakém rozsahu na něj přešly výnosy, užitky a jiné výhody ze spáchaného přestupku, a v případě více právních nástupců k tomu, zda některý z nich pokračuje v činnosti, při které byl přestupek spáchán,
 - i) u pokračujícího, trvajícím a hromadného přestupku k tomu, zda k části jednání, jímž byl přestupek spáchán, došlo za účinnosti zákona, který za přestupek stanovil správní trest mírnější než zákon, který byl účinný při dokončení tohoto jednání.
74. Úřad při určení výše pokuty přihlédl k plnění, které obviněný poskytl dodavateli v období od 1. 1. 2018 do 31. 5. 2021, jako k okolnosti spáchání přestupků vymezených ve výroci I a II napadeného rozhodnutí. Všechny okolnosti, které jsou zohledňovány při určení výše pokuty, je však nutné posuzovat ve věcné a časové souvislosti s přestupkem, z něhož je obviněný shledáván vinným. Za situace, kdy obviněný pravidelně každý rok akceptoval nové cenové nabídky dodavatele a kdy zároveň Úřad shledal obviněného vinným ze spáchání přestupků, jichž se měl dopustit toliko v letech 2018 a 2019, nelze jako okolnost jejich spáchání posuzovat plnění, které bylo poskytnuto mimo tento časový rámeček, tedy za období od 1. 1. 2020

do 31. 5. 2021. Pokud Úřad k tomuto plnění přihlédl, pak jde o okolnosti, které nesouvisí s přestupky, za něž Úřad pokutu ukládá a jeho postup je tak v rozporu s § 37 písm. c) zákona o přestupcích.

75. Úřad proto nepostupoval správně při výpočtu plnění obviněného z uzavřené smlouvy a vzhledem k tomu, že výši plnění založenou na nesprávném propočtu zohlednil jako okolnost, k níž přihlédl při určení výše pokuty, nelze výši pokuty považovat za stanovenou v souladu se zákonem. Předseda Úřadu proto přistoupil ke změně napadeného rozhodnutí v jeho výroku III a výši pokuty nově stanovil částkou 360 000 Kč, která odpovídá provedené korekci časového rámce okolnosti, kterou v napadeném rozhodnutí vymezil Úřad.
76. Předseda Úřadu při vyměření této výše pokuty vycházel z toho, že horní hranice pokuty, v daném případě podle ustanovení § 268 odst. 2 písm. a) zákona představuje částku 20 000 000 Kč s tím, že celkovou cenu veřejné zakázky nelze určit, jelikož plnění z uzavřené Smlouvy dosud probíhá. K tomu předseda Úřadu výslovně odkazuje na skutková zjištění, která vymezil Úřad v napadeném rozhodnutí v bodu 128, z nichž vychází, neboť tato nebyla v průběhu řízení o přestupcích zpochybněna.
77. Předseda Úřadu posoudil ve shodě se závěrem uvedeným v bodu 129 napadeného rozhodnutí jako závažnější přestupek, který byl v napadeném rozhodnutí vymezen výrokem I, neboť tento představuje větší procentuální navýšení ceny plnění smluvního závazku. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku se předseda Úřadu zcela ztotožnil s posouzením, které uvedl Úřad v napadeném rozhodnutí v bodu 133 napadeného rozhodnutí, kde Úřad konstatoval, že za nejzávažnější stupeň intenzity porušení zákona považuje postup zadavatele spočívající v naprosté ignoraci ustanovení zákona a základních zásad, na nichž je tento zákon postaven, neboť takový postup zpravidla výrazně omezuje (případně dokonce vylučuje) hospodářskou soutěž, která je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků (coby hlavního účelu zákona). Tím, že obviněný umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy bez provedení nového zadávacího řízení, se dopustil jednoho z nejzávažnějších porušení zákona, neboť svým postupem fakticky obešel zákon a nezadal plnění odpovídající novým cenovým nabídkám v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacích řízení stanovených v § 3 zákona. Obviněný tak svým postupem neumožnil podání nabídek dalších potenciálních dodavatelů a naprosto tak vyloučil soutěžní prostředí o uvedené plnění. Jednání obviněného tak lze v šetřeném případě označit za typově jedno z vůbec nejzávažnějších.
78. Při zvažování výše pokuty přihlédl předseda Úřadu i k následkům spáchání přestupku, přičemž ve shodě se závěry Úřadu, uvedenými v bodě 134 napadeného rozhodnutí, má za to, že v daném případě spáchaný přestupek způsobil, že vybraný dodavatel nebyl vystaven žádné konkurenci, neboť akceptace cenových nabídek probíhala bez provedení zadávacího řízení a z doložených podkladů se jeví, že i bez jakékoli korekce či alespoň posouzení důvodnosti navrhovaných změn ze strany obviněného. Obviněný tak nenaplnil elementární účel zákona, kterým je zajištění účinného konkurenčního prostředí a efektivní hospodářské soutěže.
79. Stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) předseda Úřadu považuje za velmi vysoký, a to vzhledem k tomu, že jednání obviněného mohlo výrazně narušit základní princip zadávání veřejných zakázek – zachování efektivního soutěžního prostředí, které má umožnit z co nejširšího okruhu podaných nabídek vybrat pro obviněného nabídku nejvhodnější.

80. Předseda Úřadu dále při stanovení výše pokuty shledal jako přitěžující okolnost, že se obviněný dopustil rovněž přestupku konstatovaného ve výroku II tohoto rozhodnutí.
81. Dále při stanovení výše pokuty zohlednil také skutečnost, že od spáchání přestupku uplynuly více než 3 roky, a to s ohledem na závěry rozsudku Krajského soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 123/2013 ze dne 9. 4. 2015, přičemž k tomu odkazuje na části tohoto rozsudku citované v bodu 137 napadeného rozhodnutí.
82. Předseda Úřadu dále vycházel ze zjištění Úřadu ohledně souběhu přestupků, které bylo vymezeno v bodu 138 napadeného rozhodnutí. S ohledem na výše uvedené přikročil k uplatnění institutu souhrnného trestu a zohlednil předchozí uloženou pokutu za přestupek, jež je s projednávanými přestupky v souběhu.
83. Při určení výše pokuty obviněnému předseda Úřadu přihlédl i k okolnostem, které vymezil Úřad v napadeném rozhodnutí v bodech 142 až 147.
84. V souladu se závěry Úřadu, uvedenými v bodu 147 napadeného rozhodnutí, má předseda Úřadu za to, že nelze přistoupit na argumentaci obviněného, že pokuta v daném případě by měla být stanovena maximálně v rádech deseti tisíců korun českých. Současně pak předseda Úřadu přihlédl i k výši plnění závazku ze Smlouvy za období od 1. 1. 2018 do 31. 12. 2019, které představuje částku 4 555 820 Kč včetně DPH jako k okolnosti spáchání uvedených přestupků. Současně však přihlédl i k tomu, že obviněný rozhodl o výpovědi smlouvy se svozovou společností k 31. 12. 2022
85. Po posouzení všech aspektů uvedených výše přistoupil předseda Úřadu ke stanovení pokuty ve výši 360 000 Kč.

K výroku IV napadeného rozhodnutí

86. S ohledem na skutečnost, že napadené rozhodnutí bylo potvrzeno v jeho výrocih o vině a dále byla obviněnému uložena pokuta za jejich spáchání, je obviněný povinen uhradit náklady řízení ve výši stanovené § 95 odst. 1 zákona o přestupcích v návaznosti na § 79 odst. 5 správního řádu a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výtědělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení.
87. Předseda Úřadu proto napadené rozhodnutí v jeho výroku IV potvrdil.

Závěr

88. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, pokud jde o výroky I, II a IV napadeného rozhodnutí, bylo namíste tyto výroky potvrdit a podaný rozklad v tomto rozsahu zamítnout. Současně bylo zjištěno, že napadené rozhodnutí je třeba změnit, pokud jde o jeho výrok III, a to tak, že se uložená pokuta sníží.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

JUDr. Michal Bernard, Ph.D., advokát, se sídlem Klokotská 103/13, 390 01 Tábor

Vypraveno dne

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