



UOHSX00IMTSR

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0591/2023/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-01603/2024/500

Brno 12. 1. 2024

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 ve spojení s § 270 odst. 5 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, v řízení o přestupcích-zahájeném dne 25. 9. 2023 z moci úřední, jehož účastníkem je obviněný

- statutární město Mladá Boleslav, IČO 00238295, se sídlem Komenského náměstí 61, 293 01 Mladá Boleslav, v řízení o přestupcích zastoupen na základě plné moci ze dne 16. 10. 2023 Mgr. Zuzanou Knobovou, advokátkou ev. č. ČAK 14294, se sídlem Nad Spádem 641/20, 147 00 Praha,

ve věci možného spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) a b) citovaného zákona obviněným v souvislosti s veřejnou zakázkou „Cyklostezka náměstí Republiky“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 11. 8. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 8. 2021 pod ev. č. Z2021-029588, ve znění pozdější změny,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – statutární město Mladá Boleslav, IČO 00238295, se sídlem Komenského náměstí 61, 293 01 Mladá Boleslav – **se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, **tím, že** při zadávání veřejné zakázky „Cyklostezka náměstí Republiky“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 11. 8. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 8. 2021 pod ev. č. Z2021-029588, ve znění

pozdější změny, stanovil zadávací podmínky v rozporu s § 100 odst. 1 citovaného zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když uvedl v čl. 2.2. bodu 3 zadávací dokumentace, že „[t]ermín ukončení se může změnit z objektivních příčin, způsobených třetími stranami nebo jinými okolnostmi, nezávislými na vůli smluvních stran, zejména:

- a) klimatické podmínky bránící řádnému plnění předmětu veřejné zakázky; za nepříznivé klimatické podmínky je považován stav, kdy nelze vzhledem k požadavkům na technologické podmínky realizace díla rozumně požadovat po zhotoviteli, aby dílo za těchto podmínek realizoval tak, aby nedošlo ke snížení kvality realizovaného díla,
- b) živelné pohromy a jiné mimořádné, nepředvídatelné, neodvratitelné a nezaviněné události bránící řádnému plnění předmětu veřejné zakázky.“

a vyhradil si tak v zadávací dokumentaci změnu závazku ze smlouvy na citovanou veřejnou zakázku, aniž podmínky pro tuto vyhrazenou změnu závazku v zadávací dokumentaci jednoznačně vymezil, když nestanovil, jakým způsobem se může termín (ukončení) plnění změnit ve vazbě na nepříznivé klimatické podmínky, a zadal veřejnou zakázku, když dne 11. 10. 2021 uzavřel Smlouvu o dílo s vybraným dodavatelem – H-INTES s.r.o., IČO 25636332, se sídlem Pod Borkem 319, 293 01 Mladá Boleslav.

II.

Obviněný – statutární město Mladá Boleslav, IČO 00238295, se sídlem Komenského náměstí 61, 293 01 Mladá Boleslav – se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, tím, že nedodržel pravidlo stanovené v § 222 odst. 1 citovaného zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když umožnil podstatnou změnu závazku ze Smlouvy o dílo uzavřené dne 11. 10. 2021 mezi jmenovaným obviněným a vybraným dodavatelem – H-INTES s.r.o., IČO 25636332, se sídlem Pod Borkem 319, 293 01 Mladá Boleslav – na realizaci veřejné zakázky „Cyklostezka náměstí Republiky“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 11. 8. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 8. 2021 pod ev. č. Z2021-029588, ve znění pozdější změny, po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle citovaného zákona, když dne 19. 7. 2022 uzavřel Dodatek č. 1 k citované Smlouvě o dílo, kterým mj. zvýšil cenu vybraných položek z rozpočtu uvedených v Souhrnném výpočtu nárůstu cen ze dne 4. 4. 2022, jenž tvoří přílohu citovaného Dodatku č. 1, tak, že tyto vybrané položky z rozpočtu navýšil o různě vysoké procento (tzv. index), a tím navýšil cenu díla o 2 289 784,65 Kč bez DPH a dopustil se tak změny smluvních podmínek, která ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) citovaného zákona měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch citovaného vybraného dodavatele, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a zadal citovanou veřejnou zakázku, když na její předmět uzavřel dne 11. 10. 2021 s citovaným vybraným dodavatelem citovanou Smlouvu o dílo.

III.

Obviněný – statutární město Mladá Boleslav, IČO 00238295, se sídlem Komenského náměstí 61, 293 01 Mladá Boleslav – se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, tím, že nedodržel pravidlo stanovené v § 222 odst. 1 citovaného zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když umožnil podstatnou změnu závazku ze Smlouvy o dílo uzavřené dne

11. 10. 2021 mezi jmenovaným obviněným a vybraným dodavatelem – H-INTES s.r.o., IČO 25636332, se sídlem Pod Borkem 319, 293 01 Mladá Boleslav – na realizaci veřejné zakázky „Cyklostezka náměstí Republiky“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 11. 8. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 8. 2021 pod ev. č. Z2021-029588, ve znění pozdější změny, **po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle citovaného zákona, když dne 29. 8. 2022 uzavřel Dodatek č. 2 k citované Smlouvě o dílo**, kterým změnil termín zhotovení díla stanovený v návaznosti na čl. 4 citované Smlouvy o dílo v Harmonogramu předpokládaného postupu prací, jenž tvoří přílohu citované Smlouvy o dílo, a to z původního termínu 29. 4. 2022 na nový termín 7. 8. 2022 a **dopustil se tak změny smluvních podmínek, která by ve smyslu § 222 odst. 3 písm. a) citovaného zákona umožnila účast jiných dodavatelů, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně**, přičemž tak učinil ve chvíli, kdy původní i nově sjednaný termín zhotovení díla již uplynul, **čímž se jeho postup stal netransparentním**, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a zadal citovanou veřejnou zakázku, když uzavřel dne 11. 10. 2021 s citovaným vybraným dodavatelem citovanou Smlouvu o dílo.

IV.

Za spáchání přestupků uvedených ve výroku I., II. a III. tohoto rozhodnutí **se obviněnému** – statutární město Mladá Boleslav, IČO 00238295, se sídlem Komenského náměstí 61, 293 01 Mladá Boleslav – podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, **ukládá**

pokuta ve výši 250 000 Kč (dvě stě padesát tisíc korun českých).

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

V.

Podle § 95 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ve znění pozdějších předpisů, **se obviněnému** – statutární město Mladá Boleslav, IČO 00238295, se sídlem Komenského náměstí 61, 293 01 Mladá Boleslav – **ukládá**

uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč (jeden tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP OBVINĚNÉHO

1. Obviněný – statutární město Mladá Boleslav, IČO 00238295, se sídlem Komenského náměstí 61, 293 01 Mladá Boleslav, v řízení o přestupcích zastoupen na základě plné moci ze dne 16. 10. 2023 Mgr. Zuzanou Knobovou, advokátkou ev. č. ČAK 1494, se sídlem Nad Spádem 641/20, 147 00 Praha (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), zahájil dne 11. 8. 2021 odesláním k uveřejnění oznámení

o zahájení zadávacího řízení do Věstníku veřejných zakázek zadávací řízení na veřejnou zakázku „Cyklostezka náměstí Republiky“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 11. 8. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 8. 2021 pod ev. č. Z2021-029588, ve znění pozdější změny (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Podle čl. 2.1. bodu 5 zadávací dokumentace veřejné zakázky (dále jen „zadávací dokumentace“) byla předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanovena ve výši 23 534 994 Kč bez DPH.
3. Obviněný uzavřel dne 11. 10. 2021 Smlouvu o dílo (dále jen „smlouva“) s obchodní společností H-INTES s.r.o., IČO 25636332, se sídlem Pod Borkem 319, 293 01 Mladá Boleslav (dále jen „vybraný dodavatel“).
4. Podle čl. 3 smlouvy „*[p]ředmětem díla je výstavba nové cyklostezky v místě stávajícího chodníku v ulici Jičínské v úseku mezi ulicí Smetanovou a ulicí Na Celně dle předané dokumentace pro provádění stavby k veřejné zakázce, včetně zhotovení objednatelům písemně požadovaných změn, a to v rozsahu zadávací dokumentace a pokynů objednatele a v souladu se smluvní dokumentací...“.*
5. Podle čl. 5 smlouvy byla cena za dílo sjednána ve výši 16 858 297,10 Kč bez DPH.
6. Následně obviněný uzavřel dne 19. 7. 2022 s vybraným dodavatelem Dodatek č. 1 ke smlouvě (dále jen „dodatek č. 1“) a dne 29. 8. 2022 Dodatek č. 2 ke smlouvě (dále jen „dodatek č. 2“). Cena za dílo podle smlouvy ve znění jejího dodatku č. 1 a dodatku č. 2 byla sjednána v celkové výši 20 746 390,76 Kč bez DPH.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM ŘÍZENÍ O PŘESTUPCÍCH

7. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 248 a § 270 odst. 5 zákona, příslušný k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání veřejné zakázky a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, jakož i k projednání přestupků podle tohoto zákona, včetně ukládání pokuty za jejich spáchání, obdržel dne 30. 12. 2022 podnět k prošetření postupu obviněného ve věci veřejné zakázky.
8. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od obviněného vyžádal vyjádření k podnětu a příslušnou dokumentaci. V rámci pokračujícího šetření si Úřad následně vyžádal doplnění informací a zaslání další související dokumentace.

III. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPCÍCH

9. Účastníkem řízení o přestupcích je podle § 256 zákona obviněný.
10. Zahájení řízení o přestupcích oznámil Úřad obviněnému pod č. j. ÚOHS-36541/2023/511 ze dne 25. 9. 2023.
11. Shora citované oznámení o zahájení řízení o přestupcích bylo obviněnému doručeno dne 25. 9. 2023 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 „zákon o přestupcích“), zahájeno řízení o přestupcích z moci úřední.
12. Usnesením č. j. ÚOHS-37794/2023/511 ze dne 3. 10. 2023 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které byl podle § 36 odst. 1 správního řádu oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a

podle § 36 odst. 2 správního řádu oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko. Na základě žádosti obviněného ze dne 9. 10. 2023 Úřad uvedenou lhůtu usnesením č. j. ÚOHS-39380/2023/511 ze dne 11. 10. 2023 prodloužil.

13. Stanovisko obviněného v řízení o přestupku ze dne 23. 10. 2023 bylo Úřadu doručeno téhož dne (dále jen „vyjádření ze dne 23. 10. 2023“).

Vyjádření obviněného ze dne 23. 10. 2023

14. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 23. 10. 2023 ve vztahu k výhradě možné změny termínu plnění veřejné zakázky ve smyslu § 100 odst. 1 zákona mj. konstatuje, že je v souladu s rozhodovací praxí Úřadu, pokud je výhrada změny závazku ze smlouvy formulována i obecně, když může být obtížné předem definovat veškeré uvažované případy, které mohou nastat, a když z předmětné výhrady bude jednoznačně seznatelné, na jaké situace dopadá. Podmínky posuzované vyhrazené změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku zahrnují mj. tzv. objektivní skutečnosti, které dle obviněného nelze z povahy věci blíže specifikovat. Ve vztahu k provedené indexaci cen v dodatku č. 1 obviněný v citovaném vyjádření mj. argumentuje situací na trhu stavebních materiálů a prací v dotčeném období v návaznosti na konflikt na Ukrajině, tlakem na ceny těchto materiálů a prací, obhájuje svůj postup mj. aplikací výjimek ve vztahu k § 222 zákona a z toho plynoucí zákonnosti svého postupu. Ve vztahu k dodatku č. 2 a termínu plnění veřejné zakázky obviněný v citovaném vyjádření tvrdí, že k žádné změně termínu plnění nedošlo, že původně stanovený termín byl zachován, z čehož dovozuje, že v dané situaci nepochybil. Blíže viz dále v rámci právního posouzení k jednotlivým výročkům tohoto rozhodnutí.

Další průběh správního řízení

15. Usnesením č. j. ÚOHS-43039/2023/511 ze dne 1. 11. 2023 stanovil Úřad obviněnému lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Obviněný se ve stanovené lhůtě, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

16. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona ve spojení s § 270 odst. 5 zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména relevantních částí obdržené dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření obviněného a na základě vlastního zjištění rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích tohoto rozhodnutí. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

17. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
18. Podle § 100 odst. 1 zákona si zadavatel může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a její obsah jednoznačně vymezeny a změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Taková změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek.

19. Podle § 222 odst. 1 zákona není-li dále [v zákoně] stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle zákona.
20. Podle § 222 odst. 3 písm. a) zákona je podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku taková změna smluvních podmínek, která by umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně.
21. Podle § 222 odst. 3 písm. b) zákona je podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku taková změna smluvních podmínek, která by měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele.
22. Podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté [zákonu], přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
23. Podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že stanoví zadávací podmínky v rozporu se zákonem a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.

Skutečnosti vyplývající z předložené dokumentace

24. V čl. 2.2. bodu 1 a 2 zadávací dokumentace zadavatel uvedl následující:

„(1) Předpokládaná doba zahájení je 10/2021 a je závislá na ukončení zadávacího řízení, zahájení plnění nastane okamžitě po obdržení písemné výzvy k plnění, kterou zadavatel zašle dodavateli, s níž byla podepsána smlouva.

(2) Předpokládaná požadovaná doba realizace je 4 měsíce od doručení výzvy objednatele k započetí plnění předmětu díla, a to dle následujícího harmonogramu:

(a) předpokládaný termín zahájení prací I. etapy: 10.2021

(b) termín dokončení prací I. etapy: 11.2021

(c) předpokládaný termín zahájení prací II. etapy: 03.2022

(d) termín dokončení prací II. etapy: 04.2022“

25. V čl. 2.2. bodu 3 zadávací dokumentace uvedl zadavatel následující:

„Termín ukončení se může změnit z objektivních příčin, způsobených třetími stranami nebo jinými okolnostmi, nezávislými na vůli smluvních stran, zejména:

a) klimatické podmínky bránící řádnému plnění předmětu veřejné zakázky; za nepříznivé klimatické podmínky je považován stav, kdy nelze vzhledem k požadavkům na technologické podmínky realizace díla rozumně požadovat po zhotoviteli, aby dílo za těchto podmínek realizoval tak, aby nedošlo ke snížení kvality realizovaného díla,

b) živelné pohromy a jiné mimořádné, nepředvídatelné, neodvratitelné a nezávislé události bránící řádnému plnění předmětu veřejné zakázky.“

26. V čl. 4 bodu 4.2 smlouvy zadavatel uvedl následující:

„Zhotovitel provede a řádně dokončí dílo specifikované v odst. 3.1 Smlouvy v termínech podle harmonogramu

(a) zahájení prací I. etapy 10/2021

(b) dokončení prací I. etapy — 11/2021

(c) zahájení prací II. etapy — 03/2022

(d) dokončení prací II. etapy — 04/2022

Termín ukončení se může změnit z objektivních příčin způsobených třetími stranami nezávislými na vůli smluvních stran nebo jinými okolnostmi, kterými jsou zejména:

- klimatické podmínky bránící řádnému plnění předmětu veřejné zakázky; za nepříznivé klimatické podmínky je považován stav, kdy nelze vzhledem k požadavkům na technologické podmínky realizace díla rozumně požadovat po zhotoviteli, aby dílo za těchto podmínek realizoval tak, aby nedošlo ke snížení kvality realizovaného díla,*
- živelné pohromy a jiné mimořádné, nepředvídatelné, neodvratitelné a nezávislé události bránící řádnému plnění předmětu veřejné zakázky“*

27. V Příloze č. 2: Časový harmonogram výstavby smlouvy el. podepsané dne 8. 9. 2021 zadavatel uvedl následující:

„HARMONOGRAM PŘEDPOKLÁDANÉHO POSTUPU PRACÍ
CYKLOSTEZKA NÁMĚSTÍ REPUBLIKY

ROK	2021													2022								
	ŘÍJEN				LISTOPAD					PROSINEC				BŘEZEN			DUBEN					
	TÝDEN	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52	1	11	12	13	14	15	16	17	18
OBJEKT																						
CYKLOSTEZKA																						
VEŘEJNÉ OSVĚTLENÍ																						
ÚPRAVA SSZ																						
	4.10.2021 - ZAHÁJENÍ PRACÍ													TERMÍN DOKONČENÍ - 29.04.2022								

28. V bodu 5.10 smlouvy zadavatel uvedl následující:

„Požadavky na vícepráce budou předkládány formou tzv. změnových listů. Oprávněné osoby předloží požadavek (návrh) na provedení víceprací (změnový list) druhé smluvní straně k odsouhlasení. Po potvrzení změny oprávněnými osobami druhé smluvní strany se požadavek stává dodatkem ke smlouvě ve smyslu čl. 13 Smlouvy. Tato skutečnost se rovněž poznačí do stavebního deníku. Veškeré práce, které nebudou odpovídat rozsahu díla, jak stanoveno v čl. 3. Smlouvy budou na základě změnových listů buď přičteny, nebo odečteny od celkové ceny díla, uvedené v čl. 5. odst. 5.1 Smlouvy.“

29. V bodu 13.2 smlouvy zadavatel uvedl následující:

„Tato smlouva a veškeré dodatky k této smlouvě nabývají platnosti dnem jejich podpisu statutárními orgány obou smluvních stran nebo jejich zplnomocněnými zástupci a účinnosti

uveřejněním v Registru smluv. Tato smlouva může být změněna pouze písemnou formou dodatkem k ní.“

30. V čl. II. bodu 2 dodatku č. 1 zadavatel uvedl mj. následující:

»V reakci na výrazný nárůst cen se strany dohodly na cenovém nárůstu položek z neprostavěného rozpočtu. Podkladem pro výpočet cenového indexu je Metodika MMR „Výhrada změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce prostřednictvím indexace cen“. Odkaz na zdroj použitého indexu je uveden v příloze v Souhrnném výpočtu indexace cen a zahrnuje období od zpracování a podání nabídky 9.9.2021 do 1.4.2022, viz. příloha č. 2 tohoto dodatku č.1. Rozhodným okamžikem pro fakturaci cenového indexu příslušné položky je termín dokončení díla, nejpozději však dne 31.8.2022.«

31. V Příloze č. 2: Souhrnný výpočet nárůstu cen dodatku č. 1 ze dne 4. 4. 2022 zadavatel uvedl následující:

SOUHRNNÝ VÝPOČET NÁRŮSTU CEN					k datu 1.4.2022	
Cena díla dle SoD:	16 858 297,10 Kč		Meziměs inflace:	7,89%		
Datum zpracování nabídky:	9.9.2021			09/21 - 03/22		
Druh:	Cena dle SoD:	Index navýšení:	Navýšení ceny:	Celkem cena:	Poznámky:	
Ruční práce:	1 569 886,19	7,89%	123 806,58	1 693 692,77	inflace ČSÚ	
Práce strojem:	1 277 576,04	7,60%	97 095,78	1 374 671,82	dle ÚRS	
Staveništní doprava:	600 299,29	19,40%	116 458,06	716 757,35	dle ÚRS	
Asfaltové vrstvy:	1 847 049,50	27,26%	503 484,35	2 350 533,85	viz. výpočet	
Žulový materiál:	1 230 859,55	24,46%	301 019,18	1 531 878,73	viz. výpočet	
Štěrky:	1 136 108,69	17,97%	204 151,64	1 340 260,33	viz. výpočet	
Betonové směsi:	233 371,15	16,87%	39 379,31	272 750,45	viz. výpočet	
Trubní materiál:	46 085,05	23,94%	11 031,04	57 116,09	viz. výpočet	
Mobiliář a zámečn. kce:	117 380,00	28,00%	32 871,81	150 251,81	viz. výpočet	
Betonové výrobky:	1 769 395,72	21,09%	373 229,56	2 142 625,28	viz. výpočet	
Skládkovné	735 527,61	12,50%	91 940,95	827 468,56	viz. výpočet	
Sadavnické práce:	110 772,86	7,89%	8 735,93	119 508,79	inflace ČSÚ	
Veřejné osvětlení a SSZ	4 226 898,80	7,89%	333 347,66	4 560 246,46	inflace ČSÚ	
Ostatní náklady - VoN:	675 000,00	7,89%	53 232,80	728 232,80	inflace ČSÚ	
Již provedené práce v předchozím období:	1 282 086,65			1 282 086,65		
CELKEM:	16 858 297,10	13,58%	2 289 784,65	19 148 081,75		

32. V čl. II. bodu 1. dodatku č. 2 zadavatel uvedl následující:

»Mění se čl. 4 — Termín zhotovení díla, kdy za stávající odst. 4.2 se nově vkládá tento text:

„Společně s akcí cyklostezka nám. Republiky probíhaly na stejném staveništi další dvě stavební akce a to Implementace dopravní telematiky na území MB, a Autobusové terminály. Tyto akce bylo třeba vzájemně zkoordinovat tak, aby nedocházelo k poškození druhých staveb, čímž docházelo k situacím, že bylo potřeba přerušit práce na jedné akci, aby mohly být zahájeny práce na druhé akci, atd. Z tohoto důvodu byl harmonogram prací z podnětu objednatele upraven, přičemž doba výstavby byla zachována, viz. příloha č. 1 tohoto Dodatku č. 2 — Harmonogram prací.«

33. V Příloze č. 1: Harmonogram prací dodatku č. 2 (nedatováno) zadavatel uvedl následující:

”

HARMONOGRAM POSTUPU PRACÍ
CYKLOSTEZKA NÁMĚSTÍ REPUBLIKY

OBJEKT	ROK	2021												2022																						
		MĚSÍC	ŘEEN			LISTOPAD			PROSINE			LEDEN			ÚNOR			BŘEEN			DUBEN			KVĚTEN			ČERVEN			ČERVEN			ZÁŘEN			
TÝDEN		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31				
CYKLOSTEZKA NÁMĚSTÍ REPUBLIKY	18.10.2021 - 7.8.2022																																			

18.10.2021 - ZÁVĚRNÁ PRÁCE
7.8.2022 - ÚVODNÍ PRÁCE

“

34. V přípisu Úřadu zadavateli č. j. ÚOHS-05942/2023/511 ze dne 9. 2. 2023 je mj. uvedeno:

„V návaznosti na obdrženou dokumentaci (vč. dodatků ke smlouvám na veřejné zakázky šetřené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-P0003/2023/VZ a ÚOHS-P0004/2023/VZ a dohody o vypořádání týkající se veřejné zakázky šetřené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-P0003/2023/VZ) Vás Úřad žádá o:

- rekapitulaci (detailní rozpis) všech realizovaných změn předmětu plnění na výše uvedené veřejné zakázky (šetřené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-P0003/2023/VZ, ÚOHS-P0004/2023/VZ, ÚOHS-P0005/2023/VZ, ÚOHS-P0006/2023/VZ, ÚOHS-P0007/2023/VZ), vč. uvedení povahy změny (např. vícepráce, méněpráce, změna termínu plnění apod.), vč. podrobné specifikace důvodů, na základě kterých byla změna prováděna, vč. specifikace dokumentace, ve které je prováděná změna zachycena;

- sdělení, z jakých konkrétních ustanovení zákona jste jako zadavatel vycházeli při realizaci jednotlivých změn předmětu plnění na výše uvedené veřejné zakázky (šetřené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-P0003/2023/VZ, ÚOHS-P0004/2023/VZ, ÚOHS-P0005/2023/VZ, ÚOHS-P0006/2023/VZ, ÚOHS-P0007/2023/VZ);

- doložení veškerých změn předmětu plnění na výše uvedené veřejné zakázky (šetřené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-P0003/2023/VZ, ÚOHS-P0004/2023/VZ, ÚOHS-P0005/2023/VZ, ÚOHS-P0006/2023/VZ, ÚOHS-P0007/2023/VZ), vyjma těch, které již Úřadu doloženy byly.“

35. V přípisu zadavatele označeném »VĚC: Doplnění informací a zaslání další dokumentace k podnětu „Cyklostezka náměstí Republiky“, sp. zn. ÚOHS-P0003/2023/VZ« ze dne 14. 2. 2023 (dále jen „vyjádření zadavatele ze dne 14. 2. 2023“) zadavatel uvedl mj. následující:

»...zasíláme doplnění informací k akci „Cyklostezka náměstí Republiky“

- Rekapitulace (detailní rozpis) všech realizovaných změn předmětu plnění:

1. Dodatek č. 1 rozšíření ul. Laurinova: Vzhledem k dodatečnému požadavku na úpravu dispozice světelné křižovatky MB 12 Jičínská x Laurinova bylo nutné současně upravit i polohu rozhraní mezi stezkou pro chodce a cyklisty dělenou a stezkou pro chodce a cyklisty společnou. Vzniklou úpravou křižovatky (doplnění přídatného pruhu levého odbočení do ulice Laurinova) nezůstal mezi vozovkou a budovou Okresního soudu dostatečný prostor pro vedení stezky pro chodce a cyklisty s odděleným provozem.

Proto bylo nutné posunout konec stezky pro chodce a cyklisty o cca 19 m směrem do centra města.

2. Úprava SSZ Jičínská x Na Celně: V rámci přípravy stavby objektu SO. 461 bylo nalezeno vhodnější řešení pro umístění řadiče MB 22. Ve spolupráci investora stavby se zhotovitelem stavby a projektantem bylo dohodnuto přesunutí řadiče z původní polohy na soukromém pozemku do prostoru na opačné straně ulice Jičínské (podél nové cyklostezky na rozhraní první a druhé etapy).

3. Dodatek č. 2, ve ZL č. 2 byly narovnány výměry dle skutečného provedení na základě geodetického zaměření skutečného provedení díla.

Všechny tyto změny jsou ekonomicky výhodné, neboť jejich provedením se předešlo případným budoucím dalším nutným nákladům.

- Ustanovení zákona, ze kterého zadavatel vycházel při realizaci jednotlivých změn předmětu plnění na výše uvedenou veřejnou zakázku:

Zadavatel postupoval dle ustanovení § 222 odst. 4 zákona č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek

- Doložení veškerých změn předmětu plnění na výše uvedenou veřejnou zakázku:

K výše uvedené veřejné zakázce Vám byly dodatky ke smlouvě o dílo a dohoda o vypořádání již zaslány v rámci dokumentace veřejné zakázky.

Závěrem nám ještě dovoluňte dodat, že veškeré smlouvy a dodatky týkající se veřejných zakázek město uveřejňuje v registru smluv dle zákona č. 340/2015 Sb. o registru smluv.«

36. V přípisu Úřadu zadavateli č. j. ÚOHS-11836/2023/511 ze dne 23. 3. 2023 je mj. uvedeno:

„Úřad Vás tímto v rámci pokračujícího šetření a v návaznosti na předchozí komunikaci žádá o poskytnutí dalších informací, resp. zaslání další dokumentace, jak uvedeno níže v této výzvě.

• Ve vztahu k veřejným zakázkám šetřeným Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-P0003/2023/VZ, ÚOHS-P0004/2023/VZ, ÚOHS-P0005/2023/VZ a ÚOHS-P0007/2023/VZ:

Vysvětlíte a doložíte časový nesoulad týkající se termínů plnění uvedených veřejných zakázek, když podle data uzavření jednotlivých dodatků ke smlouvám na předmětné veřejné zakázky nenavazuje jejich uzavření na (nejzažší) termíny realizace, které plynou z jednotlivých uzavřených smluv na předmětné veřejné zakázky (případně nelze tuto skutečnost v některých případech jednoznačně dovodit, a to vzhledem k nedoložení harmonogramů stavebních prací, které dle znění jednotlivých smluv na veřejné zakázky mají být jejich nedílnou součástí, resp. k jejich obsahu bez potřebných detailů ve smyslu ustanovení bodu 4.5 příslušných smluv na předmětné veřejné zakázky).

Sdělte, zda byly k jednotlivým smlouvám na veřejné zakázky uzavřeny i dodatky ve smyslu ustanovení bodu 5.10 příslušných smluv na veřejné zakázky, tj. dodatky prostřednictvím stavebních deníků. Dodatky uzavřené uvedeným způsobem doložíte a zřetelně vyznačíte předmětné skutečnosti rovněž v příslušných částech stavebních deníků (aby bylo zřejmé kdy, v jaké podobě a kým byly takové dodatky podepsány). Současně v této souvislosti sdělte, zda a kde byly takové dodatky uveřejněny.“

37. V přípisu zadavatele označeném »VĚC: Vyjádření zadavatele k doplnění informací/zaslání další dokumentace k podnětu k vyžádané veřejné zakázce „Cyklostezka náměstí Republiky“« ze dne 4. 4. 2023 (dále jen „vyjádření zadavatele ze dne 4. 4. 2023“) zadavatel uvedl mj. následující:

»• Sdělte, zda byly k jednotlivým smlouvám na VZ uzavřeny i dodatky ve smyslu ustanovení bodu 5.10 příslušných smluv na VZ...

Stavební deník dle § 157 odst. 1 stavebního zákona je vlastně podrobný záznam o průběhu stavby (o jednotlivých fázích výstavby, o použitých výrobcích atd.). Proto může sloužit jako významný důkazní prostředek řadě procesů týkajících se stavby, nikoli v průběhu právních kroků týkajících se průběhu stavby. Obsahové náležitosti stavebního deníku upravuje příloha 16 vyhl. č. 499/2006 Sb. Záznamy ve stavebním deníku obsahují podrobné detaily o realizaci stavby, včetně osob pracujících na staveništi, klimatické podmínky na staveništi, popis prací a jejich časového postupu, nasazení mechanizace, informace o provádění kontrol atd. Z hlediska vedení stavebního deníku tedy není podstatné, zda byl uzavřen dodatek ke smlouvě, kterým došlo k zúžení nebo rozšíření předmětu díla, ve stavebním deníku se to odrazí pouze tak, že se uvede podrobnost o realizaci a průběhu tohoto rozšíření nebo zúžení díla. Na Váš dotaz „zda byly k jednotlivým smlouvám na veřejné zakázky uzavřeny i dodatky dle čl. 5.10. smluv o dílo“ (tímto zřejmě myslíte jen formou poznamenání do stavebního deníku) sdělujeme, že takto se v případě zadavatele dodatky ke smlouvám ve veřejných zakázkách neuzavírají. Je pravdou, že ve smlouvě o dílo, v čl. 5.10. alinea čtvrtá je konkrétně uvedeno, že „Tato skutečnost se rovněž poznačí do stavebního deníku“ ... Toto ujednání se právě týká sjednaných víceprací, které jsou specifikovány ve změnových listech a tyto změnové listy poté odsouhlasují zástupci stavby za obě smluvní strany, tedy zástupci objednatele i zhotovitele pro stavbu a po odsouhlasení těchto změnových listů se vyhotoví písemný dodatek ke smlouvě o dílo, jehož součástí je tento předmětný schválený změnový list, kdy tento písemný dodatek ke smlouvě o dílo schvaluje následně Rada města za objednatele Statutární město Mladá Boleslav a až poté je dodatek podepsán a uzavřen. Do stavebního deníku je možné, že se takové uzavření dodatku ke smlouvě nezapíše. Může se jednat z tohoto pohledu pouze o formální pochybení, které však nezpůsobuje žádné právní účinky. Veškeré dodatky ke smlouvě o dílo v rámci veřejných zakázek se uzavírají výše uvedeným postupem. Všechny smlouvy, jejich případné dodatky, dohody jsou uveřejněny v Registru smluv. Vámi vyžádaná veřejná zakázka je zároveň uveřejněna i na Portále vhodného uveřejnění.

- Vysvětlíte a doložte časový nesoulad týkající se termínů plnění uvedených VZ...

Smlouva o dílo č. OStRM/2021/110 byla uzavřena dne 11. 10. 2021. Předání staveniště zhotoviteli proběhlo dne 18. 10. 2021, v tento den byly i práce na díle zahájeny. Práce byly z důvodu klimatických podmínek dne 20. 11. 2021 pozastaveny (viz. zápis ve SD, list č. 0666574). Znovu zahájeny byly dne 11. 4. 2022. Dne 24. 5. 2022 byly práce přerušeny vlivem jiného projektu na místě realizace stavby (projekt Autobusové terminály) a to do 6. 6. 2022 (viz. zápis ve SD, list č. 0737348). Pokud by nedošlo k přerušení prací na cyklostezce, tak by došlo v pozdější době vzhledem k umístění nově rekonstruovaného a modernizovaného autobusového terminálu na náměstí Republiky k nutnosti přebudovat, resp. rozkopat již zhotovenou část cyklostezky a tím k nehospodárnému vynakládání veřejných prostředků. Další přerušení akce nastalo od 5. 7. 2022 do 11. 7. 2022 (viz zápis ve SD, list č. 0737356) a pak ještě od 18. 7. 2022 do 26. 7. 2022 (zápis ve SD, list č. 0737358), tentokrát byla důvodem pokládka kabelů pro SSZ v rámci projektu Telematika na náměstí Republiky v Mladé Boleslavi.

K dokončení díla a jeho předání došlo dne 7. 8. 2022. Rádi bychom uvedli, že celková doba plnění díla stanovená smlouvou o dílo v délce 4 měsíců byla zachována. Dodatek č. 1 č. OStRM/2022/119 byl uzavřen dne 19. 7. 2022 (schválen RM č. 4991 dne 11. 7. 2022), Dodatek č. 2 č. OStRM/2022/140 byl uzavřen dne 29. 8. 2022 (tento dodatek vznikl na základě geodetického zaměření skutečného provedení díla, došlo k narovnání ceny díla dle skutečnosti, schválen RM č. 5115 dne 22. 8. 2022). Dne 8. 11. 2022 byla uzavřena Dohoda o vypořádání č. OStRM/2022/163¹. Po předání a dokončení díla bylo zjištěno, že oproti smluvně ujednané ceně díla ve Smlouvě o dílo došlo k úpravám některých položek ceny díla. Zhotovitel dne 7. 11. 2022 vystavil opravný daňový doklad č. 220400002 na částku -17.445,40 Kč bez DPH, čímž došlo k narovnání smluvené ceny díla.“

38. V čl. VII.2.1) „Popis změn“ formuláře „F20 – Oznámení o změně“, ev. č. F2022-035242, odeslaného zadavatelem k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 9. 2022 (dále jen „oznámení o změně“) je uvedeno mj. následující:

Povaha a rozsah změn (s uvedením možných předchozích změn zakázky)*

Změna jednotkových cen s ohledem na nepředvídatelný vývoj - válečný konflikt na Ukrajině, který ovlivnil některé položky položkového rozpočtu.

39. V čl. VII.2.2) „Důvod změny“ formuláře Oznámení o změně je uvedeno mj. následující:

Popis okolností, které si vynutily změnu, a vysvětlení neočekávané povahy těchto okolností*

V reakci na výrazný nárůst cen (viz VII.2.1) se strany dohodly na cenovém nárůstu položek z neprostatveného rozpočtu. Podkladem pro výpočet cenového indexu je Metodika MMR, zahrnuje období od zpracování a podání nabídky 9.9.2021 do 1.4.2022.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

Právní posouzení k výroku I. tohoto rozhodnutí

40. Předmětem posouzení Úřadu byla v šetřeném případě otázka, zda obviněný stanovil zadávací podmínky v souladu s § 100 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když si v zadávací dokumentaci vyhradil změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, aniž podmínky pro tuto vyhrazenou změnu závazku v zadávací dokumentaci jednoznačně vymezil, když nestanovil, jakým způsobem se může termín (ukončení) plnění změnit ve vazbě na nepříznivé klimatické podmínky.
41. Úřad předně konstatuje, že smyslem zákona o zadávání veřejných zakázek je, aby veřejné zakázky byly zadávány za splnění zákonem a zadavatelem stanovených podmínek a při dodržení základních zásad. Důraz na respektování základních zásad se prolíná celým zadávacím procesem i veškerými kroky zadavatele v tomto procesu, neboť zadavatel nese odpovědnost za průběh celého zadávacího řízení, a je tak povinen postupovat striktně podle zákona, při současném respektování základních zásad, a to i zásady transparentnosti zakotvené v § 6 odst. 1 zákona.
42. Jednou ze základních povinností zadavatele, která stojí na počátku zadávacího řízení a má nemalý dopad na jeho další průběh, je řádné stanovení zadávacích podmínek. Řádně stanovené

¹ Pozn. Úřadu: zadavatel v citovaném vyjádření zadavatele ze dne 4. 4. 2023 uvádí č. OStRM/2020/163, což je podle zjištění Úřadu zjevný překlep, neboť z dokumentace obdržené od zadavatele Úřad zjistil, že správné č. citovaného dokumentu je č. OStRM/2022/163.

zadávací podmínky jsou tou základní povinností zadavatele, která má výrazný dopad na další průběh zadávacího řízení, neboť právě na základě zadávacích podmínek se potenciální dodavatelé rozhodují, zda se o konkrétní veřejnou zakázku budou ucházet.

43. Zadávacími podmínkami jsou ve smyslu zákona veškeré podmínky stanovené zadavatelem, týkající se průběhu zadávacího řízení a účasti v zadávacím řízení, vč. podmínky pro vyhrazení změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu ustanovení § 100 odst. 1 zákona. Formálním odrazem veškerých zadávacích podmínek je pak zadávací dokumentace. V zadávací dokumentaci tedy dodavatelé nacházejí informace podstatné pro jejich rozhodování o účasti či neúčasti v zadávacím řízení.
44. S ohledem na význam zadávací dokumentace a obecný důraz zákona na respektování základních zásad je povinností zadavatele vymezit v zadávací dokumentaci zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, dostatečně jasně, konkrétně, jednoznačně a s potřebnou určitostí.
45. V souvislosti s požadavkem na jednoznačnost, konkrétnost a přesnost zadávací dokumentace, jež je projevem již zmiňované základní zásady transparentnosti zakotvené v § 6 odst. 1 zákona Úřad odkazuje např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 30/2017-357 ze dne 20. 9. 2018, kde je uvedeno, že *„požadavek na jednoznačnost, konkrétnost a přesnost zadávací dokumentace plyne z obecné zásady transparentnosti zakotvené v § 6 ZVZ. Tato zásada spolu se zásadou zákazu diskriminace a zásadou stejného zacházení se všemi uchazeči musí být zadavatelem dodržována v rámci celého zadávacího řízení. Smyslem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek.“*². V návaznosti na uvedené rozhodnutí lze na tomto místě konstatovat, že se zásada transparentnosti do podmínek pro vyhrazenou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku promítne minimálně v tom rozsahu, že musí být vždy zřejmé nejen „kdy“ se změna může aplikovat, ale i „co“ se bude v souvislosti s ní dít.
46. V návaznosti na shora uvedené Úřad přistoupil k posouzení zadávací podmínky, kterou obviněný v zadávací dokumentaci stanovil. K tomu Úřad předně rekapituluje podmínky pro vyhrazenou změnu závazku, jak je upravuje zákon v § 100 odst. 1.
47. Zákon v § 100 odst. 1 pro možnost zadavatele vyhradit si změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku stanovuje tři základní podmínky, a sice i. nutnost vyhradit si takovou změnu *pro futuro* již v zadávací dokumentaci, ii. povinnost podmínky pro tuto změnu a její obsah (v zadávací dokumentaci) jednoznačně vymezit a iii. zachovat *status quo* celkové povahy veřejné zakázky, tedy takovou změnou neměnit celkovou povahu veřejné zakázky. Taková změna, jež si zadavatel v zadávací dokumentaci může předem vyhradit, se přitom může týkat jak rozsahu dodávek/služeb/stavebních prací, tak ceny nebo i jiných obchodních nebo technických podmínek.

² Pozn. Úřadu: ačkoliv se závěry uvedené v uvedeném rozsudku vztahují k předchozí právní úpravě, lze je analogicky aplikovat i na současnou právní úpravu. To platí i pro závěry uvedené v případné další judikatuře, na kterou se odkazuje toto rozhodnutí.

48. Jak uvádí i komentářová literatura³, výhrada ve smyslu citovaného ustanovení zákona musí jednak uvádět, za jakých podmínek může taková změna nastat (typicky například prodloužení objednatele, růst inflace, nepříznivé klimatické podmínky apod.), a jednak musí přesně definovat, co bude obsahem takové změny. Tedy nejen, za jakých podmínek se uplatní, ale i jak se konkrétně tato změna projeví.
49. Obviněný v čl. 2.2 bodu 3 zadávací dokumentace (a shodně i v čl. 4 bodu 4.2 smlouvy, jejíž návrh tvoří přílohu zadávací dokumentace) stanovil, že „[t]ermín ukončení se může změnit z objektivních příčin, způsobených třetími stranami nebo jinými okolnostmi, nezávislými na vůli smluvních stran, zejména: a) klimatické podmínky bránící řádnému plnění předmětu veřejné zakázky; za nepříznivé klimatické podmínky je považován stav, kdy nelze vzhledem k požadavkům na technologické podmínky realizace díla rozumně požadovat po zhotoviteli, aby dílo za těchto podmínek realizoval tak, aby nedošlo ke snížení kvality realizovaného díla, b) živelné pohromy a jiné mimořádné, nepředvídatelné, neodvratitelné a nezaviněné události bránící řádnému plnění předmětu veřejné zakázky“ (dále i jen „vyhrazená změna“).
50. Úřad na tomto místě konstatuje, že dvě ze tří podmínek ustanovení § 100 odst. 1 zákona obviněným formulovaná zadávací podmínka týkající se vyhrazené změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku v podobě možné změny termínu plnění veřejné zakázky splňuje, když si obviněný předmětnou změnu vyhradil v zadávací dokumentaci a takto vyhrazená změna nemění povahu šetřené veřejné zakázky, když jejím předmětem je pouze změna termínu plnění veřejné zakázky.
51. Třetí podmínka ustanovení § 100 odst. 1 zákona však dle přesvědčení Úřadu splněna není. Úřad má v této souvislosti za to, že tak jak je vyhrazená změna v zadávacích podmínkách stanovena, vymezuje pouze podmínky změny, tj. za jakých okolností k vyhrazené změně může dojít, tedy např. v důsledku nepříznivých klimatických podmínek nebo z objektivních příčin způsobených třetími stranami nebo jinými okolnostmi. Obviněným stanovena vyhrazená změna však postrádá podstatnou náležitost, a to je vymezení jejího obsahu, který nejenže není vymezen jednoznačně, jak požaduje zákon, ale obsah vyhrazené změny není v tomto případě vymezen vůbec. Upřesnění podmínek (např. ve smyslu uvedené charakteristiky, co se myslí nepříznivými klimatickými podmínkami), takovým obsahem dle Úřadu není. Obviněný totiž v citované části zadávací dokumentace, resp. v návrhu smlouvy vůbec nevymezil, jakým způsobem bude termín plnění v důsledku klimatických podmínek změněn (o kolik, případně od kdy, do kdy). Dle Úřadu tedy z uvedené zadávací podmínky není zřejmé, jakým způsobem se termín plnění v důsledku klimatických podmínek, resp. nepříznivých klimatických podmínek změní. Není tedy zřejmé, o jaký časový úsek by se termín plnění v důsledku těch kterých konkrétních klimatických podmínek měl prodloužit. Úřad má za to, že takto nejednoznačně vymezené podmínky vyhrazené změny nejenže nenaplňují podmínky citovaného ustanovení § 100 odst. 1 zákona, ale jsou i popřením zásady transparentnosti, na níž je právní úprava zadávání veřejných zakázek postavená.
52. Z dikce ustanovení § 100 odst. 1 zákona vyplývá, že pro stanovení vyhrazené změny ve smyslu citovaného ustanovení musí být splněny kumulativně a ve všech částech všechny tři podmínky. Pokud tomu tak není, vyhrazená změna není stanovena v souladu se zákonem. Úřad tedy

³ Viz např.: Šebesta, M., Novotný, P., Machurek, T., Dvořák, D. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, 1647 s.

uzavírá, že obviněný nestanovil zadávací podmínky v souladu s § 100 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když si v zadávací dokumentaci vyhradil změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, aniž podmínky pro tuto vyhrazenou změnu závazku v zadávací dokumentaci jednoznačně vymezil, když nestanovil, jakým způsobem se může termín (ukončení) plnění změnit ve vazbě na nepříznivé klimatické podmínky.

53. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 23. 10. 2023 konstatuje, že i když je výhrada změny závazku ze smlouvy formulována obecně, je jeho postup souladný se zákonem i rozhodovací praxí Úřadu. Obviněný argumentuje mj. tím, že je někdy obtížné předem definovat veškeré uvažované případy, které mohou nastat, ale pokud z předmětné výhrady bude jednoznačně seznatelné, na jaké situace dopadá, je takový postup podle něj v pořádku. Obviněný též uvádí, že podmínky posuzované vyhrazené změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku zahrnují mj. tzv. objektivní skutečnosti, které dle obviněného nelze z povahy věci blíže specifikovat. Pokud by prý obviněný chtěl stanovit podmínky pro možné prodloužení lhůty plnění v rámci stavebních prací přesněji, musel by „*vypsat veškeré v rámci plnění obsažené technologické postupy, a uvést u nich vhodné klimatické podmínky, nadto pro konkrétní řešení (např. teplotní stupně u betonování, asfaltování apod.)*“. Stejně tak by musel uvést veškeré třetí osoby, které mohou mít vliv na plnění zakázky, a uvést naprosto konkrétní podmínky, které vedou k prodloužení. *U jakékoliv stavby toto není žádným způsobem reálné*“.
54. Úřad k shora uvedené námitce obviněného předně zdůrazňuje, že předmětem posouzení je v šetřeném případě změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, jež si obviněný v zadávací dokumentaci vyhradil, aniž by podmínky pro tuto vyhrazenou změnu v zadávací dokumentaci jednoznačně vymezil. V této souvislosti Úřad shledává pochybení obviněného v tom, že nestanovil, jakým způsobem se může termín plnění změnit ve vazbě na nepříznivé klimatické podmínky, tedy nikoliv ve vymezení klimatických podmínek jako takových. Jinými slovy obviněný postupoval v rozporu se zákonem ne tím, v jaké míře obecnosti stanovil podmínky vyhrazené změny, ale tím, že vůbec nevymezil, jaká změna nastane, tedy jak se termín plnění v návaznosti na stanovené podmínky změní. K samotné námitce obecnosti Úřad pro úplnost uvádí, že se se stanoviskem obviněného neztotožňuje a konstatuje, že je na posouzení obviněného, jakou míru podrobnosti nebo obecnosti při nastavení zadávací podmínky zvolí, pokud zvolená míra podrobnosti či obecnosti dostatečně specifikuje situace, které mají nastat. Bez ohledu na míru obecnosti musí být tedy zřejmé, jaká změna nastane. Úřad má v této souvislosti za to, že v šetřeném případě schází především konkretizace situace, jak se případná změna klimatických podmínek v termínu plnění veřejné zakázky projeví, tedy jak se termín plnění v konkrétní situaci změní, posune, resp. prodlouží. Úřad současně v této souvislosti dodává, že je to obviněný, kdo nastavuje podmínky změny, již si v zadávací dokumentaci, resp. návrhu smlouvy o dílo vyhrazuje, tj. pokud obviněný formuloval výhradu tak, že ke změně termínu dojde mj. v případě nepříznivých klimatických podmínek nebo jiných objektivních skutečností, tak ten stejný obviněný by pak měl v dané zadávací podmínce také určit, jak se dané situace projeví z hlediska termínu plnění.
55. K námitce obviněného, že jeho cílem bylo stanovit pro všechny uchazeče stejné podmínky a sdělit jim, z jakých objektivních důvodů může dojít k případné změně termínu ukončení, Úřad předně opětovně zdůrazňuje, že Úřad neshledává pochybení obviněného ve vymezení podmínek, za kterých by měla být vyhrazená změna závazku uplatněna, ale v tom, že obviněný

v zadávacích podmínkách vůbec nevymezil, jak by se jím vyhrazená změna termínu plnění měla projevit, tedy co se s termínem plnění stane, když obviněným definované klimatické podmínky nastanou. Úřad současně v této souvislosti uvádí, že nezpochybňuje snahu obviněného poskytnout všem účastníkům zadávacího řízení stejné podmínky, ovšem nelze předpokládat, že zadávací podmínka, u které není zřejmé, jak se projeví z hlediska termínu plnění, takové snaze dostojí. Pokud tedy obviněný (byť stejnou měrou) všem potenciálním uchazečům o veřejnou zakázku v zadávacích podmínkách sdělí, že se termín plnění za nepříznivých klimatických podmínek může změnit, nemá tento jeho postoj ve vztahu k férové soutěži žádný význam, pokud není současně jasně řečeno, jak se ten termín změní. Úřad současně v této situaci poznamenává, že posuzované nastavení výhrady stejné podmínky všem dodavatelům nezaručuje, když pak dává prostor obviněnému jím preferovaným uchazečům po uzavření smlouvy vyjít vstříc a termín plnění dle jeho libovůle změnit. Taková nejednoznačná zadávací podmínka je pak podle Úřadu mj. způsobilá ovlivnit rozhodování potenciálních dodavatelů ohledně jejich účasti či neúčasti v zadávacím řízení, a to ve smyslu rizika, které by potenciální dodavatelé při realizaci veřejné zakázky reálně nesli (např. dostupnost vlastních kapacit v jiném než dle zadávacích podmínek očekávaném termínu plnění, či případné sankce z prodlení s plněním díla apod.)⁴. Podle názoru Úřadu pak nelze ani vyloučit, že potenciální dodavatelé mohou tato rizika zohledňovat i při tvorbě nabídkové ceny (a tedy nabídnout méně výhodnou nabídku než případně obviněným preferovaný uchazeč)⁵.

K naplnění znaků skutkové podstaty přestupku

56. K naplnění skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona dochází za předpokladu, že jsou zadávací podmínky veřejné zakázky stanovené v rozporu se zákonem a veřejná zakázka je zadána. Jak Úřad dovodil výše, obviněný stanovil zadávací podmínky, resp. vyhrazenou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku v rozporu s § 100 odst. 1 zákona i v rozporu se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona a dne 11. 10. 2021 na veřejnou zakázku uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu.
57. Na základě shora uvedeného tedy Úřad uzavírá, že obviněný naplnil všechny znaky skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky stanovil zadávací podmínky v rozporu s § 100 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když uvedl v čl. 2.2. bodu 3 zadávací dokumentace, že *„[t]ermín ukončení se může změnit z objektivních příčin, způsobených třetími stranami nebo jinými okolnostmi, nezávislými na vůli smluvních stran, zejména:*
 - a) *klimatické podmínky bránící řádnému plnění předmětu veřejné zakázky; za nepříznivé klimatické podmínky je považován stav, kdy nelze vzhledem k požadavkům na technologické podmínky realizace díla rozumně požadovat po zhotoviteli, aby dílo za těchto podmínek realizoval tak, aby nedošlo ke snížení kvality realizovaného díla,*

⁴ Pozn. Úřadu: smlouva v čl. 11. 1 obsahuje ustanovení o smluvní pokutě za každý započatý den prodlení zhotovitele s řádným ukončením a předáním díla, tudíž riziko sankce při nedodržení smlouvy nese v šetřeném případě (při nejasně stanovených podmínkách změny termínu plnění) dodavatel.

⁵ Pozn. Úřadu: k významu doby plnění, resp. termínu plnění jako důležitého faktoru rozhodování potenciálních dodavatelů ohledně své účasti v zadávacím řízení či podobě své nabídky viz i rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 102/2016-99 ze dne 23. 1. 2018 nebo rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 20/2019-104 ze dne 7. 5. 2020.

b) *živelné pohromy a jiné mimořádné, nepředvídatelné, neodvratitelné a nezaviněné události bránící řádnému plnění předmětu veřejné zakázky.“*

a vyhradil si tak v zadávací dokumentaci změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, aniž podmínky pro tuto vyhrazenou změnu závazku v zadávací dokumentaci jednoznačně vymezil, když nestanovil, jakým způsobem se může termín (ukončení) plnění změnit ve vazbě na nepříznivé klimatické podmínky, a zadal veřejnou zakázku, když dne 11. 10. 2021 uzavřel smlouvu s vybraným dodavatelem. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. a III. tohoto rozhodnutí

K problematice (podstatné) změny smlouvy

58. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že zákon konstruuje zadávací řízení jako formalizovaný proces, který proces kontraktace (jinak upravený obecnými soukromoprávními předpisy) modifikuje a stanovuje další požadavky, které musí zadavatel v jeho průběhu dodržet. To vše s cílem zajistit rovnou hospodářskou soutěž, s co nejširší účastí dodavatelů v soutěži o veřejnou zakázku a tím i efektivní použití veřejných prostředků, jež jsou při zadávání veřejných zakázek vynakládány. Zadavatel je tak povinen postupovat v celém průběhu zadávacího procesu striktně podle požadavků zákona tak, aby byly splněny základní zásady zadávacího řízení vyjádřené v ustanovení § 6 zákona. Zadávání veřejných zakázek představuje tedy specifický postup, v němž uzavření smlouvy i její případná následná modifikace podléhá striktně danému postupu s minimem prostoru pro smluvní volnost.
59. Pravidla, za kterých může docházet ke změnám závazku z uzavřených smluv na plnění veřejné zakázky, jsou stanovena v § 222 zákona. Na tomto místě zákon stanovuje meze pro jednání zadavatele a vybraného dodavatele o změnách obsahu smlouvy, a to v návaznosti na závěry dřívější judikatury Soudního dvora EU, kterou je nutno společně s judikaturou českých soudů, a rovněž tak rozhodovací praxi Úřadu při výkladu citovaného ustanovení zákona aplikovat⁶. V této souvislosti je potřeba zmínit zejména rozsudek Soudního dvora EU sp. zn. C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 ve věci Priesstext Nachrichtenagentur GmbH (dále jen „rozsudek Priesstext“) týkající se problematiky limitů přípustnosti změn smluv na realizaci veřejných zakázek, v němž citovaný soud konstatoval, že změna může být považována za podstatnou, *„[...] pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata. [...] pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány. [...] jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána“*. V uvedeném rozsudku tedy citovaný soud vymezil konkrétní hranice přípustnosti změny smlouvy tak, aby nedošlo k obcházení smyslu zákona, resp. narušení rovné soutěže mezi dodavateli.

⁶ Pozn. Úřadu: problematika změny závazku ze smlouvy byla opakovaně řešena v rozhodovací praxi Úřadu i soudů. V této souvislosti lze odkázat například na rozhodnutí Krajského soudu v Brně, sp. zn. 62 Af 130/2016-553 ze dne 18. 4. 2019, potvrzený rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 As 153/2019-73 ze dne 8. 8. 2019

60. V § 222 odst. 1 zákona je zakotvené obecné pravidlo pro provádění změn ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky. Právě s ohledem na obecně zapovězené umožnění podstatné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení je nutné přistupovat k posouzení jakékoliv změny přísně restriktivně, tj. oprávněnost aplikace jakékoliv výjimky z obecného pravidla zadavatelem musí jím být prokázána „nade vší pochybnost“. Není bez významu, že tím, kdo nese břímě důkazní povinnosti je právě zadavatel.
61. V § 222 odst. 3 zákona je pak mj. taxativně vymezeno, jaké změny závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku je nutno považovat za podstatné, a tedy nepřípustné bez toho, aby zadavatel realizoval nové zadávací řízení. Z dikce § 222 odst. 3 zákona vyplývá, že za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku lze považovat takovou změnu smluvních podmínek, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním zadávacím řízení, účast jiných dodavatelů než těch, kteří byli původně přijati do řízení, nebo které by umožnily vybrat jiného dodavatele než toho, který byl původně vybrán. Nepřípustná je rovněž taková změna, jež mění způsobem, který nebyl v původních zadávacích podmínkách předpokládán, ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch dodavatele, jemuž byla veřejná zakázka zadána. Za nepřípustnou je nezbytné dále považovat změnu, která značnou měrou veřejnou zakázku rozšiřuje obecně o jakékoli plnění dodavatele, které původně nebylo předpokládáno.
62. Zákon současně v § 222 odst. 2, 4, 5, 6 a 7 zákona definuje i situace, za kterých se změna závazku *ex lege* nepovažuje za podstatnou. Jsou to zejména situace, které smlouvu nemění v jejích podstatných náležitostech a jejich dopad na rovnou soutěž mezi dodavateli, resp. zásady soutěže a zadávání veřejných zakázek je minimální. Nutno v této souvislosti zdůraznit, že ve všech případech změn závazků, které (při splnění zákonných předpokladů) nelze považovat za podstatné, se jedná o výjimky ze zákona (resp. z obecného pravidla zapovídajícího změnu závazku ze smlouvy), které je jako takové třeba vykládat restriktivně, jak bylo uvedeno i výše. Zadavatel je tak povinen prokázat, že pro uplatnění některého ze změnových ustanovení splňuje všechny zákonné předpoklady, přičemž pokud toho zadavatel není schopen, nemůže zamýšleným způsobem postupovat.
63. Zamýšlí-li tedy zadavatel provést změnu závazku, musí nejprve postavit najisto, zda se jedná o podstatnou či nepodstatnou změnu. Nepodstatné změny, tj. ty, které nenaplní žádný ze znaků podstatné změny ve smyslu § 222 odst. 3 zákona nebo které je možné podřadit pod alespoň jeden z odstavců 2, 4, 5, 6 nebo 7 ustanovení § 222 zákona – bez ohledu na ustanovení § 222 odst. 3 zákona – může zadavatel provést bez realizace nového zadávacího řízení. Podstatné změny, tj. změny, které nenaplní žádnou z definic nepodstatných změn, zadavatel naopak nemůže provést bez realizace nového zadávacího řízení. Každou zamýšlenou změnu je tak zadavatel povinen „zatřídit“, tedy odůvodnit buď některým z odstavců 2, 4, 5, 6 nebo 7 ustanovení § 222 zákona, nebo tím, že provedením změny nedojde k naplnění žádného ze znaků podstatné změny dle § 222 odst. 3 zákona, přičemž pokud nelze zamýšlenou změnu zařadit do žádné z uvedených kategorií nepodstatných změn, není zadavatel oprávněn ji umožnit bez provedení nového zadávacího řízení dle zákona.

Právní posouzení k výroku II. tohoto rozhodnutí

64. V šetřeném případě obviněný uzavřel dne 19. 7. 2022 dodatek č. 1 ke smlouvě, kterým mj. změnil, resp. zvýšil cenu plnění veřejné zakázky, a to tak, že zvýšil cenu vybraných položek z rozpočtu, přičemž navýšil cenu těchto vybraných položek z rozpočtu o různě vysoké procento

(tzv. index), čímž současně navýšil cenu plnění veřejné zakázky celkem o částku 2 289 784,65 Kč bez DPH (dále i jen „indexace cen“). Předmětem dodatku č. 1 bylo současně provedení víceprací v celkové výši 1 807 102,48 Kč bez DPH. Cena díla byla podle čl. 5 smlouvy sjednána ve výši 16 858 297,10 Kč bez DPH a dodatkem č. 1 byla tedy celkem navýšena o částku 4 096 887,13 Kč bez DPH.

65. K tzv. indexaci cen přistoupil obviněný podle odůvodnění uvedeného v dodatku č. 1 »[v] reakci na výrazný nárůst cen se strany dohody na cenovém nárůstu položek z neprostatveného rozpočtu. Podkladem pro výpočet cenového indexu je Metodika MMR „Výhrada změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce prostřednictvím indexace cen“ [pozn. Úřadu: dále jen „Metodika MMR“]. Odkaz na zdroj použitého indexu je uveden v příloze v Souhrnném výpočtu indexace cen a zahrnuje období od zpracování a podání nabídky 9.9.2021 do 1.4.2022, viz. příloha č. 2 tohoto dodatku č.1. Rozhodným okamžikem pro fakturaci cenového indexu příslušné položky je termín dokončení díla, nejpozději však dne 31.8.2022«. K provedení víceprací přistoupil obviněný podle jeho vyjádření ze dne 14. 2. 2023 (viz bod 35. odůvodnění tohoto rozhodnutí) jednak z důvodu toho, že „[v]zhledem k dodatečnému požadavku na úpravu dispozice světelné křižovatky MB 12 Jičínská x Laurinova bylo nutné současně upravit i polohu rozhraní mezi stezkou pro chodce a cyklisty dělenou a stezkou pro chodce a cyklisty společnou. Vzniklou úpravou křižovatky (doplnění přídatného pruhu levého odbočení do ulice Laurinova) nezůstal mezi vozovkou a budovou Okresního soudu dostatečný prostor pro vedení stezky pro chodce a cyklisty s odděleným provozem. Proto bylo nutné posunout konec stezky pro chodce a cyklisty o cca 19 m směrem do centra města“, a jednak s ohledem na úpravu „SSZ Jičínská x Na Celně: V rámci přípravy stavby objektu SO. 461 bylo nalezeno vhodnější řešení pro umístění řadiče MB 22. Ve spolupráci investora stavby se zhotovitelem stavby a projektantem bylo dohodnuto přesunutí řadiče z původní polohy na soukromém pozemku do prostoru na opačné straně ulice Jičínské (podél nové cyklostezky na rozhraní první a druhé etapy)“.
66. V rámci provedeného šetření pojal Úřad podezření, zda zadavatel dodržel pravidlo stanovené v § 222 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, konkrétně zda provedenou indexací cen neumožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání, a zda se tímto postupem nedopustil takové změny smluvních podmínek, která by měnila ekonomickou rovnováhu závazku z uzavřené smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele.
67. Ve vztahu k trvání závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku Úřad předně na tomto místě konstatuje, že má za to, že závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku ke dni uzavření dodatku č. 1 (dne 19. 7. 2022), a tedy ke dni provedené indexace cen prokazatelně existoval. Ke vzniku závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku došlo uzavřením této smlouvy dne 11. 10. 2021 a tento závazek ke dni uzavření dodatku č. 1 dle Úřadu prokazatelně trval, když k dokončení a předání díla, jež je předmětem plnění veřejné zakázky, došlo až dne 7. 8. 2022, jak mj. vyplývá i z vyjádření obviněného (například z vyjádření ze dne 4. 4. 2023, viz bod 37. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad v této souvislosti poznamenává, že ani z dalších okolností šetřeného případu (zejména pak dalšího postupu obviněného týkajícího se uzavření dodatku č. 2), ani ze smlouvy samotné neplyne, že by závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku ke dni uzavření dodatku č. 1 již neexistoval (např. z důvodu jeho zániku plynutím času či splněním).
68. Jak již bylo uvedeno výše k problematice (podstatné) změny smlouvy na veřejnou zakázku, v případě, že zadavatel přistoupí ke změně závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku za dobu

jeho trvání, musí určit, zda se v daném případě jedná o podstatnou změnu, která dle § 222 odst. 1 zákona vyžaduje, aby zadavatel provedl nové zadávací řízení, nebo zda se jedná o změnu nepodstatnou, jejíž aplikace provedení nového zadávacího řízení nevyžaduje.

69. Úřad tedy přistoupil k posouzení změny provedené obviněným v rámci dodatku č. 1 formou indexace cen z pohledu podmínek stanovených v § 222 zákona. V té souvislosti nejprve k postupu a argumentaci obviněného, jak vyplývá z dokumentace o zadávacím řízení a vyjádření obviněného, uvádí následující.
70. Obviněný provedenou indexací cen v dodatku č. 1 odůvodňuje výrazným nárůstem cen s tím, že pro úpravu ceny vybraných položek vycházel z „Metodiky MMR“, přičemž pro jednotlivé položky použil různé indexy, které v příloze dodatku č. 1 označuje (kupř. jako zdroj použitého indexu uvádí: „inflace ČSÚ“, „dle URS“, „viz. výpočet“). Ve svém vyjádření ze dne 23. 10. 2023 obviněný argumentuje skokovým nárůstem cen stavebních materiálů v důsledku válečného konfliktu na Ukrajině a současně značným odlivem ukrajinských stavebních pracovníků a s tím související destabilizací celého trhu stavebních prací. Současně obviněný v citovaném vyjádření popisuje mechanismus výpočtu jednotlivých indexů, jež použil k úpravě jednotlivých cenových položek. Obviněný v této souvislosti zdůrazňuje, že *„se strany [smlouvy] dohodly na cenovém nárůstu položek z neprostavěného rozpočtu“*. Zároveň obviněný v citovaném vyjádření uvádí, že provedená indexace cen naplňuje znaky změny *de minimis* dle § 222 odst. 4 zákona, a zároveň může být změnou dle § 222 odst. 6 zákona. Úřad na tomto místě současně poznamenává, že obviněný na příslušném formuláři pro oznámení změny, který dne 1. 9. 2022 odeslal do Věstníku veřejných zakázek v části nazvané „Popis změn“ k povaze a rozsahu změn uvádí: *„Změna jednotkových cen s ohledem na nepředvídatelný vývoj – válečný konflikt na Ukrajině, který ovlivnil některé položky položkového rozpočtu“*. Jako důvod uvedené změny cen v citovaném oznámení o změně mj. uvádí *„[p]otřeb[ou] změny vyvolan[ou] okolnostmi, které veřejný zadavatel/zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat“*. V popise okolností, které si vynutily změnu, a k vysvětlení neočekávané povahy těchto okolností je v citovaném oznámení uvedeno, že se strany v reakci na výrazný nárůst cen dohodly na cenovém nárůstu položek z neprostavěného rozpočtu, a rovněž že podkladem pro výpočet cenového indexu je Metodika MMR a že zahrnuje období od zpracování a podání nabídky 9. 9. 2021 do 1. 4. 2022.
71. Úřad ve smyslu shora uvedeného připomíná, že zadavatel musí být schopen ve vztahu ke každé provedené změně závazku z (původní) uzavřené smlouvy (nezahájil-li nová zadávací řízení) prokázat, že je, resp. byl oprávněn aplikovat některou z výjimek ve smyslu § 222 odst. 2, 4, 5, 6, 7 zákona (dále i jen „výjimky“), nebo musí mít postaveno na jisto, že se nejedná o podstatnou změnu závazku ve smyslu § 222 odst. 3 zákona.
72. S ohledem na shora uvedenou argumentaci obviněného ve vyjádřeních (zejména pak ve vyjádření ze dne 23. 10. 2023), jako i informaci o změně oznámené obviněným ve Věstníku veřejných zakázek, ze kterých vyplývá v souvislosti s provedenou indexací cen v dodatku č. 1 možnost postupu obviněného podle § 222 odst. 4 nebo § 222 odst. 6 zákona, přistoupil Úřad v rámci posouzení předmětné změny (indexace cen) nejdříve k ověření splnění předpokladů pro aplikaci citovaných ustanovení, resp. splnění předpokladů pro aplikaci daných výjimek.
73. Předně se Úřad zabýval naplněním podmínek ustanovení § 222 odst. 6 zákona, když obviněný ve svém vyjádření ze dne 23. 10. 2023 uvedl, že předmětná změna naplňuje mj. znaky změny podle citovaného ustanovení zákona a současně předmětnou změnu s odkazem na podmínky

citované výjimky oznamoval ve Věstníku veřejných zakázek. Hlavním argumentem obviněného v této souvislosti je válečný konflikt na Ukrajině a rostoucí ceny stavebních materiálů v jeho důsledku.

74. Zákonnou podmínkou pro aplikaci citované výjimky je mj. skutečnost, že potřeba provádění změny vznikla v důsledku okolností, které zadavatel nemohl předvídat, přestože jednal s náležitou péčí. Úřad v této souvislosti připomíná, že obviněný v této souvislosti argumentuje změnou na trhu stavebních materiálů a prací, prudkým růstem cen, a to v důsledku válečného konfliktu na Ukrajině (dále i jen „situace“). I když lze dle Úřadu souhlasit s tím, že válečný konflikt na Ukrajině je nepochybně situací, kterou obviněný nemohl předvídat, uvedená situace sama o sobě aplikaci výjimky ve smyslu § 222 odst. 6 zákona neodůvodňuje. Obviněný je povinen, jak již bylo shora konstatováno, důvodnost aplikace každé výjimky jednoznačně prokázat. Ve vztahu k podmínkám ve smyslu § 222 odst. 6 zákona tak obviněný musí jednoznačně prokázat provázanost konkrétní situace, která dle něj podmiňuje prováděnou změnu, na dotčenou veřejnou zakázku, resp. na dotčenou změnu. Musí prokázat a (v dokumentaci vztahující se k předmětné veřejné zakázce) zdokladovat, jaký dopad daná situace na realizaci předmětné veřejné zakázky má (například zdražení konkrétních položek stavebního materiálu a prací), jak se konkrétně projevuje (např. o kolik ceny předmětných položek v jaké chvíli vzrostly), proč obviněný nebyl schopen na vzniklou situaci včas reagovat, a jak jsou tedy naplněny důvody pro aplikaci citované výjimky (co konkrétně to ve vztahu k realizaci šetřené veřejné zakázky způsobuje). Nelze ve vztahu ke zvýšení ceny konkrétních rozpočtových položek akceptovat pouze obecné zdůvodnění předmětného cenového růstu s odkazem na vzniklou (i když nepředvídatelnou) situaci bez toho, aby obviněný jasně doložil, jakým způsobem daná situace „zasáhla“ do dotčené veřejné zakázky. Jinými slovy obviněný musí odůvodnit a zdokladovat, proč právě dané konkrétní položky z rozpočtu (jež jsou předmětem posuzované indexace cen) jsou situací „zasaženy“, jak konkrétně, v jakém přesně rozsahu se daná situace na nich v rozhodném čase projevila ve vztahu k vybranému dodavateli, to vše při podrobném zohlednění toho jak byla sestavena jeho nabídka. Úřad v této souvislosti konstatuje, že obviněný Úřadu nepředložil žádné konkrétní argumenty, proč situace na Ukrajině a s tím související změny cen stavebních materiálů měly ovlivnit právě ty konkrétní položky z rozpočtu, a právě v té výši, jak je obviněný v rámci posuzované indexace cen navýšil. Úřad má tedy za to, že obviněný v šetřeném případě podmínky pro uplatnění citované výjimky nesplnil, když podle Úřadu není splněna již první z podmínek pro uplatnění výjimky ve smyslu § 222 odst. 6 zákona a sice, že obviněný v šetřeném případě neprokázal, ani nedoložil, že změna v podobě navýšení cen byla v daném konkrétním případě skutečně vyvolaná okolnostmi, které ani při jednání s náležitou péčí nemohl předvídat, když neprokázal dopad jím uváděné situace na ty položky z rozpočtu, jejichž cenu provedenou indexací navýšil. Vzhledem k tomu, že pro aplikaci výjimky musejí být splněny kumulativně všechny podmínky daného ustanovení zákona, je nutno při nenaplnění, byť jen jedné z nich konstatovat, že daná výjimka být aplikována v takovém případě nemůže.
75. Úřad na tomto místě poznamenává, že se v této souvislosti nezabýval podrobnějším rozbořem nárůstu cen stavebních materiálů, případně obecně vývojem inflace ve sledovaném období, nebo i v období předcházejícímu časový úsek, který obviněný udává, neboť s ohledem na argumentaci Úřadu uvedenou v této souvislosti to Úřad hodnotí v posuzovaném případě jako nadbytečné.

76. Ve vztahu k naplnění podmínek § 222 odst. 4 zákona Úřad uvádí, že jednou z podmínek výjimky *de minimis* dle citovaného ustanovení zákona je skutečnost, že hodnota prováděné změny musí být v případě stavebních prací nižší než 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy (dále i jen „limit“). Jak vyplývá z předložené dokumentace k veřejné zakázce, obviněným provedená indexace cen [v celkové výši (za všechny položky, jež byly předmětem změny) 2 289 784,65 Kč bez DPH] představovala navýšení původní hodnoty závazku ze smlouvy (16 858 297,10 Kč bez DPH) o 13,58 %. Změna v podobě indexace cen by tedy sama osobě uvedenou podmínku (limit) splňovala. Avšak další podmínkou citovaného ustanovení je skutečnost, že pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnot všech těchto změn. Vzhledem k tomu, že předmětem dodatku č. 1 nebyla pouze posuzovaná indexace cen, ale i vícepráce v objemu 1 807 102,48 Kč bez DPH, je nutné pro posouzení možnosti aplikace výjimky *de minimis* brát v potaz i předmětné vícepráce, a to způsobem, jak uvedeno dále.
77. Předně Úřad v této souvislosti opakuje, že pokud bylo v případě závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku provedeno více změn, je pro jejich posouzení ve smyslu dodržení limitu výjimky *de minimis* rozhodný součet hodnot všech těchto změn. Úřad současně v této souvislosti i s odkazem na metodiku Ministerstva pro místní rozvoj⁷ uvádí, že do uvedeného limitu se však nezapočítávají změny provedené podle jiných odstavců § 222 zákona, tedy změny, na které lze aplikovat jiné výjimky. V návaznosti na tuto možnost oddělené aplikace jednotlivých výjimek Úřad v rámci předmětného posouzení ve prospěch obviněného oddělil, resp. samostatně posoudil možnost aplikace výjimky *de minimis* na změnu v podobě víceprací (zdůvodněno dále, proč na ni nelze aplikovat jinou výjimku) a změnu v podobě indexace cen posoudil zvlášť. Ale i když tedy platí, že se do uvedeného limitu nezapočítávají změny provedené podle jiných odstavců § 222 zákona (jiné výjimky než *de minimis*), v posuzovaném případě v konečném důsledku limit 15 % dodržen není, neboť k hodnotě změny v důsledku indexace cen by musela být připočtena hodnota změny v důsledku víceprací, když změnu provedenou v důsledku víceprací nelze podřadit pod jinou výjimku než *de minimis*, jak uvedeno dále. A v takovém případě by se uvedené dvě změny (tj. indexace cen a vícepráce) musely posoudit ve vzájemném součtu, což představuje hodnotu ve výši 4 096 887,13 Kč bez DPH, což představuje 24,3 % původní hodnoty závazku ze smlouvy, a tudíž limit stanovený v § 222 odst. 4 zákona by ve svém součtu nesplňovaly. Úřad proto konstatuje, že výjimku ve smyslu § 222 odst. 4 zákona v případě posuzované indexace cen nelze aplikovat.
78. K závěru Úřadu, že změnu provedenou v důsledku víceprací nelze podřadit pod jinou výjimku než *de minimis* (viz předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad předně uvádí, že pro aplikaci výjimky podle § 222 odst. 2 zákona nebyla ve smlouvě ani v zadávacích podmínkách sjednána vyhrazená změna závazku ve smyslu § 100 odst. 1 zákona. K případné aplikaci výjimky podle § 222 odst. 5 zákona nebo § 222 odst. 6 zákona Úřad uvádí, že ač těmito výjimkami obviněný ve vztahu k předmětným vícepracím ve svém vyjádření ze dne 23. 10. 2023 argumentuje⁸, nedoložil ničeho, čím by možnost aplikace citovaných výjimek odůvodnil. Nelze tak z pohledu Úřadu učinit závěr, že by se v případě předmětných víceprací jednalo o dodatečné stavební práce ve smyslu § 222 odst. 5 zákona, ani že by se jednalo o práce, jejichž

⁷ Pozn. Úřadu: dostupné na: <https://portal-vz.cz/metodiky-stanoviska/metodiky-k-zakonu-c-134-2016-sb-o-zadavani-verejnych-zakazek/metodiky-specialni-k-zadavacim-rizenim/>

⁸ Pozn. Úřadu: původně obviněný v této souvislosti argumentoval ve svém vyjádření ze dne 14. 2. 2023 aplikací výjimky ve smyslu § 222 odst. 4 zákona. Tato skutečnost ale na závěrech Úřadu ničeho nemění.

potřeba vznikla v důsledku okolností, které obviněný nemohl předvídat, přestože jednal s náležitou péčí ve smyslu § 222 odst. 6 zákona (Úřad na tomto místě poznamenává, že argumentaci obviněného týkající se vojenského konfliktu na Ukrajině vztahuje obviněný pouze k provedené indexaci cen, jak uvedeno výše). Nelze tedy v tomto případě vycházet z jakéhokoliv konkrétního odůvodnění věcného či technického charakteru, neboť obviněný takové odůvodnění Úřadu neposkytl, přičemž z odůvodnění, které uvádí obviněný v dodatku č. 1, dále v rámci oznámení změny odeslané do Věstníku veřejných zakázek, a také ve svém vyjádření ze dne 23. 10. 2023, Úřad sám nemohl takový závěr učinit. Úřad v této souvislosti připomíná, že je povinností obviněného prokázat splnění podmínek pro aplikaci té které výjimky, tudíž pokud obviněný možností aplikace konkrétních výjimek svůj postup obhájí, je povinen důvodnost takového postupu doložit a prokázat⁹. Ve vztahu k podmínkám výjimky podle § 222 odst. 7 zákona Úřad konstatuje, že v daném případě taktéž nebyla doložena skutečnost, že by se v případě předmětných víceprací jednalo o dovolenou záměnu jedné nebo více položek soupisu stavebních prací jednou nebo více novými položkami, přičemž Úřadu ani takový závěr z předložené dokumentace a vyjádření obviněného neplyne, tudíž tuto výjimku rovněž nelze v daném případě aplikovat. S ohledem na vše právě uvedené Úřad v této souvislosti shrnuje, že v rámci svého posouzení oddělil ve prospěch obviněného posouzení změny v podobě víceprací od posouzení indexace cen, neboť uvedené dvě změny by ve svém součtu nenaplňovaly podmínky výjimky *de minimis*, kterou však změna ve formě víceprací samostatně splňuje. Úřad v této souvislosti došel k závěru, jak konstatováno výše, že předmětné vícepráce (až na výjimku *de minimis*) podmínky (dalších) výjimek nesplňují.

79. Úřad dále ověřil, zda předmětná změna týkající se indexace cen nespadá pod vymezení nepodstatné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu § 222 odst. 2, 5 a 7 zákona, k čemuž uvádí následující.
80. Úřad v rámci svého šetření předně neshledal, že by byla ve smlouvě či zadávacích podmínkách jako takových sjednána vyhrazená změna závazku ze smlouvy ve smyslu § 100 odst. 1 zákona, tj. stanovující možnost změny ceny plnění formou indexace, jak provedl obviněný v rámci dodatku č. 1, protože § 222 odst. 2 zákona nelze v daném případě uplatnit. Pro šetřený případ Úřad neshledal ani aplikovatelnost ustanovení § 222 odst. 5 zákona, neboť se v tomto případě (indexace cen) nejedná o dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky od dodavatele veřejné zakázky. V šetřeném případě se z logiky věci nemohlo jednat ani o nepodstatnou změnu závazku ze smlouvy ve smyslu § 222 odst. 7 zákona, neboť předmětnou indexací cen bylo provedeno navýšení ceny konkrétních rozpočtových položek, nejednalo se tedy o záměnu nebo nahrazování jednotlivých položek ze soupisu prací, resp. z rozpočtu ve smyslu citovaného ustanovení.
81. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že změna týkající indexace cen, jež obviněný provedl v rámci dodatku č. 1 nespadá ani pod vymezení nepodstatné změny závazku ze smlouvy podle § 222 odst. 2, 5 nebo 7 zákona, tudíž ani žádnou z těchto výjimek nelze v šetřeném případě aplikovat.

⁹ Pozn. Úřadu: ke skutečnosti, že obviněný nese důkazní břemeno viz např. rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0080/2022/VZ ze dne 24. 8. 2022

82. Úřad tedy přistoupil k posouzení toho, zda se v šetřeném případě ve vztahu k indexaci cen provedené obviněným v rámci dodatku č. 1 nejedná o podstatnou změnu závazku ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) zákona.
83. Podle § 222 odst. 3 písm. b) zákona je podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku taková změna smluvních podmínek, která by měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele.
84. Ve smyslu shora uvedeného obecného pojednání je podstatnou taková změna smluvních podmínek, která se dotýká zásadních parametrů veřejné zakázky, typicky ceny plnění, termínu plnění, příp. všech (dalších) parametrů, na základě kterých účastníci zvažují svou účast v zadávacím řízení a sestavují své nabídky.
85. Co se týče pojmu „změna ekonomické rovnováhy smlouvy“, tento není v zákoně blíže vymezen, avšak např. z výše uvedeného rozsudku *Presstext* lze dle výkladu Soudního dvora EU dovodit, že se jedná o takovou změnu, která modifikuje smluvní podmínky, jež byly zadavatelem závazně stanoveny v rámci zadávacích podmínek, ve prospěch vybraného dodavatele. Může se přitom jednat zejména o změnu finančních, resp. platebních podmínek, neboť ta je s to narušit hospodářskou soutěž k újmě potenciálních uchazečů, kdy nastavení výhodnějších podmínek může významně ovlivnit např. jejich počet.
86. V šetřeném případě byla provedena indexace cen vybraných rozpočtových položek, které se provedenou indexací zvýšili, čímž v součtu došlo ke zvýšení původní ceny plnění (ve výši 16 858 297,10 Kč bez DPH) o částku 2 289 784,65 Kč bez DPH. Dle Úřadu lze konstatovat, že uvedené navýšení ceny plnění rozhodně není bagatelní, a tudíž může mít vliv na vychýlení ekonomické rovnováhy závazku ze smlouvy (tj. zde zvýšení původní hodnoty plnění sjednané ve smlouvě) ve prospěch příjemce navýšeného plnění, tedy vybraného dodavatele.
87. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 23. 10. 2023 v této souvislosti namítal, že *„je zřejmé, že se ceny některých položek zvýšili pouze o reálný nárůst cen, který byl v té době enormní, a nemohlo tak v žádném případě dojít ke změně ekonomické rovnováhy závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele. Jednak by k této indexaci docházelo u každého jiného dodavatele a jednak se jednalo o postup, který byl v té době doporučován všemi subjekty, včetně příslušných ministerstev, které mají problematiku veřejných zakázek ve své kompetenci“*. Úřad s touto námitkou obviněného nesouhlasí, neboť tím, že provedenou indexací získá vybraný dodavatel za to samé plnění (tj. za ty samé práce sjednané původně ve smlouvě za nižší ceny) víc, tedy vyšší hodnotu, resp. víc peněz, se nepochybně ekonomická rovnováha původního závazku vychyluje na stranu vybraného dodavatele. Skutečnost, že se v dotčeném dodatku č. 1 realizovala kromě indexace cen i druhá změna ve formě víceprací, nemá na právě uvedený závěr Úřadu vliv, neboť jak i sám obviněný konstatoval, přecenění, tedy indexace, resp. navýšení ceny se týkalo vybraných položek z ještě neprostavěného rozpočtu. Úřad na tomto místě současně zdůrazňuje, že se v šetřeném případě jedná o převážnou část původního rozpočtu, která byla takovýmto způsobem navýšená (viz bod 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Pro posouzení šetřeného případu není rozhodné ani to, že by uvedený postup obviněný volil i u jiných dodavatelů v obdobné situaci, resp. že různé subjekty, vč. ministerstev doporučovali postup indexace cen, jak obhajuje svůj postup obviněný, neboť naplnění podmínek podstatné změny závazku ze smlouvy lze posuzovat právě jen v tom

konkrétním případě a poměřovat právě jen s podmínkami stanovenými pro tu konkrétní situaci v zákoně.

88. V návaznosti na shora uvedené má Úřad za prokázané, že obviněný v posuzovaném případě změnou ceny plnění provedenou formou indexace cen v dodatku č. 1 umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy dle ustanovení § 222 odst. 3 písm. b) zákona, neboť se jedná o změnu, která měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele.
89. Pro úplnost Úřad ke změně ceny provedené obviněným formou tzv. indexace při aplikaci „Metodiky MMR“ (kterou obviněný argumentoval mj. ve svém vyjádření ze dne 23. 10. 2023) uvádí, že nelze tuto argumentaci v posuzovaném případě brát v potaz, neboť nemá v dané situaci jiného uplatnění, než je popis mechanismu, jakým obviněný a vybraný dodavatel došli k cenovému navýšení, což v šetřeném případě na posouzení zákonnosti postupu obviněného ve smyslu § 222 zákona podle názoru Úřadu vliv nemá, pokud tento postup nelze podřadit pod výjimku ve smyslu § 222 odst. 2 zákona, tj. pokud se nejedná o uplatnění vyhrazené změny závazku. Jinými slovy není v šetřeném případě rozhodující, jaký mechanismus obviněný pro vyčíslení cenové změny použil, když jej nelze provázat s vyhrazenou změnou závazku podle § 100 odst. 1 zákona předem vymezenou v zadávací dokumentaci. Ze stejného důvodu Úřad ani neposuzoval vlastní mechanismus indexace, resp. nezkoumal případné pochybení obviněného při vlastní indexaci, jak obviněný ve svém vyjádření ze dne 23. 10. 2023 namítá. K námitce obviněného v citovaném vyjádření, že jím provedená indexace byla podrobně kontrolována dotačním orgánem, Úřad uvádí, že mu závěr uvedené kontroly ani její předmět či zaměření není znám, a nelze tak posoudit, zda takový závěr dotačního orgánu reflektuje konkrétní okolnosti předmětného zadávacího řízení, resp. postup obviněného podle zákona. Úřad v této souvislosti upozorňuje na to, že je to právě on, který dle § 248 zákona a § 270 odst. 5 zákona vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a projednává přestupky podle zákona, na základě čehož se Úřad ani nemůže cítit býti vázán (jemu neznámými) závěry dotačního orgánu.
90. Ve vztahu k provedené indexaci cen Úřad současně zdůrazňuje skutečnost, že pro přecenění jednotlivých rozpočtových položek použil obviněný různé indexy, jinak řečeno přeceňované vybrané položky navýšil o různě vysoké procento, a to bez toho, aby bylo zřejmé, proč tomu tak v konkrétním případě u nabídky vybraného dodavatele je, čímž se jeho postup stal netransparentním. V této souvislosti rovněž nelze opomenout skutečnost, že dotčenou změnu obviněný realizoval v rámci dodatku č. 1, který uzavřel s vybraným dodavatelem dne 19. 7. 2022 s tím, že přecenění vybraných položek z rozpočtu provedl zpětně již k datu 1. 4. 2022 (viz Příloha č. 2 dodatku č. 1, bod 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí), což činí netransparentnost postupu obviněného ve vztahu k posuzované změně (indexace cen) ještě výraznější.

K naplnění znaků skutkové podstaty přestupku

91. K naplnění všech znaků skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona je třeba, aby porušení pravidel stanovených zákonem pro zadání veřejné zakázky ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr dodavatele. Z hlediska zákonného rámce ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) zákona tedy stačí pouhá možnost (potencialita) ovlivnění výběru dodavatele^{10,11}. Není tak

¹⁰ Viz např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Afs 78/2012 ze dne 25. 7. 2013

¹¹ Viz i např. rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0098/2021/VZ ze dne 30. 8. 2021

rozhodující, zda k ovlivnění výběru dodavatele skutečně došlo, nýbrž postačí i eventuelní možnost ovlivnění výběru dodavatele. Současně Úřad není povinen prokazovat, že zde existuje konkrétní dodavatel, který by se nebyl pochybení zadavatele zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. Postačí, aby v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele může či mohlo dojít k ovlivnění výběru dodavatele.

92. Shora popsaný postup obviněného dle Úřadu mohl ovlivnit výběr dodavatele, neboť nelze vyloučit, že pokud by obviněný postupoval v souladu se zákonem, mohl v zadávacím řízení obdržet nabídky i jiných dodavatelů, kteří mohli nabídnout nižší cenu než vybraný dodavatel, resp. než jaká byla dosažena provedenou indexací či původní nabídka jiného účastníka zadávacího řízení se mohla stát výhodnější než nabídka vybraného dodavatele změněná o indexaci.
93. Na základě shora uvedeného Úřad uzavírá, že obviněný naplnil všechny znaky skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že rozporu s § 222 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle zákona, když dne 19. 7. 2022 uzavřel dodatek č. 1, kterým mj. zvýšil cenu vybraných položek z rozpočtu uvedených v Souhrnném výpočtu nárůstu cen ze dne 4. 4. 2022, jenž tvoří přílohu dodatku č. 1, tak, že tyto vybrané položky z rozpočtu navýšil o různě vysoké procento (tzv. index), a tím navýšil cenu díla o 2 289 784,65 Kč bez DPH a dopustil se tak změny smluvních podmínek, která ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) zákona měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a zadal veřejnou zakázku, když na její předmět uzavřel dne 11. 10. 2021 s vybraným dodavatelem smlouvu. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

Právní posouzení k výroku III. tohoto rozhodnutí

94. Obviněný v šetřeném případě uzavřel dne 29. 8. 2022 ke smlouvě (ve znění jejího dodatku č. 1) dodatek č. 2., kterým mj. změnil termín zhotovení díla.
95. Ve smlouvě byl termín zhotovení díla vymezen v čl. 4 smlouvy, a to tak, že dílo bude zhotovitelem provedeno a řádně dokončeno v termínech podle harmonogramu, v rámci kterého obviněný stanovil termíny následovně: zahájení prací I. etapy (ze dvou) - říjen roku 2021, dokončení prací I. - listopad 2021, zahájení prací II. etapy - březen 2022 a dokončení prací II. etapy - duben 2022, přičemž v měsících prosinec 2021, leden 2022 a únor 2022 práce dle harmonogramu prováděny nebudou (viz bod 24. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
96. Současně byl v příloze č. 2 smlouvy (obsahující časový harmonogram výstavby s uvedením předpokládaného postupu prací) stanoven termín zahájení prací na 4. 10. 2021 a termín dokončení prací na 29. 4. 2022 (viz bod 27. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
97. Termín plnění byl rovněž definován v čl. 2.2. zadávací dokumentace s tím, že předpokládaná požadovaná doba realizace je 4 měsíce od doručení výzvy objednatel k započetí plnění předmětu díla, a to dle harmonogramu, ve kterém obviněný stanovil předpokládaný termín zahájení prací I. etapy na říjen roku 2021, termín dokončení prací I. etapy na listopad 2021, předpokládaný termín zahájení prací II. etapy na březen 2022 a termín dokončení prací II. etapy

stanovil na duben roku 2022, přičemž v měsících prosinec 2021, leden 2022 a únor 2022 práce dle harmonogramu plánované nejsou (viz bod 24. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

98. Zároveň bylo jak v zadávací dokumentaci, tak ve smlouvě (viz body 25. a 26. odůvodnění tohoto rozhodnutí) uvedeno, že termín ukončení se může změnit z objektivních příčin, způsobených třetími stranami nebo jinými okolnostmi, nezávislými na vůli smluvních stran, kterými jsou zejména i. klimatické podmínky bránící řádnému plnění předmětu veřejné zakázky; přičemž za nepříznivé klimatické podmínky je považován stav, kdy nelze vzhledem k požadavkům na technologické podmínky realizace díla rozumně požadovat po zhotoviteli, aby dílo za těchto podmínek realizoval tak, aby nedošlo ke snížení kvality realizovaného díla, ii. živelné pohromy a jiné mimořádné, nepředvídatelné, neodvratitelné a nezaviněné události bránící řádnému plnění předmětu veřejné zakázky.
99. V čl. II dodatku č. 2 obviněný konkrétně uvedl, že se mění »čl. 4 — *Termín zhotovení díla, kdy za stávající odst. 4.2 se nově vkládá tento text: „Společně s akcí cyklostezka nám. Republiky probíhaly na stejném staveništi další dvě stavební akce a to 'Implementace dopravní telematiky na území MB, a 'Autobusové terminály, . Tyto akce bylo třeba vzájemně zkoordinovat tak, aby nedocházelo k poškození druhých staveb, čímž docházelo k situacím, že bylo potřeba přerušit práce na jedné akci, aby mohly být zahájeny práce na druhé akci, atd. Z tohoto důvodu byl harmonogram prací z podnětu objednatele upraven, přičemž doba výstavby byla zachována, viz. příloha č. 1 tohoto Dodatku č. 2 — Harmonogram prací«.* Současně obviněný v Příloze č. 1 dodatku č. 2 obsahující harmonogram prací, resp. harmonogram postupu prací uvedl jako termín zahájení prací den 18. 10. 2021 a jako termín ukončení prací uvedl den 7. 8. 2022.
100. Ve vztahu k termínu plnění veřejné zakázky pojal Úřad v šetřeném případě podezření, zda zadavatel dodržel pravidlo stanovené v § 222 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, konkrétně zda provedenou změnou termínu neumožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, a zda se tímto postupem nedopustil takové změny smluvních podmínek, která by umožnila účast jiných dodavatelů v předmětném zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly uvedené změně.
101. Úřad se tedy předně ve svém posouzení zabýval nastavením termínu plnění veřejné zakázky v zadávacích podmínkách, potažmo ve smlouvě na veřejnou zakázku, a jeho následnou změnou.
102. Jak vyplývá ze zadávací dokumentace, doba plnění, resp. doba realizace veřejné zakázky byla v šetřeném případě stanovena na 4 měsíce od doručení výzvy objednatele (zde zadavatele) k započetí plnění předmětu díla. Současně se zadavatel v zadávací dokumentaci v této souvislosti odkazuje na časový harmonogram, který počítal s dokončením prací v dubnu roku 2022 (viz body 24. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Ve smlouvě na veřejnou zakázku se pak zadavatel opět odkazuje na časový harmonogram, podle kterého budou práce dokončené v dubnu roku 2022, přičemž současně v příloze smlouvy v harmonogramu prací konkretizuje termín plnění veřejné zakázky na den 29. 4. 2022 (viz body 26. a 27. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedeného je tedy dle Úřadu zřejmé, že termín plnění jako závazek ze smlouvy stanoven jednoznačně byl.
103. V dodatku č. 2 a jeho příloze pak zadavatel změnil čl. 4 smlouvy - Termín zhotovení díla, čímž upravil termín tak, že dnem ukončení prací je den 7. 8. 2022. Uvedenou změnu obviněný

v rámci dodatku č. 2 odůvodňuje návazností veřejné zakázky na jiné projekty a nutností koordinace s nimi (viz body 32. a 33. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

104. Úřad na tomto místě na základě shora uvedených skutečností konstatuje, že je nepochybné, že termín plnění byl původně stanoven na den 29. 4. 2022. Pro úplnost Úřad v této souvislosti dodává, že je současně zřejmé, že uvedený termín plnění byl stanoven v návaznosti na původně stanovený termín zahájení prací dne 4. 10. 2021. Jak vyplývá mj. z vyjádření obviněného, práce týkající se předmětu plnění veřejné zakázky byly zahájeny dne 18. 10. 2021 a k předání dokončeného díla došlo dne 7. 8. 2022. Je tedy zřejmé, že se termín plnění změnil z původního 29. 4. 2022 na den 7. 8. 2022, což je o víc než tři měsíce později. Úřad se tedy zabýval okolnostmi uvedené změny termínu, k čemuž uvádí následující.
105. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 4. 4. 2023 podrobně rozepisuje jednotlivá přerušení prací a jejich důvody (viz bod 37. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž uvádí jak klimatické podmínky, tak (a to vesměs) návaznost na jiné projekty a koordinaci prováděných prací s těmito dalšími projekty. Ve svém vyjádření ze dne 23. 10. 2023 současně obviněný namítá, že k žádné změně termínu dokončení nedošlo, neboť byl dodržen původní termín 4 měsíce (resp. 122 dnů). Obviněný v této souvislosti tvrdí, že předmětným dodatkem č. 2 „pouze“ deklaruje průběh prací. Současně obviněný zdůrazňuje, že tím, že k předání díla došlo dne 7. 8. 2022, celková doba realizace trvala 122 dnů, což jsou ony plánované 4 měsíce. Ve vztahu k přerušením prací, ke kterým v průběhu realizace došlo, uvádí, že nutné přerušení stavebních prací z důvodů koordinace s jinými stavbami je obecně ve stavebnictví používaný proces, a to ve všech městech, kde probíhá více staveb najednou. Koordinace je dle obviněného nutná vzhledem k tomu, aby nedošlo ke zbytečnému vynakládání veřejných prostředků.
106. Sporné tedy v šetřeném případě v této souvislosti je, zda došlo ke změně termínu plnění veřejné zakázky nebo nedošlo. K tomu Úřad uvádí následující.
107. Úřad má předně za to, že obviněný v rámci svých vyjádření odlišným způsobem interpretuje pojem termín plnění, když jej předkládá jako časový úsek, jehož délku počítá podle tzv. prostavěných dnů. Obviněný tedy termín plnění interpretuje *de facto* jako „čistý“ čas tzv. prostavěných dnů, po odečítání dnů, kdy se z nějakého důvodu nestavělo. Jinými slovy do termínu plnění obviněný započítává pouze dny, kdy se staví, přičemž dny, kdy je stavba z různých důvodů přerušena, do termínu plnění nezapočítává. V tomto smyslu tudíž ve svých vyjádřeních obviněný vypočítává, že celková doba plnění díla – ve smyslu „prostavěných dnů“ činí 122 dnů, což jsou dle obviněného ony 4 měsíce, které byly v zadávacích podmínkách jako lhůta pro realizaci díla stanovené, a tedy z pohledu obviněného k žádné změně termínu plnění nedošlo. Podle názoru Úřadu se ale jedná o zcela chybný přístup, neboť obviněný v rámci zadávacích podmínek takové pojmy nezavádí (doba realizace díla ve smyslu tzv. prostavěných dnů), ani je nijak nerozlišuje. V rámci zadávacích podmínek nelze dle Úřadu z ničeho dovodit, že by snad obviněný uvažoval o „automatickém“ posunu termínu plnění o dny, kdy jsou práce z různých důvodů přerušeny, nebo snad takový mechanismus zavedl, jak se snaží ve svých vyjádřeních Úřadu podat. Úřad tak má za to, že tyto pojmy (termín plnění, doba realizace ve smyslu tzv. prostavěných dnů) obviněný spojuje v jedno účelově v rámci argumentace na obhajobu svého postupu. Úřad k tomu uvádí, že i kdyby oba termíny (s obsahem, jak popisuje obviněný) nacházely v praxi (v oblasti, do níž spadá i předmět šetřené veřejné zakázky) obdobně uplatnění, jak uvádí obviněný, nemění to ničeho na stanovisku Úřadu, že pro realizaci šetřené veřejné zakázky byl termín plnění v zadávacích podmínkách jednoznačně stanoven, a

to na den 29. 4. 2022, přičemž byl pak následně dodatkem č. 2 změněn na nový termín 7. 8. 2022, jak již bylo dovozeno výše, a tudíž se dle přesvědčení Úřadu jedná ze strany obviněného o interpretaci účelovou a ničím nepodloženou.

108. Úřad současně v této souvislosti zdůrazňuje skutečnost, že obviněný předmětnou změnu termínu plnění, tedy stanovení nového termínu plnění, provedl až ve chvíli, kdy původní termín již uplynul. V návaznosti na zadávací dokumentaci byl ve smlouvě původní termín plnění stanoven den 29. 4. 2022. Ke změně tohoto termínu plnění však došlo až po jeho marném uplynutí dne 29. 8. 2022, kdy obviněný uzavřel dodatek č. 2, jímž byl stanoven nový termín 7. 8. 2022. Nutno konstatovat, že takový postup je značně nejasný, což odporuje zásadě transparentnosti. Úřad v této souvislosti dodává, že na postup obviněného spočívající ve změně termínu plnění až po jeho uplynutí nahlíží jako na netransparentní a neakceptovatelný především z důvodu, že ve své podstatě tak obviněný zpětně „sanuje“ provedení podstatné změny závazku, přičemž důsledkem takového postupu je mj. nemožnost podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy jinými dodavateli, když změněný závazek již byl splněn, a je tedy reálně vyloučena jediná možná efektivní ochrana konkurentů vybraného dodavatele proti možnému nesprávnému postupu zadavatele.
109. Úřad následně přistoupil k posouzení změny předmětného termínu plnění veřejné zakázky ve smyslu § 222 odst. 3 písm. a) zákona.
110. Podle § 222 odst. 3 písm. a) zákona je nepřípustnou taková změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, která by umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky odpovídaly této změně. Taková změna je z pohledu zákona změnou podstatnou, a tedy nepřípustnou.
111. Předně Úřad v této souvislosti odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-22275/2022/163 ze dne 14. 7. 2022, ve kterém předseda Úřadu ve vztahu k posouzení posunu, resp. změny termínu plnění potvrdil stanovisko Úřadu (rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-17783/2022/500Z ze dne 26. 5. 2022), že v případě změny termínu plnění se nejedná o zanedbatelnou změnu původně stanovené zadávací podmínky a že dotčený zadavatel změnou termínu plnění skutečně zmírnil požadavky vymezené v zadávací dokumentaci. Současně v citovaném rozhodnutí předseda Úřadu konstatuje, že změna termínu plnění rozhodně naplňuje definiční znaky podstatné změny závazku ve smyslu § 222 odst. 3 písm. a) zákona, když je jednou z nejzásadnějších změn zadávacích podmínek, která nepochybně může mít vliv na účast potenciálních dodavatelů. Nelze totiž vyloučit, že pokud by byl termín od počátku nastaven jak po změně, mohla by být účast potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení jiná. Termín plnění, resp. limitní termín ukončení plnění je stěžejní zadávací podmínkou, jejíž změna rozhodně mohla mít vliv na dodavatele v tom smyslu, že se mohli přihlásit do zadávacího řízení i jiní dodavatelé.
112. V návaznosti na právě uvedené má Úřad za to, že změna termínu plnění je v šetřeném případě změnou podstatnou¹² ve smyslu § 222 odst. 3 písm. a) zákona, tudíž nepřípustnou.

¹² Pozn. Úřadu: k významu doby plnění srov. i již citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 102/2016-99 ze dne 23. 1. 2019, který se vztahuje sice k termínu zahájení prací, ale jeho závěry lze aplikovat i na termín plnění, který ve vztahu k účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení může být i významnější.

113. Úřad se v rámci svého posouzení zabýval i tím, je-li možné změnu termínu plnění provedenou zadavatelem v dodatku č. 2 podřadit pod některou z výjimek upravených v § 222 odst. 2, 4, 5, 6 a 7 zákona, přičemž došel k závěru, že nikoliv, k čemuž sděluje následující.
114. K případnému uplatnění výjimky podle § 222 odst. 2, potažmo § 100 odst. 1 zákona Úřad konstatuje, že z dokumentace o zadávacím řízení nikterak neplyne, že by si obviněný vyhradil změnu termínu plnění tak, jak popsal průběh plnění ve svém vyjádřeních, když v dodatku č. 2 i ve svých vyjádřeních (ze dne 4. 4. 2023, 23. 10. 2023) odůvodňuje změnu, resp. posun termínu plnění vesměs návazností na jiné projekty a koordinací prací, jež se s těmito dalšími projekty prolínají (vyjma jednoho přerušení s odkazem na klimatické podmínky, které se však převážně krylo s přerušením plánovaným v zadávací dokumentaci na období zimních měsíců, viz i bod 26. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad v této souvislosti pro úplnost uvádí, že mu ze zadávací dokumentace nevyplývá výhrada změny termínu plnění v návaznosti na obviněným uváděná přerušení prací, s výjimkou ustanovení zadávací dokumentace pojednávajících o změně termínu v návaznosti na klimatické podmínky, což však Úřad výše vyhodnotil jako nedostatečné vymezení případné vyhrazené změny závazku ze smlouvy, protože Úřad na takovou změnu vyhrazenou v rozporu se zákonem nebere zřetel, tudíž citovanou výjimku aplikovat v šetřeném případě nelze. Úřad v této souvislosti navíc zdůrazňuje, že se obviněný citované výjimky ani nedovolával, jako se v souvislosti s posuzovaným termínem plnění nedovolával žádné z výjimek.
115. K případné aplikaci výjimky podle § 222 odst. 4 zákona v posuzovaném případě Úřad konstatuje, že vzhledem k tomu, že změna, resp. prodloužení termínu je změnou kvalitativní, jejíž hodnotu nelze vyčíslit dle podmínek citované výjimky, nelze v tomto případě ani tuto výjimku aplikovat.
116. Na šetřený případ nelze aplikovat ani výjimku podle § 222 odst. 5 zákona, neboť se v posuzovaném případě nejednalo o dodatečné stavební práce, když předmětem posouzení je termín plnění veřejné zakázky.
117. Ve vztahu k případné aplikaci výjimky ve smyslu § 222 odst. 6 zákona Úřad uvádí, že ani v případě této výjimky neshledává Úřad její aplikaci jako důvodnou, když nenachází ničeho, co by splňovalo definiční znak okolností, které obviněný jednající s náležitou péčí nemohl předvídat. A i když obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 23. 10. 2023 uvádí vícero okolností, jež vedly k přerušení prací na veřejné zakázce, Úřad konstatuje, že se nejednalo o okolnosti nepředvídatelné ve smyslu § 222 odst. 6 zákona. Ve vztahu k argumentaci obviněného týkající se nutnosti přerušení prací s ohledem na další projekty nutno konstatovat, že dle přesvědčení Úřadu je (resp. by měla být) koordinace veřejné zakázky s jinými projekty neodmyslitelnou součástí procesu plánování postupu obviněného v zadávacím řízení, a to již ve fázi předcházející samotnému zahájení zadávacího řízení, a také obzvláště v případě, kdy některé z obviněným uváděných projektů byly projekty samotného obviněného (např. projekt Autobusové terminály). Nadto obviněný Úřadu takové argumenty, z nichž by bylo možné dovodit existenci okolností, jež obviněný jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, ani nepředkládá. Nad rámec uvedeného Úřad v této souvislosti poznamenává, že i když se obviněný podrobně vyjadřuje k charakteru jednotlivých přerušení prací, sám konstatuje, že ke změně termínu plnění nedošlo (ve smyslu dodržení tzv. prostavěných dnů, jak uvedeno výše). Úřad v této souvislosti současně dodává, že ani klimatické podmínky nelze v tomto případě k odůvodnění změny termínu plnění akceptovat, neboť má Úřad za to, že se nejednalo

o okolnosti nepředvídatelné ve smyslu § 222 odst. 6 zákona, když obviněný s přerušением prací z důvodu nepříznivých klimatických podmínek v harmonogramu prací počítal (jak uvedeno výše, v měsících prosinec 2021, leden 2022 a únor 2022 práce dle harmonogramu plánované nebyly). Lze tedy podle Úřadu uzavřít, že ani tuhle výjimku nelze v posuzovaném případě aplikovat.

118. Rovněž tak nelze v posuzovaném případě aplikovat ani výjimku podle § 222 odst. 7 zákona, neboť v této souvislosti nedošlo k záměně položek soupisu stavebních prací, předmětem posouzení je jen změna termínu plnění.
119. K námitce obviněného (ve vyjádření ze dne 23. 10. 2023), který v souvislosti s posuzovanou změnou termínu ve vztahu k dodatku č. 2 tvrdí, že předmětným dodatkem *»[n]edošlo jím k „novému“ prodloužení plnění, ale toliko deklaraci splnění termínů plnění«*, Úřad uvádí, že stakovým tvrzením nesouhlasí, neboť (jak dovozeno výše) termín plnění předmětným dodatkem jednoznačně změněn byl, byť dodatečně, tj. až po uplynutí původního termínu plnění, což jde však k tíži obviněného coby porušení zásady transparentnosti. Tvrzení obviněného, že předmětným dodatkem „pouze“ deklaruje průběh prací, je tudíž podle Úřadu účelové a nelze jej akceptovat, přičemž Úřad v této souvislosti zdůrazňuje, že obviněným tvrzená skutečnost, že dodatkem č. 2 došlo pouze k deklaraci splnění termínů plnění, z předložené dokumentace nijak nevyplývá. Úřadu v této souvislosti není ani zřejmý účel takové deklarace. Pro úplnost Úřad v této souvislosti rovněž dodává, že ve chvíli, kdy obviněný dodatek č. 2 uzavíral, sice již původní termín uplynul, ale závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku nikoliv.
120. Nad rámec uvedeného Úřad ještě k námitce obviněného v jeho vyjádření ze dne 23. 10. 2023 týkající se přerušení prací, k nimž obviněný uvádí, že nutné přerušování stavebních prací z důvodů koordinace s jinými stavbami je ve stavebnictví běžný proces, zejména tam, kde probíhá více staveb najednou, a je nutné mj. kvůli tomu, aby nedocházelo ke zbytečnému vynakládání veřejných prostředků, uvádí, že zásada hospodárnosti nemůže převyšovat ustanovení zákona. Nemůže být ani prostředkem k obcházení zákona či nedůvodnému změkčování podmínek ve prospěch konkrétního dodavatele. Z ustálené judikatury i z rozhodovací praxe Úřadu totiž vyplývá, že cílem zákona je sice spolu s jinými zákony zajištění zásad hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti při nakládání s veřejnými prostředky, nicméně zákon tohoto cíle dosahuje skrze vytváření podmínek pro to, aby byly zakázky zadávány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli, a k tomu má vlastní zásady zakotvené v § 6 zákona.

K naplnění znaků skutkové podstaty přestupku

121. K naplnění všech znaků skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona je třeba (jak uvedeno výše v bodu 91. odůvodnění tohoto rozhodnutí), aby porušení pravidel stanovených zákonem pro zadání veřejné zakázky ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr dodavatele, přičemž postačuje pouhá možnost ovlivnění výběru dodavatele.
122. Shora popsany postup obviněného mohl ovlivnit výběr dodavatele, neboť nelze vyloučit, že pokud by obviněný postupoval v souladu se zákonem, mohl v zadávacím řízení obdržet nabídky i jiných dodavatelů, kteří mohli nabídnout lepší podmínky než vybraný dodavatel.

123. Na základě shora uvedeného Úřad uzavírá, že obviněný naplnil všechny znaky skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že rozporu s § 222 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle zákona, když dne 29. 8. 2022 uzavřel dodatek č. 2, kterým změnil termín zhotovení díla stanovený v návaznosti na čl. 4 smlouvy v Harmonogramu předpokládaného postupu prací, jenž tvoří přílohu smlouvy, a to z původního termínu 29. 4. 2022 na nový termín 7. 8. 2022 a dopustil se tak změny smluvních podmínek, která by ve smyslu § 222 odst. 3 písm. a) zákona umožnila účast jiných dodavatelů, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně, přičemž tak učinil ve chvíli, kdy původní i nově sjednaný termín zhotovení díla již uplynul, čímž se jeho postup stal netransparentním, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a zadal veřejnou zakázku, když uzavřel dne 11. 10. 2021 s vybraným dodavatelem smlouvu. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

K výroku IV. tohoto rozhodnutí – uložení pokuty

124. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupku podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. b) zákona a přestupku podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) zákona.
125. Odpovědnost za přestupek zaniká mj. uplynutím promlčecí doby, která podle § 270 odst. 5 zákona činí u přestupků podle § 268 zákona 5 let, přičemž podle § 270 odst. 6 písm. a) zákona se promlčecí doba přerušuje oznámením o zahájení řízení o přestupku.
126. Podle ustanovení § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
127. V návaznosti na shora uvedené Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ustanovení § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupku dle výroku I. tohoto rozhodnutí došlo dnem uzavření smlouvy, tedy dne 11. 10. 2021. Ke spáchání přestupku dle výroku II. tohoto rozhodnutí došlo dnem uzavření dodatku č. 1, tedy dne 19. 7. 2022. Ke spáchání přestupku dle výroku III. tohoto rozhodnutí došlo dnem uzavření dodatku č. 2, tedy dne 29. 8. 2022. Z uvedeného vyplývá, že promlčecí doba ve vztahu k projednávaným přestupkům neuplynula a odpovědnost obviněného za projednávané přestupky nezanikla.
128. Podle § 41 odst. 1 přestupkového zákona se za dva nebo více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení uloží správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejpřísněji trestný. Jsou-li horní hranice sazeb pokut stejné, uloží se správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejzávažnější.
129. V souladu se zásadou absorpce při správním trestání tedy Úřad ve správním řízení uloží trest podle nejpřísněji trestného přestupku. Zbýlé přestupky zohlední jako přitěžující okolnost při výměře výše pokuty. Proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, který přestupek je v šetřeném případě nejzávažnějším, a to mimo jiné i s odkazem na možnost uložení přísnější sankce (vyšší pokuty).

130. Podle ustanovení § 268 odst. 2 písm. a) zákona se za přešupek podle ustanovení § 268 odst. 1 zákona, nepoužije-li se postup podle § 268 odst. 3 zákona, uloží pokuta do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přešupek podle § 268 odst. 1 písm. a) až c) zákona.
131. Úřad uvádí, že za přešupky uvedené ve výroku I. II. a III. tohoto rozhodnutí lze obviněnému uložit správní trest pokuty ve stejné výši, a je tedy nutné ho uložit dle § 41 odst. 1 zákona o přešupcích za přešupek uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí, který posoudil jako závažnější, a to zejména s ohledem na to, že stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem narušuje férovou soutěž o veřejnou zakázku od jejího počátku, když (jak Úřad dovodil výše) má vliv na okruh potenciálních dodavatelů. Přešupky uvedené ve výrocih II. a III. tohoto rozhodnutí Úřadu zohlední jako přitěžující okolnosti.
132. Podle smlouvy ve znění dodatků cena předmětu plnění veřejné zakázky, při jejímž zadávání se obviněný dopustil přešupků podle výroku I., II. a III. tohoto rozhodnutí činí 20 746 390,76 Kč bez DPH, resp. 25 103 132,70 Kč včetně DPH. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že za spáchání přešupku dle výroku I. tohoto rozhodnutí činí horní hranice pokuty 10 % z 25 103 132,70 Kč, tedy 2 510 313,27 Kč.
133. Podle § 37 písm. a) a c) zákona o přešupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédne zejména k povaze a závažnosti přešupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.
134. Podle ustanovení § 38 zákona o přešupcích je povaha a závažnost přešupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přešupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přešupku a okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti citovaného ustanovení zákona o přešupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
135. Úřad v této souvislosti uvádí, že závažnost přešupku, která je v šetřeném případě skutečností rozhodnou pro určení výměry pokuty, je obecnou kategorií poměřující rozsah dopadu konkrétního protiprávního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Stupeň závažnosti, tedy společenské škodlivosti přešupku, je dán konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přešupku. Při posuzování závažnosti přešupku tedy není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen, jaké výsledky byly přešupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
136. Ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že se v daném případě obviněný dopustil přešupku dle § 268 odst. 1 písm. b) zákona tím, že stanovil zadávací podmínky v rozporu s § 100 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když si vyhradil v zadávací dokumentaci změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, aniž podmínky pro tuto změnu závazku v zadávací dokumentaci jednoznačně vymezil.
137. V rámci posouzení povahy a míry závažnosti konstatuje, že postupem obviněného v souvislosti s výrokiem I. tohoto rozhodnutí došlo k nejednoznačnému stanovení zadávacích podmínek (týkajících se vyhrazené změny závazku), čímž došlo k narušení férové soutěže o veřejnou zakázku, a to od jejího počátku, když již na základě stanovených zadávacích podmínek

se potenciální dodavatelé rozhodují, zda se soutěže zúčastní či nikoliv. Nelze současně ani vyloučit, že by případně do zadávacího řízení mohli podat nabídku i další potenciální dodavatelé (a nabídnout případně i výhodnější podmínky, než nabídl obviněnému vybraný dodavatel), pokud by obviněný stanovil podmínky pro vyhrazenou změnu termínu plnění jednoznačně a konkrétně.

138. Po zvážení všech okolností šetřeného případu Úřad posoudil závažnost přestupku v šetřeném případě jako přestupek závažný.
139. Jako přitěžující okolnost vzal Úřad v potaz skutečnost, že obviněný se dopustil přestupků uvedených ve výroku II. a III. tohoto rozhodnutí.
140. Další přitěžující nebo polehčující okolnosti Úřad v šetřeném případě neshledal.
141. Úřad se rovněž zabýval tím, zda přestupek, za který je obviněnému nyní ukládán trest, není v souběhu s dalšími přestupky obviněného, resp. zda se obviněný nedopustil právě projednávaného přestupku dříve, než bylo vydáno rozhodnutí, jímž mu byla uložena pokuta za spáchání jiného přestupku. Tento postup Úřadu vychází z konstantní rozhodovací praxe správních soudů, kdy je možné uvést rozsudek NSS ze dne 18. 6. 2009, č. j. 1 As 28/2009 – 62, popřípadě rozsudek NSS ze dne 16. 9. 2016 č. j. 6 As 245/2015 – 33. V prvně uvedeném rozsudku NSS konstatoval, že *„soud dovodil, že při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat tento trestněprávní institut vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva ve správním trestání všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. K této zásadě se již Nejvyšší správní soud vyslovil např. ve svém rozsudku ze dne 16. 4. 2008, č. j. 1 As 27/2008 - 67, dle něhož »použití analogie ve správním trestání je přípustné, a to v omezeném rozsahu, pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázku vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem.«* Soud dále pokračuje tak, že *„[t]restněprávní doktrína uvádí, že souběh »je dán tehdy, jestliže se pachatel dopustil dvou nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich vyhlášen soudem prvního stupně odsuzující rozsudek za podmínky, že tento rozsudek později nabyl právní moci a že o něm neplatí fikce neodsouzení«* (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: *Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, str. 26*).“ Současně je v citovaném rozsudku uvedeno, že pro potrestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale je nezbytné použití absorpční zásady, pakliže zde existují sbíhající se správní delikty (nyní přestupky).
142. Úřad uvádí, že přestupek uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí, k jehož spáchání došlo dne 11. 10. 2021, je v souběhu s přestupkem, který obviněný spáchal dne 31. 10. 2018, o němž bylo rozhodnuto v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0597/2023/VZ rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-51136/2023/510 ze dne 22. 12. 2023 (výrok I. citovaného rozhodnutí) a obviněnému za něj byla uložena pokuta ve výši 190 000 Kč.
143. Uvedené skutečnosti tedy Úřad zohlednil při stanovení výše pokuty, jak je uvedena ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.

144. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i ke ekonomické situaci obviněného. Ze schváleného rozpočtu obviněného na rok 2023¹³ Úřad zjistil, že obviněný v roce 2023 hospodařil s příjmy ve výši přes 1, 4 mld. Kč. Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k finančním prostředkům, kterými obviněný disponuje, považovat za nepřiměřeně zasahující (a v tomto smyslu nespravedlivou) ekonomickou situaci obviněného.
145. V této souvislosti Úřad poznamenává, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má mj. splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Stanovená výše pokuty podle Úřadu dostatečně naplňuje obě funkce právní odpovědnosti
146. Úřad uložil obviněnému pokutu ve výši, kterou vzhledem k okolnostem případu považuje za dostatečnou v tom smyslu, aby naplnila obě funkce právní odpovědnosti, a to při spodní hranici zákonné sazby, čímž akcentuje především preventivní funkci ukládané pokuty.
147. Úřad posoudil postup obviněného ze všech hledisek a s ohledem na výše uvedené rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
148. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

K výroku V. tohoto rozhodnutí – náklady řízení

149. Podle ustanovení § 93 odst. 1 písm. i) zákona o přestupcích se ve výrokové části rozhodnutí o přestupku, kterým je obviněný uznán vinným, kromě náležitostí podle správního řádu uvede výrok o náhradě nákladu řízení.
150. Správní orgán podle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích uloží obviněnému, který byl uznán vinným, povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou. Pokud bylo rozhodnutí o přestupku zrušeno jiným orgánem veřejné moci a tato skutečnost má za následek nesplnění podmínek pro uložení náhrady nákladů řízení, správní orgán nahrazené náklady vrátí.
151. Vzhledem k tomu, že zákon o přestupcích v současné době náklady řízení blíže neupravuje, vycházel Úřad při jejich uložení z obecného právního předpisu, kterým je správní řád. Podle § 79 odst. 5 správního řádu uloží správní orgán povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti. Podle citovaného ustanovení správního řádu výši paušální částky nákladů řízení stanoví prováděcí právní předpis. Tímto předpisem je vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“), která v § 6 odst. 1 stanoví, že paušální částka nákladů správního řízení, které účastník vyvolal porušením své právní povinnosti, činí 1 000 Kč.
152. Jelikož v tomto případě Úřad zahájil řízení o přestupcích z moci úřední, neboť dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupků, je zřejmé, že řízení bylo vyvoláno porušením právní povinnosti obviněného, a Úřad je tedy povinen obviněnému uložit náhradu nákladů řízení

¹³ Dostupného z: <https://mb-net.cz/rozpocty-a-hospodareni-mesta/ds-1034/archiv=0&p1=62849>

ve výši stanovené vyhláškou. Z tohoto důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku V. tohoto rozhodnutí.

153. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2023000591.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

Mgr. Zuzana Knobová, advokátka ev. č. ČAK 1494, se sídlem Nad Spádem 641/20, 147 00 Praha

Vypraveno dne

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