UOHSX00HRTJO

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0070/2023/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-24939/2023/161 Brno 30. 6. 2023

V řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 29. 5. 2023 a podaném téhož dne obviněným –

- **statutárním městem Třinec**, IČO 00297313, se sídlem Jablunkovská 160, 739 61 Třinec, ve správním řízení zastoupeným Mgr. Davidem Troszokem, advokátem, ev. č. ČAK 16218, Advokátní kancelář Kadlubiec, Starzyk a partneři, s.r.o., se sídlem Husova 401, 739 61 Třinec,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16. 5. 2023, sp. zn. ÚOHS-S0174/2023/VZ, č. j. ÚOHS-18373/2023/500 vydanému ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek v souvislosti s uzavřením dodatku č. 2 ze dne 8. 4. 2022 ke Smlouvě o dílo č. 2017/10/008/Še uzavřené s vybraným dodavatelem – Strojírny a stavby Třinec, a. s., IČO 47674539, se sídlem Průmyslová 1038, 739 61 Třinec – dne 30. 5. 2017 na veřejnou zakázku „**Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince - mezidobí**“ zadanou v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k podání nabídky ze dne 22. 5. 2017,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) 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 16. 5. 2023, sp. zn. ÚOHS-S0174/2023/VZ, č. j. ÚOHS-18373/2023/500

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – statutární město Třinec, IČO 00297313, se sídlem Jablunkovská 160, 739 61 Třinec (dále též „**zadavatel**“) – dne 30. 5. 2017 uzavřel s vybraným dodavatelem – Strojírny a stavby Třinec, a. s., IČO 47674539, se sídlem Průmyslová 1038, 739 61 Třinec (dále jen „**vybraný dodavatel**“) – smlouvu na veřejnou zakázku „Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince - mezidobí“ zadanou v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k podání nabídky ze dne 22. 5. 2017 (dále jen „**veřejná zakázka**“), označenou jako Smlouva o dílo č. 2017/10/008/Še (dále jen „**smlouva o dílo**“).

2. Smlouva o dílo byla uzavřena dle čl. III odst. 1 *„na dobu určitou od 1. 6. 2017 do ukončení výběrového řízení o výběru dodavatele a uzavření smlouvy k veřejné zakázce s názvem ‚Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince‘.“*

3. Ve výzvě k podání nabídky ze dne 22. 5. 2017, kterou zadavatel zahájil jednací řízení bez uveřejnění za účelem zadání veřejné zakázky, zadavatel uvedl: *„Až bude pravomocně rozhodnuto na Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a umožněno tak legitimně v souladu s legislativou uzavřít smlouvu, ihned dojde k ukončení smluvního vztahu řešícího mezidobí a zahájení plnění předmětu zakázky dle aktuálně vysoutěžené smlouvy na dobu neurčitou – tedy s vítězným uchazečem vzešlým z výběrového řízení s názvem ‚Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince‘, nebo z nového výběrového řízení, pokud by musel zadavatel zrušit zakázku „Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince“.“*

4. Dodatkem č. 2 ke smlouvě o dílo ze dne 8. 4. 2022 (dále též „**dodatek č. 2**“) bylo stranami sjednáno, že se článek III odst. 1 smlouvy o dílo ruší a nově zní takto: *„Tato smlouva je uzavřena na dobu neurčitou.“.*

5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „**Úřad**“) v předestřeném postupu zadavatele spatřoval přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále též „**zákon**“) spočívající v podstatné změně smlouvy a dne 17. 3. 2023 zahájil správní řízení z moci úřední.

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 16. 5. 2023, vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0174/2023/VZ, č. j. ÚOHS-18373/2023/500 (dále též „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I konstatoval, že se zadavatel dopustil přestupku tím, že dodatkem č. 2 změnil dobu trvání smlouvy o dílo z doby určité na dobu neurčitou, čímž provedl podstatnou změnu závazku podle § 222 odst. 3 písm. c) zákona, neboť vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky v rozporu s § 222 odst. 1 zákona, čímž mohl ovlivnit výběr dodavatele. Výrokem II napadeného rozhodnutí uložil

Úřad zadavateli pokutu ve výši 8 000 000 Kč. Výrokem III uložil zadavateli uhradit náklady správního řízení ve výši 1 000 Kč.

7. Napadené rozhodnutí odůvodnil Úřad tím, že byť bylo v dispozici zadavatele, kdy přesně nové zadávací řízení na veřejnou zakázku zrealizuje, dobu trvání smlouvy o dílo bylo nepochybně stále třeba považovat za pevně časově vymezenou, neboť byl do úpravy této doby jednoznačně vtělen předpoklad, že smlouva o dílo skončí, jakmile bude úspěšně uzavřena nová smlouva vzešlá z řádného zadávacího řízení. To, že se tak v dohledné době stane, bylo možné v dobré víře předpokládat, neboť zadavatel je přirozeně povinen dodržovat právní normy, které mu dávají povinnost hospodárného a transparentního nakládání s veřejným majetkem, k čemuž se neoddělitelně pojí povinnost zadávání veřejných zakázek v souladu se zákonem. Bylo tedy možné důvodně očekávat, že zadavatel jako řádný hospodář neodkladně zahájí nové řádné zadávací řízení a nebude závadný stav udržovat více než pět let.

8. Obecně není dle Úřadu vyloučeno, aby závazek ze smlouvy na dobu neurčitou reálně trval po kratší dobu než závazek ze smlouvy na dobu určitou, avšak při posuzování, zda došlo k podstatné změně závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 odst. 3 zákona, je však důležité zejména to, jaký v sobě daná změna smluvních podmínek nese potenciál dopadu do skutečnosti, neboť závazek svou podstatou přirozeně představuje to, co si smluvní strany smluvily, nikoliv to, co se z jejich domluvy následně promítlo do reality.

9. Výši sankce pak Úřad odůvodnil zejména tím, že hodnotu změny smlouvy nelze přesně vyčíslit, proto je nutno vycházet z § 268 odst. 1 písm. a) zákona a uložit sankci v maximální horní výši 20 000 000 Kč. Z hlediska závažnosti jde o přestupek, kterým nebyl chráněný zájem narušen, nýbrž byl zcela popřen, jde tedy o přestupek vysoce závažný. Od jeho spáchání uplynula poměrně krátká doba. Zadavateli dle Úřadu přitěžuje, že šlo o dodatek uzavřený ke smlouvě, která již sama o sobě byla uzavřena v rozporu se zákonem, za což byl zadavatel již potrestán a musel si toho být vědom.

10. Při ukládání sankce Úřad přihlédl k tomu, že se jedná o přestupek, který je v souběhu s jiným přestupkem potrestaným již rozhodnutím Úřadu ze dne 25. 10. 2022 rozhodnutím vydaným ve věci sp. zn. ÚOHS-S0377/2022/VZ. Plánované rozpočtové příjmy zadavatele by měly pro rok 2023 činit 848 371 741 Kč, tedy pokutu nelze považovat za likvidační ani za nepřiměřeně zasahující do ekonomické podstaty zadavatele.

III. Rozklad zadavatele

11. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno 16. 5. 2023 a ten proti němu podal dne 29. 5. 2023 rozklad datovaný téhož dne. Rozklad je řádný a včasný.

12. Zadavatel v rozkladu zejména uvádí, že Úřad vůbec nezohlednil jeho důvody, pro které byl situaci nucen řešit způsobem, který je mu vytýkán. Zadavatel poukazuje na to, že smlouvu uzavřel s vítězem původního zrušeného zadávacího řízení. Po zrušení zadávacího řízení byl zadavatel utvrzován administrátorem, že je reálná šance rozhodnutí zvrátit před soudy. V roce 2021 navíc kulminovalo covidové období. Na počátku roku 2022 před komunálními volbami měl zadavatel snahu zjednat nápravu, ale začala válka na Ukrajině, s níž se pojil enormní nárůst cen. Dále proběhly komunální volby a politický boj s nimi spojený. Pak zadavatel zadal interní a externí posudky, které potvrdily nutnost zahájit nové zadávací řízení a nejpozději v říjnu 2022 byly činěny kroky k zahájení řádného zadávacího řízení, přičemž ty již předcházely zahájení

tohoto správního řízení. Z uvedených důvodů je však dle zadavatele zřejmé, že neměl v úmyslu ponechat smlouvu o dílo v účinnosti neomezeně dlouhou dobu a k uváděným faktům mělo být přihlédnuto přinejmenším při stanovení výše sankce.

13. Zadavatel uvádí, že prodloužení smlouvy, která by měla pevně zakotvený celoroční obsah prací, by bylo problematičtější než prodloužení smlouvy, která je závislá na individuálních požadavcích zadavatele, neboť ty umožňují snížení rozsahu plnění.

14. Zadavatel před uzavřením dodatku č. 2 považoval rozvazovací podmínku za nesplnitelnou, tedy za podmínku, k níž se nepřihlíží. Navíc dodatek byl uzavřen v době, kdy již bylo prokazatelně plánováno a uvažováno o tom, že dojde k provedení nového zadávacího řízení na údržbu komunikací. Jak zadavatel, tak dodavatel však vycházeli z toho, že rozvazovací podmínka je vázána na původní – zrušené – zadávací řízení.

15. Úřad vykládá smlouvu v situaci, kdy jsou mu již známy okolnosti, které zadavateli v době jejího uzavření ještě známy nebyly, neboť ještě nenastaly (zrušení zadávacího řízení). Navíc napadené rozhodnutí působí dojmem, že je zadavateli více vytýkáno a je trestán za uzavření smlouvy a okolnosti jejího uzavření a trvání než za její následnou změnu dodatkem č. 2. Zadavatel má za to, že předmětem řízení by mělo být skutečně jeho pochybení v podobě nevhodného sjednání dodatku č. 2 a tomuto prohřešku by měla odpovídat i uložená pokuta.

16. Nepřesné je tvrzení Úřadu, že za přitěžující okolnost je třeba vzít nezákonné uzavření smlouvy ze strany zadavatele. Nezákonným bylo prohlášeno jednací řízení bez uveřejnění, nikoliv samotná smlouva o dílo, která z něj vzešla. Při stanovení výše pokuty každopádně nemůže být přitíženo za nesprávně použité jednací řízení.

17. Zadavatel uvádí na pravou míru, že není notorickým porušovatelem povinností dle zákona. Zadavatel realizuje řadu zadávacích řízení, aniž by se porušování zákona dopouštěl. K problematice se snaží přistupovat zodpovědně a se snahou o maximálně efektivní využití veřejných prostředků. Pokud kdy dojde k selhání, nejde o úmysl a zvýhodňování jakéhokoliv dodavatele.

18. Zadavatel nesouhlasí s výší pokuty. Postup Úřadu je nevyvážený – zohledňuje skutečnosti, které nejsou pokryty vymezením vytýkaného skutku. Při posouzení likvidačnosti pokuty pak nelze vyjít jen z plánovaných příjmů zadavatele, je třeba brát v úvahu výdajovou stránku. Plánované výdaje činí pro rok 2023 částku 974 802 100 Kč a je zjevné, že rozdíl mezi nimi a plánovanými příjmy tvoří -126,4 mil. Kč. Dlouhodobě vysoké jsou totiž mandatorní výdaje zadavatele. Žádný plánovaný výdaj, který je do rozpočtu zahrnut, není zbytný či nedůležitý. Pokuta v řádech milionů proto naopak představuje velmi závažný zásah do majetkové sféry zadavatele.

19. Uložení pokuty územnímu samosprávnému celku nepředstavuje jen event. snížení zisku, nýbrž dopadá do sféry občanů takového celku. Zadavatel považuje za necitlivé, aby uložení sankce v takové výši dopadlo na občany obce a negativně ovlivnilo její další rozvoj.

20. Závěrem zadavatel opakuje, že existuje řada okolností hovořících v jeho prospěch. Zejména to, že prokazatelně zahájil kroky ke zjednání nápravy několik měsíců předtím, než byl vyrozuměn o podnětu. Tedy postupoval dobrovolně. Dodatek č. 2 byl sjednán v době, kdy měly strany smlouvy zato, že rozvazovací podmínka odpadla. Zadavatel navíc uzavřel dodatek č. 4, kterým smlouvu opět uzavřel na dobu určitou.

Závěr rozkladu

21. Zadavatel v petitu uvádí, že si je vědom svého pochybení, a trvá-li Úřad na tom, že jsou zde jednoznačně splněny předpoklady pro uložení pokuty a její uložení je nevyhnutelné, pak dostatečnou by byla i výrazně nižší pokuta. Proto žádá o snížení uložené sankce.

IV. Řízení o rozkladu

22. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „**správní řád**“), a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis spolu se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

23. 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 jsem podle § 98 odst. 1 zákona o přestupcích přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí, načež jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

24. Úřad tím, že ve výrocích napadeného rozhodnutí rozhodl o spáchání přestupku a o uložení pokuty obviněnému, nepostupoval správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

25. Jak již bylo shora rekapitulováno, Úřad v napadeném rozhodnutí shledal, že zadavatel podstatně změnil závazek ze smlouvy o dílo uzavřené na dobu určitou dodatkem tak, že se stal závazkem na dobu neurčitou. Vycházel při tom z čl. III odst. 1 smlouvy o dílo, z něhož se podává, že smlouva je uzavřena *„na dobu určitou od 1. 6. 2017 do ukončení výběrového řízení o výběru dodavatele a uzavření smlouvy k veřejné zakázce s názvem ‚Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince‘.“* Takto stanovenou dobu trvání smlouvy považoval Úřad za určení času.

26. Posouzení doby trvání smlouvy by mělo vycházet ze soukromého práva. Čas je v něm pojímán jako právní událost a doba je dle § 603 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (dále též „**občanský zákoník**“) takové určení času, který omezuje existenci práva nebo povinnosti. Doba může být určena podle dnů, týdnů nebo podle delších či kratších časových úseků. Podle toho se liší její počítání. Doba může být stanovena i pevně daným datem, popř. jinak. U časového limitu smlouvy však obecně platí, že časový okamžik jistě nastane (*dies certus an*), lze rozlišit pouze, zda je jisto kdy (*certus quando*), či nikoliv (*incertus quando*).

27. Rozdíl mezi podmínkou a doložením času spočívá zpravidla právě v jistotě, která u podmínky schází, ačkoliv i některá jistá určení času lze považovat za podmínku, může totiž záležet i na výkladu konkrétního ujednání. Platí však, že v případě podmínky není jisto, zda nastane událost, na kterou je vznik, změna či zánik práv či povinností vázán (*dies incertus an*), ačkoliv i u podmínky lze rozlišit, zda je známo (pokud nastane), kdy se tak stane (*certus quando*), případně že není jisto, ani zda nastane, ani kdy se tak stane (*dies incertus an, incertus quando*).

Pro určení, zda se jedná o podmínku či o určení času, je objektivním kritériem zpravidla jistota budoucí události. Odkázat lze v této souvislosti např. na DOBROVOLNÁ, Eva. § 550 [Doložení času]. In: LAVICKÝ, Petr a kol. Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1−654). 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 1750, marg. č. 5 : „*Obecně tedy bude záležet na výkladu konkrétního smluvního ujednání, zda se bude jednat o podmínku, nebo doložení času, přičemž směrodatným by mělo být posouzení, zda je jisté, nebo nejisté, že určitá událost v budoucnu nastane (Armgardt In: Vieweg 2012 s. 1205). Pokud bude pochybné, zda a kdy určitá událost nastane, bude se spíše jednat o podmínku*."

28. V posuzované věci byla smlouva o dílo původně sjednána „*do ukončení výběrového řízení a uzavření smlouvy*". Takto sjednaný limit smlouvy je navázán nikoliv na okamžik, který bezpochyby nastane (např. na uplynutí 2 let), ale – jak je patrno i ze skutkového stavu – na okamžik ukončení zadávacího řízení uzavřením smlouvy, který nastat nemusí. Ačkoliv zadavatel deklaruje snahu potřebné zadávací řízení zahájit a zdárně dokončit, není zdaleka jisté, zda tak skutečně učiní, případně zda svou potřebu neuspokojí jiným zákonným způsobem (in-house, vertikální spolupráce), případně zda předmět plnění veřejné zakázky nemodifikuje a nezadá jinak apod. Ačkoliv Úřad argumentuje tím, že od zadavatele lze oprávněně očekávat postup v souladu se zákonem, a tedy i zadání veřejné zakázky v zákonném zadávacím řízení, není tato skutečnost natolik jistou, aby se mohlo jednat o určení času. Nejistotu podporuje i současný stav, kdy deklarované zadávací řízení nebylo zahájeno ani po pěti letech od uzavření smlouvy o dílo. (srov. *a contrario* DOBROVOLNÁ, Eva. § 550 [Doložení času]. In: LAVICKÝ, Petr a kol. Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1−654). 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 1750, marg. č. 6. „*Důležitou roli při výkladu bude hrát nepochybně i délka doby, která má do určeného termínu uplynout. Čím kratší nebo jistější je doba a její uplynutí, tím je spíše dán prostor posoudit ujednání jako doložení času (Bork In: Habermann 2010 s. 360)*.").

29. Vzhledem ke všem uvedeným skutečnostem je nutno konstatovat, že smlouva o dílo byla uzavřena na dobu neurčitou s rozvazovací podmínkou[1], ať už tato podmínka bude vykládána jakkoliv (tedy jako podmínka vázaná na konkrétní zadávací řízení či obecně na jakékoliv zadávací řízení, v němž bude pořízen obdobný předmět plnění).

30. Charakter rozvazovací podmínky je potestativní až smíšený, zadavatel má ve svých rukou splnění podmínky a měl by o její splnění usilovat, ovšem jen do určité míry – mohou se vyskytnout objektivní okolnosti, které splnění podmínky zmaří. To však není pro posouzení věci zcela podstatné. Rozhodující je, že smlouva o dílo od počátku určení času neobsahovala, a byla tedy uzavřena na dobu neurčitou.

31. Za těchto okolností je třeba revidovat závěr napadeného rozhodnutí, který vycházel z toho, že smlouva původně byla uzavřena na dobu určitou. Je třeba opakovaně posoudit, zda je změna smlouvy o dílo, která dle posouzení předsedy Úřadu spočívá nikoliv ve změně doby plnění smlouvy z doby určité na dobu neurčitou, ale v odstranění rozvazovací podmínky, podstatnou změnu závazku ze smlouvy o dílo ve smyslu § 222 zákona.

[1] V souvislosti s touto právní kvalifikací lze odkázat na rozhodnutí Úřadu ze dne 12. 4. 2017, č. j. ÚOHS-S0076/2017/VZ-12268/2017/541/MSc (potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne ÚOHS-R0077,0078/2017/VZ-20038/2017/323/KKř), kde byl zadavateli uložen zákaz plnění smlouvy s tím, že na základě nezákonného jednacího řízení bez uveřejnění uzavřel smlouvu na dobu neurčitou bez stanovení rozvazovací podmínky, z níž by bylo zřejmé, kdy dojde k rozvázání smluvního vztahu s ohledem na důvody použití jednacího řízení bez uveřejnění.

32. Je-li ustanovení bodu III odst. 1 smlouvy o dílo vyloženo jako podmínka, je nutné se zabývat otázkou, zda bylo její splnění v okamžiku uzavření dodatku č. 2 smlouvy ještě možné, či zda zrušením původního zadávacího řízení „odpadla“ a již se k ní ve smyslu § 584 občanského zákoníku nepřihlíží. Jde tedy o posouzení, na jakou událost (na jaké řádné zadávací řízení) bylo vlastně trvání smlouvy o dílo vázáno.

33. Úřad v napadeném rozhodnutí vychází z dokumentace k jednacímu řízení bez uveřejnění a dovozuje, že trvání smlouvy bylo navázáno na jakékoliv zadávací řízení potažmo smlouvu na veřejnou zakázku týkající se totožného předmětu plnění. Z dokumentace k jednacímu řízení bez uveřejnění se totiž podává, že délku období, kdy budou služby v mimořádném režimu probíhat „*nelze určit*“. Zadavatel tam dále uvádí: *„Až bude pravomocně rozhodnuto na Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a umožněno tak legitimně v souladu s legislativou uzavřít smlouvu, ihned dojde k ukončení smluvního vztahu řešícího mezidobí a zahájení plnění předmětu zakázky dle aktuálně vysoutěžené smlouvy na dobu neurčitou – tedy s vítězným uchazečem vzešlým z výběrového řízení s názvem „Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince“, nebo z nového výběrového řízení, pokud by musel zadavatel zrušit zakázku „Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince“*.“ Dle zadavatele je *„jedinou možnou zákonnou cestou uzavření smlouvy na poskytování předmětu zakázky až do doby podpisu nové smlouvy na základě zákonného zadávacího řízení“*. Jako termín plnění zakázky pak v zadávací dokumentaci figuruje formulace: *„Zakázka bude realizována v období od 1. 6. 2017 do uzavření vysoutěžené smlouvy na dobu neurčitou.“*

34. Oproti deklaracím uvedeným v zadávací dokumentaci se do čl. III odst. 1 smlouvy o dílo dostala již jen formulace, dle níž se smlouva uzavírá *„na dobu určitou od 1. 6. 2017 do ukončení výběrového řízení o výběru dodavatele a uzavření smlouvy k veřejné zakázce s názvem „Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince“*. Z této formulace vychází zadavatel, který opakovaně dovozuje, že trvání smlouvy o dílo bylo touto podmínkou navázáno na původní zadávací řízení, v jehož průběhu byla ostatně smlouva o dílo uzavřena a jež bylo později zrušeno[2]. Zadavatel zdůrazňuje, že v průběhu správních i soudních řízení, v nichž byly zadávací podmínky původního zadávacího řízení přezkoumávány, usiloval o to, aby bylo původní zadávací řízení obhájeno a řádně ukončeno uzavřením smlouvy.

35. Jak výklad podmínky provedený Úřadem, tak i výklad zadavatelův mají svoje opodstatnění. Úřad vychází z účelu podmínky a z deklarací zadavatele v průběhu zadávacího řízení, zadavatel vychází z textu smlouvy, ze svého pohledu na situaci, v níž byla uzavřena, a ze svého oprávnění vykládat ji jako jedna ze smluvních stran.

36. Ze všeho, co je výše uvedeno, se pak jeví, že v situaci, v níž se nacházel, zadavatel mohl vykládat podmínku obsaženou ve smlouvě jako podmínku vázanou na konkrétní zadávací řízení konkrétního názvu, takový výklad nevylučují ani formulace použité v zadávací

[2] Na tomto místě lze poznamenat, že oproti původní formulaci rozvazovací podmínky zadavatel dodatkem č. 4 ze dne 25. 5. 2023, na který odkazuje i v rozkladu, provedl změnu čl. III odst. 1 smlouvy tak, že nyní zní: *„Tato smlouva se uzavírá na dobu určitou, do řádného ukončení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, jejímž předmětem bude zajištění údržby a oprav komunikací ve vlastnictví objednatele, zejména v souladu s částí druhou, konkrétně ustanovením §§ 5 až 10 vyhlášky č. 104/1997 Sb., kterou se provádí zákon o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů, a to do okamžiku nabytí účinnosti smlouvy na veřejnou zakázku uzavřenou s vybraným dodavatelem na základě řádného zadávacího řízení*.“ Touto změnou pak navázal splnění rozvazovací podmínky na zadávací řízení (a smlouvu) pokrývající shodný předmět plnění, jako má současná smlouva o dílo.

dokumentaci k jednacímu řízení bez uveřejnění citované v bodu 33 tohoto rozhodnutí, neboť se v nich hovoří o ukončení smlouvy v době uzavření smlouvy „řádné“, přičemž k ukončení smlouvy neslouží toliko podmínka, nýbrž i jiné instituty. Ta pak byla formulována úžeji. Pokud bude mít Úřad i nadále za to, že jde o podmínku vázanou obecně na jakékoliv zadávací řízení pokrývající shodný předmět plnění, nechť zkoumá okolnosti a příčiny uzavření dodatku č. 2, svůj závěr lépe odůvodní a vyrovná se s argumenty zadavatele předkládanými i v rozkladu proti napadenému rozhodnutí.

37. Co se týká námitek rozkladu zadavatele, je nutno konstatovat, že žádná z okolností, které zadavatel jmenuje jako okolnosti, které mu zabránily v tom, aby zahájil nové zadávací řízení, není pro posouzení věci relevantní. Tyto okolnosti (komunální volby, zdražování, covidové období atd.) lze stěží považovat za polehčující okolnosti ke skutku, který je nyní zadavateli kladen za vinu. Jde totiž o okolnosti, které dle názoru zadavatele snižují jeho vinu ve vztahu k nezahájení nového zadávacího řízení. Nemají však nic společného s vytýkanou změnou smlouvy na dobu neurčitou bez podmínky.

38. Namítá-li zadavatel, že prodloužení smlouvy s pevným obsahem plnění by bylo problematičtější než prodloužení smlouvy, která je závislá na individuálních požadavcích zadavatele, je tento argument dvousečný, neboť možnost stanovit si individuálně rozsah plnění vede nejen k možnosti objem plnění redukovat, ale i navyšovat. Zadavatel ostatně ani netvrdí, že by se objem plnění v průběhu let snižoval. Navíc např. dodatkem č. 1 byly do ceníku vloženy další položky (vysprávky asfaltovou směsí za horka do upravených výtluků vyfrézovaných do hl. 8 cm a vysprávky vozovky většího rozsahu nad 10 m2, frézování do 8 cm), kterýmižto položkami dostaly smluvní strany do ruky další nástroj, jak objem plnění dle smlouvy o dílo navyšovat.

39. Zadavatel napadenému rozhodnutí vytýká, že působí dojmem, že je zadavateli více vytýkáno a je trestán za uzavření smlouvy a okolnosti jejího uzavření a trvání spíše než za následnou změnu smlouvy dodatkem č. 2. K této námitce je třeba uvést, že Úřad se nezabýval uzavřením smlouvy o dílo, neboť nezákonnost jednacího řízení bez uveřejnění již byla konstatována a zadavatel za ni byl sankcionován. Oproti tomu ve správním řízení nebylo možné pominout, jakým způsobem probíhá plnění smlouvy o dílo a jak zadavatel zanedbává svou povinnost „přesoutěžit“ takto uzavřenou smlouvu, čehož křiklavým příznakem je i explicitní odstranění podmínky vedoucí přímo k zániku smlouvy o dílo.

40. Úřad se při vyřízení podnětu a při přezkumu postupu zadavatele zaměřil toliko na dílčí změnu smlouvy o dílo spočívající ve sjednání smlouvy na dobu neurčitou, což je jen část prostředků, kterými zadavatel umožnil, aby smlouva o dílo přetrvala déle, než je akceptovatelné jako doba nezbytně nutná pro realizaci nového zadávacího řízení.

41. Z podkladů, které Úřad ve věci shromáždil, vyplývá, že zadavatel nejen uzavřel smlouvu na základě jednacího řízení bez uveřejnění, za což byl již trestán, ale dále tuto smlouvu, a tedy i svým způsobem závadný stav udržuje při životě postupem, který se rovněž nejeví souladný s ustanovením § 222 zákona. Nelze totiž přehlédnout uzavření tří dodatků, v nichž byla oproti původně sjednaným smluvním podmínkám postupně navýšena jednotková cena služeb. V případě jednotkových cen uvedených v ceníku došlo k navýšení přinejmenším o 22 %, v případě cen dopravního značení, které jsou stanoveny dalším ceníkem, došlo k navýšení – jsou-li tyto položky ve správním spisu vůbec kompletní – přinejmenším o 38 %. Celkové

navýšení jednotkových cen činí více než 30 %. A to je zde hovořeno pouze o cenách jednotkových. Navýšení jednotkových cen neproběhlo plošně a rovnoměrně, tedy nebyla navýšena každá jednotková cena, nýbrž byly různým způsobem navýšeny jen vybrané jednotkové ceny (které jsou patrně v praxi smluvních stran používané). To implikuje, že pokud by byly jednotkové ceny aplikovány např. na průměrný objem každoročně prováděných služeb, bude se s velkou pravděpodobností fakticky jednat o nárůst ještě vyšší.

42. V souvislosti s kroky zadavatele v průběhu plnění smlouvy rovněž nelze přehlédnout, že dodatkem č. 2 byla sjednána inflační doložka, což zvláště v posledních letech představuje pro dodavatele stěžejní změnu smlouvy v jeho prospěch.

43. Celkem se přitom nejedná o bagatelní záležitost – při publikaci dodatku č. 4 ke smlouvě o dílo v registru smluv uvádí sám zadavatel hodnotu smlouvy ve výši 228 500 000 Kč.

VI. Závěr

44. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že je napadené rozhodnutí v rozporu s právními předpisy, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání. V dalším řízení Úřad posoudí, zda jednáním zadavatele spočívajícím v odstranění rozvazovací podmínky došlo k podstatné změně smlouvy. Úřad dále posoudí, zda změny cen a dalších smluvních podmínek nevedou k podezření o porušení zákona v mnohem širším rozsahu, než v jakém bylo správní řízení zahájeno, a v závislosti na učiněných závěrech učiní patřičné kroky.

45. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které je nutno napadené rozhodnutí zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží
Mgr. David Troszok, advokát, Husova 401, 739 61 Třinec

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