



UOHSX008F5ND

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R202/2015/VZ-01790/2017/322/DRu

Brno 17. ledna 2017

V řízení o rozkladu ze dne 9. 7. 2015 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj**, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0290/2015/VZ-15436/2015/532/ZČa ze dne 22. 6. 2015 vydanému ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Vývoj Národního elektronického nástroje (NEN) – systémový integrátor**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 14. 12. 2011 a uveřejněno téhož dne pod ev. č. 103202,

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

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0290/2015/VZ-15436/2015/532/ZČa ze dne 22. 6. 2015 ve výroku I. podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) téhož zákona

**m ě n í m**

tak, že tento nově zní:

Zadavatel – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že nepostupoval v souladu s § 6 citovaného zákona a v souladu **s § 82 odst. 7 písm. b) citovaného zákona**, když v rozporu se zásadou rovného zacházení uzavřel dne 17. 12. 2012 dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo uzavřené dne 20. 4. 2012 s vybraným uchazečem – DATASYS s.r.o., IČO 61249157, se sídlem Jeseniova 2829/20, 130 00 Praha 3, na veřejnou zakázku „Vývoj Národního elektronického nástroje (NEN) – systémový integrátor“ zadávanou formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 14. 12. 2011 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 12. 2011, pod ev. č. 103202, neboť tímto dodatkem změnil dobu plnění jmenované veřejné zakázky stanovenou v předmětné smlouvě o dílo v rozmezí od 20. 4. 2012 do 31. 12. 2012 na rozmezí od 20. 4. 2012 do 31. 10. 2013, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, jelikož tato změna by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.

II.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0290/2015/VZ-15436/2015/532/ZČa ze dne 22. 6. 2015 ve výroku II. podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) téhož zákona

**m ě n í m**

tak, že tento nově zní:

Zadavatel – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že nepostupoval v souladu s § 6 citovaného zákona a v souladu **s § 82 odst. 7 písm. b) citovaného zákona**, když v rozporu se zásadou rovného zacházení uzavřel dne 13. 9. 2013 dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo uzavřené dne 20. 4. 2012 ve znění předchozích dodatků č. 1 a č. 2 s vybraným uchazečem – DATASYS s.r.o., IČO 61249157, se sídlem Jeseniova 2829/20, 130 00 Praha 3, na veřejnou zakázku „Vývoj Národního elektronického nástroje (NEN) – systémový integrátor“ zadávanou formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 14. 12. 2011 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne

14. 12. 2011, pod ev. č. 103202, neboť tímto dodatkem změnil dobu plnění jmenované veřejné zakázky stanovenou v předmětné smlouvě o dílo ve znění předchozích dodatků č. 1 a č. 2 v rozmezí od 20. 4. 2012 do 31. 10. 2013 na rozmezí od 20. 4. 2012 do 31. 3. 2014, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z předmětné smlouvy o dílo, jelikož tato změna by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit vývěr nejvhodnější nabídky.

### III.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0290/2015/VZ-15436/2015/532/ZČa ze dne 22. 6. 2015 ve výroku III. podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona

**potvrzuji**

a podaný rozklad

**zamítám.**

### ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 14. 12. 2011 uveřejnil zadavatel – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“) ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zakázce s názvem „Vývoj Národního elektronického nástroje (NEN) – systémový integrátor“ v otevřeném řízení, jež bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 14. 12. 2011 a uveřejněno téhož dne pod ev. č. 103202 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky bylo zabezpečení dodávky Národního elektronického nástroje (dále jen „**NEN**“) v rámci realizace projektu „Národní infrastruktura pro elektronické zadávání veřejných zakázek (NIPEZ)“. Předmět plnění byl rozdělen do těchto fází: a) vytvoření NEN v souladu s dokumentem – Technická specifikace NEN; b) realizace akceptačních testů; c) ověření díla v pilotním provozu; d) předání díla k zajištění běžného provozu; e) školení pro pilotní provoz.
3. V bodu II. 3) „Doba trvání zakázky nebo lhůta pro dokončení“ oznámení o zakázce zadavatel stanovil dobu trvání veřejné zakázky na 10 měsíců. V bodu 4 „Doba a místo plnění Veřejné zakázky“ zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že: „*Smlouva na předmět Veřejné zakázky bude uzavřena na dobu určitou do 31. 12. 2012 s předpokládanou účinností ode dne 01. 03. 2012.*“
4. Dne 20. 4. 2012 uzavřel zadavatel na veřejnou zakázku smlouvu o dílo s vybraným uchazečem – DATASYS s.r.o., IČO 61249157, se sídlem Jeseniova 2829/20, 130 00 Praha 3 (dále jen „**vybraný uchazeč**“), a to za smluvní cenu díla ve výši 124 898 000 Kč bez DPH

(dále jen „**smlouva o dílo**“). Oznámení o zadání veřejné zakázky bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno k uveřejnění dne 23. 4. 2012 a uveřejněno dne 24. 4. 2012, pod ev. č. 103202. V čl. III odst. 1 „Doba, místo a podmínky plnění“ smlouvy o dílo bylo uvedeno: „*Doba na zhotovení a předání celého Díla do běžného provozu je od 20. 4. 2012 do 31. 12. 2012.*“

5. Dne 17. 12. 2012 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo (dále jen „**dodatek č. 1**“), jehož obsahem byla především změna čl. III odst. 1 smlouvy o dílo, který byl změněn takto: „*Doba na zhotovení a předání celého Díla do běžného provozu je od 20. 4. 2012 do 31. 10. 2013*“. Dodatek č. 1 upravoval harmonogram realizace plnění předmětu veřejné zakázky bez navýšení ceny díla. Dle preambule dodatku č. 1 byl tento uzavírán „*v souvislosti (s) opatřeními objednatele, jako reakce na identifikovaná rizika na straně zhotovitele mající dopad na rychlost a správnost postupu implementace řešení NEN*“.
6. Dne 13. 9. 2013 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo (dále jen „**dodatek č. 3**“), který vedle úpravy předmětu smlouvy o dílo opětovně změnil i čl. III odst. 1 smlouvy o dílo tak, že „*Doba na zhotovení a předání celého díla do běžného provozu je od 20. 4. 2012 do 31. 3. 2014*“. V návaznosti na uvedené pak dodatek č. 3 upravoval i harmonogram realizace plnění.
7. Účelem uzavření dodatku č. 3 byla dle jeho čl. 1 souvislost „*s nutností provedení implementace změn do Národního elektronického nástroje (NEN) (...) tak, aby odpovídala požadavkům na úpravy technické specifikace NEN.*“ Dodatkem č. 3 byl změněn mimo jiné i článek I. smlouvy o dílo tak, že „*Předmětem této smlouvy je rovněž promítnutí změn vyvolaných zákonem č. 55/2012 Sb. kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (...) a prováděcími předpisy*“.
8. Dne 30. 9. 2014 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“<sup>1</sup>) k dohledu nad dodržováním zákona podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal zadávací dokumentaci o veřejné zakázce. Po přezkoumání předložených podkladů získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele s § 6 zákona, když dodatky č. 1 a č. 3 ke smlouvě o dílo opakovaně prodloužil dobu plnění veřejné zakázky stanovenou ve smlouvě o dílo, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností ze smlouvy o dílo vyplývajících.
9. Dne 15. 5. 2015 byl zadavateli Úřadem doručen přípis č. j. ÚOHS-S209/2015/VZ-11570/2015/532/ZČa z téhož dne, kterým zadavateli oznámil zahájení správního řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správních deliktů zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona při zadávání veřejné zakázky.

---

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

## II. Napadené rozhodnutí

10. Dne 22. 6. 2015 vydal Úřad po posouzení toho, co ve správním řízení vyšlo najevo, rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0290/2015/VZ-15436/2015/532/ZČa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
11. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nepostupoval v souladu s § 6 zákona, když v rozporu se zásadou rovného zacházení uzavřel dne 17. 12. 2012 dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo, neboť dodatkem č. 1 změnil dobu plnění veřejné zakázky stanovenou ve smlouvě o dílo v rozmezí od 20. 4. 2012 do 31. 12. 2012 na rozmezí od 20. 4. 2012 do 31. 10. 2013, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, jelikož tato změna by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
12. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nepostupoval v souladu s § 6 zákona, když v rozporu se zásadou rovného zacházení uzavřel dne 13. 9. 2013 dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo, neboť dodatkem č. 3 změnil dobu plnění veřejné zakázky stanovenou ve smlouvě o dílo ve znění předchozích dodatků č. 1 a č. 2 v rozmezí od 20. 4. 2012 do 31. 10. 2013 na rozmezí od 20. 4. 2012 do 31. 3. 2014, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, jelikož tato změna by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
13. Výrokem III. napadeného rozhodnutí uložil Úřad za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí zadavateli pokutu ve výši 550 000 Kč.
14. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že dodatek č. 1 a dodatek č. 3 byly uzavírány jako reakce na novelizace zákona a potřebu zapracování vzniklých legislativních změn do předmětu veřejné zakázky a v této souvislosti do časového harmonogramu plnění veřejné zakázky. Pokud by byla doba plnění veřejné zakázky odpovídajícím způsobem konstruována již v zadávacích podmínkách k veřejné zakázce, dle Úřadu se mohl zadávacího řízení účastnit i jiný dodavatel, který by mohl podat nabídku s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele resp. s nižší nabídkovou cenou, než podal vybraných uchazeč.
15. Úřad k tomu dále uvedl, že k nezákonnému prodloužení doby plnění veřejné zakázky nedošlo na základě skutečností, které by zadavatel v době provádění zadávacího řízení veřejné zakázky nemohl předvídat. Dle Úřadu si zadavatel byl naopak vědom připravované novelizace zákona a měl tuto skutečnost při přípravě resp. v průběhu zadávacího řízení reflektovat.

## III. Námitky rozkladu

16. Dne 8. 7. 2015 podal zadavatel Úřadu proti napadenému rozhodnutí rozklad (na dokumentu uvedeno datum 9. 7. 2015), který byl Úřadu doručen téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 24. 6. 2015. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

17. V rozkladu zadavatel namítá, že Úřad při posouzení věci nezohlednil předmět plnění a okolnosti, které vedly k prodloužení lhůty plnění. Dle zadavatele uzavřením dodatku č. 1 a č. 3 nedošlo k prodloužení času, který měl vybraný uchazeč na realizaci veřejné zakázky, neboť ten neměl po určitou dobu upravenou Technickou specifikaci NEN. Pro vybraného uchazeče tak změna termínu dodání konečného díla neznamovala prodloužení lhůty plnění, ale zejména posun v časovém harmonogramu, neboť po dobu, kdy neměl k dispozici aktualizovanou verzi Technické specifikace NEN, nemohl provádět veškeré práce tak, jak původně předpokládal.
18. Zadavatel namítá, že úvahy Úřadu o možnosti stanovení doby plnění veřejné zakázky odpovídajícím způsobem již v zadávacích podmínkách považuje za nepodložené spekulace, které nemohou být podkladem pro vydání rozhodnutí o spáchání správního deliktu. Napadené rozhodnutí je dle názoru zadavatele vnitřně rozporné, kdy sice vymezení předmětu veřejné zakázky je shledáno v souladu se zákonem, a přesto je právě toto vymezení předmětu veřejné zakázky v napadeném rozhodnutí uváděno jako zásadní důvod pro závěr o spáchání správních deliktů.
19. Zadavatel v rozkladu dále namítá, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí ignoroval fakt, že pro změnu NEN je po každé změně zákona nejprve nutné provést změnu technické specifikace NEN a teprve po úpravě technické specifikace mohl implementátor NEN změnu NEN provést. Dle zadavatele přitom nelze zadávací podmínky koncipovat tak, aby na jedné straně obsahovaly změny zákona, které nelze časově ani obsahově přesně vymezit a zároveň na straně druhé dodržet zákonné požadavky na určitost zadávací dokumentace.
20. Dle zadavatele Úřad při stanovení výše pokuty nepostupoval v souladu se zákonem a stanovenou pokutu považuje s přihlédnutím ke skutkovým okolnostem za nepřiměřeně vysokou.

#### **Závěr rozkladu**

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

#### **IV. Řízení o rozkladu**

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

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

23. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
24. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl výrokem I. tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nepostupoval v souladu

s § 6 zákona, když v rozporu se zásadou rovného zacházení uzavřel dodatek č. 1, neboť dodatkem č. 1 změnil dobu plnění veřejné zakázky stanovenou ve smlouvě o dílo v rozmezí od 20. 4. 2012 do 31. 12. 2012 na rozmezí od 20. 4. 2012 do 31. 10. 2013, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, jelikož tato změna by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nerozhodl správně a v souladu se zákonem, když tak došlo k naplnění podmínek stanovených v § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu pro změnu napadeného rozhodnutí v tomto výroku.

25. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl výrokem II. tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nepostupoval v souladu s § 6 zákona, když v rozporu se zásadou rovného zacházení uzavřel dodatek č. 3, neboť dodatkem č. 1 změnil dobu plnění veřejné zakázky stanovenou ve smlouvě o dílo ve znění předchozích dodatků č. 1 a č. 2 v rozmezí od 20. 4. 2012 do 31. 10. 2013 na rozmezí od 20. 4. 2012 do 31. 3. 2014, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, jelikož tato změna by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nerozhodl správně a v souladu se zákonem, když tak došlo k naplnění podmínek stanovených v § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu pro změnu napadeného rozhodnutí v tomto výroku.
26. Dále Úřad tím, že výrokem III. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli pokutu za spáchání správních deliktů ve výši 550 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke změně výroků I. a II. napadeného rozhodnutí a k potvrzení výroku III. napadeného rozhodnutí a proč jsem nepřistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu**

27. Podle § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží; tímto ustanovením není dotčeno právo na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem.

*K důvodu změny napadeného rozhodnutí ve výrocih I. a II. napadeného rozhodnutí*

28. Podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část změnit; změnu nelze provést, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se; podle § 36 odst. 3 se postupuje, pouze pokud jde o podklady rozhodnutí nově pořízené odvolacím správním orgánem; je-li to zapotřebí k odstranění vad odůvodnění, změnit odvolací správní orgán rozhodnutí v části odůvodnění; odvolací správní orgán nemůže svým rozhodnutím změnit rozhodnutí orgánu územního samosprávného celku vydané v samostatné působnosti.

29. Výše uvedené ustanovení správního řádu umožňuje odvolacímu správnímu orgánu provést změnu rozhodnutí vydaného I. stupněm za situace, kdy dospěje k závěru, že je napadené rozhodnutí v rozporu s právními předpisy nebo je nesprávné, tedy pokud po přezkoumání napadeného rozhodnutí dospěje k odlišnému právnímu závěru na skutková zjištění obsažená ve správním spisu. Za takového stavu je oprávněn změnit napadené rozhodnutí tak, že celé výroky či jejich část nahradí vlastním rozhodnutím. Je však nutno poznamenat, že ke změně není odvolací správní orgán oprávněn přistoupit kdykoliv, neboť je v této možnosti omezen. Například tak nemůže dojít ke změně napadeného rozhodnutí za situace, kdy by byla účastníku řízení odňata možnost odvolat se proti změněnému rozhodnutí. K této problematice se obdobně vyjadřuje i odborná literatura, např. publikace Jemelka, L., Pondělíčková, K., Bohadlo, D.: Správní řád. Komentář. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 503 a násl. k § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu: *"Odvolací orgán tak nahradí některé výroky či celou výrokovou část svým rozhodnutím, vycházejí z odlišného právního názoru na skutková zjištění obsažená v předloženém spisovém materiálu či doplněná odvolacím orgánem. Jak je již uvedeno výše, změna rozhodnutí by měla být odvolacím orgánem preferována před zrušením rozhodnutí a vrácením věci k novému projednání, pokud jsou k tomu splněny zákonné předpoklady. Pokud správní orgán změni jen část napadeného rozhodnutí, musí je ve zbytku potvrdit dle odstavce 5 věty druhé tohoto ustanovení a nemůže například konstatovat, že další části rozhodnutí ponechává beze změny. Omezující podmínkou, kdy změnu nelze provést, je situace, kdy by změnou rozhodnutí některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se. Toto omezení zabraňuje tzv. překvapivým rozhodnutím, kdy by například odvolací správní orgán rozšířil sankční řízení na další skutkové podstaty správních deliktů, neboť proti „přidaným“ skutkovým podstatám správních deliktů by již účastník neměl možnost podat odvolání, což je v rozporu se zásadou dvojinstančnosti správního řízení. Vyloučeno ovšem není například upřesnění napadeného výroku rozhodnutí, jehož obsah zůstává v kontextu jeho odůvodnění nezměněn (srov. např. NSS 8 As 6/2013)."*
30. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad blíže nevyjadřoval k otázce relevantního znění zákona, když ve výroku I. a výroku II. napadeného rozhodnutí konstatoval porušení § 6 zákona bez dalšího, ačkoli v odůvodnění napadeného rozhodnutí vycházel při posouzení povahy změn smlouvy z ust. § 82 odst. 7 zákona, který byl do zákona vtělen zákonem č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**novela č. 55/2012 Sb.**“) s účinností od 1. 4. 2012. K tomu Úřad odkázal i na znění rozsudku Soudního dvora Evropské unie (tehdy Evropského soudního dvora) (dále jen „**SDEU**“) vydaného ve věci C – 454/06 Priesstetext Nachrichtenagentur GmbH vs. Republik Österreich (Bund) ze dne 19. 6. 2008 (dále jen „**rozsudek Priesstetext**“).
31. Úřad se výslovně nevyjádřil k té otázce, zda je třeba na posouzení jednání zadavatele spočívajícího v uzavření dodatků ke smlouvě o dílo, aplikovat znění zákona účinné v době, kdy bylo zahájeno zadávací řízení (znění, v němž ještě ust. § 82 odst. 7 zákona nenabývalo účinnosti), či zda je pro posouzení věci rozhodné znění zákona účinné v době uzavření dodatku č. 1 resp. dodatku č. 3 (ve znění novely č. 55/2012 Sb.). Přes absenci posouzení otázky příslušnosti právní úpravy konstatoval Úřad ve výroku I. a II. napadeného rozhodnutí nezákonnost jednání zadavatele toliko porušením zásady rovného zacházení zakotvené v § 6 zákona a nikoli porušením § 82 odst. 7 zákona.



32. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí jsem dospěl k závěru, že je zde dán důvod pro změnu napadeného rozhodnutí ve výrocích I. a II., neboť mám za to, že Úřad pochybil, když neshledal postup zadavatele v rozporu s § 82 odst. 7 zákona, přestože toto ustanovení bylo účinné v době, kdy zadavatel uzavíral dodatek č. 1 resp. dodatek č. 3, jinak řečeno, bylo účinné v den, kdy bylo učiněno jednání zadavatele, které bylo ve správním řízení posouzeno jako jednání naplňující skutkovou podstatu správních deliktů.
33. Z hlediska posouzení otázky toho, zda zadavatel spáchal správní delikt či nikoliv, je totiž třeba vycházet z obecných principů pro trestnost správních deliktů, které jsou stejné jako principy trestněprávního trestání. K otázce užití principů trestního práva na správněprávní trestání se opakovaně vyjadřoval i Nejvyšší správní soud např. v rozsudku č. j. 8 As 17/2007-135, publikovaném ve Sbírce rozhodnutí NSS pod č. 1338/2007. Jedním ze základních principů pro posouzení trestnosti, který je zakotven i v ústavním zákoně zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „**Listina**“) je to, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.
34. V rozhodovaném případě bylo předmětem posouzení možné spáchání správního deliktu jednáním zadavatele spočívajícím v uzavření dodatku č. 1, k čemuž došlo dne 17. 12. 2012, resp. v uzavření dodatku č. 3 dne 13. 9. 2013, když tak ke spáchání správních deliktů mělo dojít právě v těchto dnech. Je nepochybné, že ust. § 82 odst. 7 zákona bylo do něj včleněno novelou č. 55/2012 Sb. s účinností od 1. 4. 2012. Z uvedeného tedy jednoznačně vyplývá, že ust. § 82 odst. 7 zákona bylo účinné v době, kdy zadavatel uzavíral dodatek č. 1 i dodatek č. 3, a tedy bylo účinné v den, kdy bylo učiněno jednání zadavatele, které bylo ve správním řízení posouzeno jako jednání naplňující skutkovou podstatu správního deliktu, jak bylo konstatováno ve výroku I. resp. výroku II. napadeného rozhodnutí. Podle příslušného článku Listiny je tak třeba při posouzení trestnosti správního deliktu vycházet ze znění účinného ke dni jeho spáchání, což byl ve vztahu ke správnímu deliktu dle výroku I. napadeného rozhodnutí den 17. 12. 2012 resp. ve vztahu ke správnímu deliktu dle výroku II. napadeného rozhodnutí den 13. 9. 2013, když tak je nepochybné, že ust. § 82 odst. 7 zákona má být na rozhodovaný případ aplikováno.
35. Ačkoliv jsem dospěl k závěru, že byly splněny podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí v jeho výroku I. a výroku II. a pro změnu v odpovídající části odůvodnění napadeného rozhodnutí, je třeba současně vypořádat otázku, zda změnou napadeného rozhodnutí nemůže být zadavateli způsobena újma spočívající v tom, že by mu byla odňata možnost podat proti takové změně odvolání, případně zda se nejedná o tzv. překvapivé rozhodnutí.
36. K možné překvapivosti provedené změny nejprve v obecné rovině uvádím, že za překvapivé rozhodnutí může být považováno takové, které je pro účastníka řízení s ohledem na stav řízení a dokazování a s ohledem na uplatněné námitky překvapivé. K problematice překvapivosti vydaného správního rozhodnutí se vyslovil i Nejvyšší správní soud např. v rozsudku č. j. 8 Afs 59/2005-83, ze dne 20. 7. 2007, v němž uvedl, že: *"(...) překvapivost rozhodnutí pro jeho adresáta je přitom chápána jako projev nepředvídatelnosti rozhodování. Ústavní soud se otázkou předvídatelnosti rozhodování opakovaně zabýval v souvislosti s řízením soudním. Zde sluší zmínit např. nález ze dne 24. 2. 2004, sp. zn. I. ÚS 654/03 (in Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek č. 32, nález č. 27, strana 255). Ústavní soud zde označil za projev libovůle a porušení práva na spravedlivý proces situaci,*

*kdy je rozhodnutí „pro účastníka řízení s ohledem na dosavadní stav řízení, stav dokazování, existující procesní situaci a především uplatněné právní námitky překvapivé“. Jakkoli Ústavní soud tyto závěry vyslovil v souvislosti s rozhodováním soudů, lze je, dle názoru Nejvyššího správního soudu, nepochybně vztáhnout i na řízení správní. Za explicitní vyjádření této kautely v jednoduchém právu lze považovat ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu z roku 2004 (zákon č. 500/2004 Sb., správní řád);(...)"* Jak lze dále dovodit ze závěrů uvedeného rozsudku Nejvyššího správního soudu nelze za překvapivé rozhodnutí považovat takové, které nepředstavuje zásadní změnu v právním posouzení dané věci.

37. Mám za to, že nelze změnu ve výrocích označit za překvapivou, neboť touto změnou nedošlo k zásadní změně právní kvalifikace, když jednání zadavatele je i nadále posouzeno jakožto porušující ust. § 6 zákona, a to z toho důvodu, že umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy o dílo, což je v rozporu se základními zásadami, na nichž zákon stojí, přičemž však došlo k doplnění ust. § 82 odst. 7 písm. b) zákona, který se vztahuje k otázce podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy. Z pohledu právní kvalifikace jednání zadavatele, tak nedošlo ke změně, neboť toto je stejně jako dříve kvalifikováno jakožto správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, současně nedošlo k rozšíření nebo změně skutku, v němž je správní delikt spatřován a nedošlo ani k rozšíření počtu správních deliktů, které by zadavateli byly kladeny za vinu. S ohledem na výše uvedené tak, mám za to, že nejsou dána omezení pro změnu napadeného rozhodnutí tak, jak je uvedeno ve výroku I. resp. výroku II. tohoto rozhodnutí, a proto jsem ke změně napadeného rozhodnutí v uvedeném rozsahu přistoupil.

*K nezákonnosti změn smlouvy o dílo*

38. Rozklad zadavatele směřuje do všech výroků napadeného rozhodnutí. Argumentace zadavatele je postavena na tvrzení, že termín plnění veřejné zakázky nebyl zásadně prodloužen, ale došlo pouze k jeho přesunutí na jiné časové období z důvodů nespočítajících na straně dodavatele. Taková změna pak dle zadavatele není změnou podstatnou a nemohla mít ani potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Nejprve jsem se tak zabýval přezkumem otázky, zda uzavřením dodatků č. 1 a č. 3 zadavatel umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo.
39. Otázka toho, co je možné považovat za podstatnou změnu smlouvy, vychází prvotně z judikatury SDEU, konkrétně pak zejména z rozsudku *Presstext*. Jak správně uzavřel i Úřad v napadeném rozhodnutí, rozsudek *Presstext* vymezil určující hranici pro to, co je možné považovat za podstatnou změnu smlouvy, která je změnou zakázanou a která ve svém důsledku představuje porušení základních zásad, na nichž zadávání veřejných zakázek stojí, a pro to, co naopak podstatnou změnou smlouvy není, a co je tedy zadavatel oprávněn učinit.
40. Přípustná změna smlouvy, která není považována za změnu podstatnou je dle rozsudku *Presstext* například taková změna, která byla za přesných podmínek dostatečně konkrétně a přesně předvídaná v zadávacích podmínkách nebo změna reagující na celoplošně objektivní situaci, kdy se smlouva přizpůsobovala nově zavedené státní měně, a kterou se tak veřejná zakázka pouze přizpůsobovala změněným vnějším okolnostem za podmínky, že je takové přizpůsobení minimální a existuje pro něj objektivní zdůvodnění.

41. Naproti tomu za podstatnou změnu smlouvy SDEU v rozsudku Pressetext označil natolik významnou změnu smlouvy, která vykazuje záměr smluvních stran stanovit nové smluvní podmínky, které nebyly v původní smlouvě sjednány, a fakticky uzavřít smlouvu novou.
42. Dle SDEU je podmínkou pro učinění závěru, že změna smlouvy byla podstatná (1) uskutečnění změny během doby trvání veřejné zakázky, jak vyplývá z konstatování „*Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou (...)*“. Zároveň však musí jít o takovou změnu, která (2) „*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*“ nebo o takovou změnu, která (3) „*značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány*“ nebo (4) „*mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.*“ Za podstatnou změnu smlouvy je tedy dle rozsudku Pressetext nutné považovat takovou změnu, k níž došlo během doby trvání veřejné zakázky (1) a která splňuje některou z podmínek (2), (3) nebo (4).
43. Do českého právního řádu, konkrétně do zákona, pak závěry tohoto zásadního judikátu byly včleněny až novelou č. 55/2012 Sb. s účinností od 1. 4. 2012, konkrétně do § 82 odst. 7 zákona, který zní: „*Zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by a) rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) a § 23 odst. 7, b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů, c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo d) změnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče*“.
44. Komentářová literatura konkrétně publikace Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, k tomuto zákonnému ustanovení na str. 815 a násl. uvádí: „*Komentované ustanovení obsahuje možnost změny smluvních stran, tedy změnit smlouvy uzavřené na základě závazného postupu podle zákona o veřejných zakázkách. Nelze říci, že by zadavatel měl volnost při modifikaci smluv či uzavírání dodatků ke smlouvě, neboť každá významná smluvní změna předmětu veřejné zakázky zadávané v režimu zákona o veřejných zakázkách neuzavřená postupem podle tohoto zákona je porušením jeho základních zásad obsažených v § 6 a § 82 odst. 7. Podle ustanovení § 82 odst. 2 smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče. V praxi však často dochází k potřebám změn smluv v různém rozsahu a vyvstává otázka, v jakém rozsahu může být smlouva měněna mimo režim zákona a v režimu zákona, tedy kdy jde z hlediska zákona smlouva uzavřená podle podmínek zadání veřejné zakázky a kdy již jde o smlouvu po úpravě původními podmínkami zadání veřejné zakázky neodpovídající. Nauka i rozhodovací praxe (dále citovaná) stojí na stanovisku, že zadavatel není oprávněn přistoupit k uzavření smlouvy, pokud by v jejím důsledku mělo dojít k takovým změnám smlouvy, že by měla vliv předchozí zadávací řízení, okruh dodavatelů a takovou změnu nabídky vítězného uchazeče, že by jeho nabídka po změně smlouvy již být nejvýhodnější být nemusela. Jinými slovy řečeno, smluvní strany mohou uzavřít dodatek ke smlouvě na realizaci veřejné zakázky, pokud takové změny nemění podmínky zadávacího*

*řízení, zvláště ty, které jsou v neprospěch zadavatele (zejména je nepřipustné navýšení ceny).“*

45. V rozhodovaném případě ze zjištěného skutkového stavu vyplývá, že zadavatel dne 17. 12. 2012 uzavřel s vybraným uchazečem dodatek č. 1, kterým změnil smlouvu o dílo uzavřenou dne 20. 4. 2012, jehož obsahem byla především změna čl. III odst. 1 smlouvy o dílo, kterým došlo k posunu termínu zhotovení a předání díla do běžného provozu do 31. 10. 2013 (původní termín byl stanoven do 31. 12. 2012). Dne 13. 9. 2013 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo, kterým vedle úpravy předmětu smlouvy o dílo opětovně změnil i čl. III odst. 1 smlouvy o dílo, když posunul termín zhotovení a předání celého díla do běžného provozu do 31. 3. 2014. Z provedeného dokazování tak vyplývá, že uzavřením dodatku č. 1 a dodatku č. 3 došlo ke změně smlouvy o dílo, přičemž tuto skutečnost nerozporuje ani zadavatel.
46. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že pokud by zadavatel stanovil možnost variabilně měnit datum dokončení předmětu veřejné zakázky v závislosti na případných novelizacích zákona již v zadávacích podmínkách, nelze vyloučit, že by zadavatel mohl obdržet výhodnější nabídky.
47. Považuji za nesporné, že doba realizace plnění byla z původních cca 8 měsíců doby trvání smlouvy o dílo prodloužena dodatkem č. 1 o 10 měsíců a dodatkem č. 3 o dalších 5 měsíců. Konečná doba realizace díla tak byla sjednána v téměř trojnásobné délce oproti době plnění uvedené v zadávacích podmínkách a smlouvě o dílo. Uvedené zadavatel nijak nerozporuje, pouze líčí důvody takového prodloužení, zlehčuje jeho význam a odmítá vliv takové změny smlouvy o dílo na okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku.
48. K námitce zadavatele, že dodatek č. 1 a dodatek č. 3 reagovaly na nutnost provedení implementace legislativních změn vyvolaných přijetím novely č. 55/2012 Sb. a souvisejících prováděcích předpisů do NEN uvádím, že tyto skutečnosti nemohou ospravedlnit postup zadavatele, který uzavřením dodatku č. 1 a dodatku č. 3 jednal v rozporu s § 6 a § 82 odst. 7 písm. b) zákona. Závěr Úřadu, že dobu plnění mohl zadavatel odpovídajícím způsobem konstruovat již v zadávacích podmínkách veřejné zakázky resp. smlouvě o dílo, naopak považuji za správný, což odůvodňuji následovně.
49. Úřad v bodu 44. odůvodnění napadeného rozhodnutí přehledně uvedl časový sled skutečností relevantních pro posouzení věci. Z uvedeného přehledu vyplývá, že zadavatel si byl již v době zahájení zadávacího řízení veřejné zakázky (dne 14. 12. 2011) vědom připravované novely č. 55/2012 Sb., když jakožto gestor legislativy v oblasti zadávání veřejných zakázek se na její přípravě sám podílel a *de facto* tuto přípravu řídil. Stanovení zadávacích podmínek veřejné zakázky, zde konkrétně stanovení termínu plnění předmětu smlouvy o dílo, tomu tak mohl a měl přizpůsobit.
50. Návrh novely č. 55/2012 Sb. byl Poslanecké sněmovně předložen dne 23. 5. 2011, ta jej postoupila Senátu dne 22. 11. 2011, který jej projednal dne 14. 12. 2011. Novela č. 55/2012 Sb. byla přijata dne 31. 1. 2012, v platnost vešla dne 24. 2. 2012 a účinnosti nabyla dne 1. 4. 2012. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel měl již v době zahájení zadávacího řízení, tj. dne 14. 12. 2011, jasnou představu o znění novely č. 55/2012 Sb. a předpokládané změny zákona mohl při stanovení doby plnění veřejné zakázky v zadávací dokumentaci zohlednit. Pokud tak neučinil již při zahájení zadávacího řízení, mohl v závislosti na průběhu

legislativního procesu změnit dobu plnění veřejné zakázky ještě v době běžící lhůty pro podání nabídek dodatečnými informacemi a to společně s tomu odpovídajícím prodloužením této lhůty. Již od 31. 1. 2012 měl totiž zadavatel na jisto postaveno, že novela č. 55/2012 Sb. nabyde účinnosti dne 1. 4. 2012, přičemž dobu plnění veřejné zakázky v zadávacích podmínkách nijak neprodloužil a lhůtu pro podání nabídek ponechal stanovenou do 7. 2. 2012.

51. Pokud se zadavatel snažil změnu legislativy a s tím spojený požadavek na úpravu Technické specifikace NEN zohlednit až následně ve smlouvě o dílo, učinil tak způsobem, kdy fakticky umožnil vybranému uchazeči poskytovat plnění za mírnějších podmínek (delší doba plnění), které, pokud by byly součástí již zadávací dokumentace k veřejné zakázce, mohly by umožnit účast v zadávacím řízení i jiným dodavatelům a ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Takový postup je přitom s ohledem na právní úpravu zadávání veřejných zakázek nepřijatelný.
52. Zadavatel v rozkladu na jedné straně namítá, že v souvislosti se změnami, které formou několika poslaneckých návrhů nastaly v průběhu legislativního procesu, nebylo zřejmé, zda vůbec a kdy bude novela č. 55/2012 Sb. přijata a z toho důvodu nemohl legislativní změny zohlednit již při tvorbě zadávacích podmínek k veřejné zakázce. Naproti tomu však zadavatel v rozkladu tvrdí, že byl schopen uzavřít dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo ještě v době, kdy byl v Poslanecké sněmovně České republiky projednáván návrh zákonného opatření č. 341/2013 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákonné opatření č. 341/2013 Sb.**“), jelikož „*v době uzavírání dodatku však již byl znám přibližný rozsah nových změn (...), proto mohl být dodatek uzavřen komplexně pro všechny změny*“.
53. Jestliže byl tedy zadavatel schopen plánované změny zákona zohlednit při uzavírání dodatku č. 3, ačkoli byl dodatek č. 3 uzavřen před nabytím platnosti a účinnosti zákonného opatření č. 341/2013 Sb., byl jistě schopen legislativní změny zohlednit i při uzavírání smlouvy o dílo, k čemuž navíc došlo téměř 3 měsíce po nabytí platnosti novely č. 55/2012 Sb. a rovněž tak po nabytí její účinnosti.
54. Ačkoli si jsem vědom toho, že novela č. 55/2012 Sb. obsahovala více změn zákona než zákonné opatření č. 341/2013 Sb., nemůže tato argumentace zadavatele z výše uvedeného obstát a z důvodu vnitřní rozpornosti zadavatelových námitek ji považuji za účelovou. Jak jsem již uvedl, měl zadavatel v době zahájení zadávacího řízení resp. v době uzavření smlouvy o dílo jasnou představu o znění novely č. 55/2012 Sb., stejně jako dle svých slov měl představu o znění zákonného opatření č. 341/2013 Sb. v době uzavření dodatku č. 3 a předpokládané změny zákona proto mohl při stanovení doby plnění veřejné zakázky v zadávací dokumentaci, resp. ve smlouvě o dílo, zohlednit.
55. Obdobně zadavatel argumentoval i v otázce realizace zadávacího řízení na úpravu Technické specifikace NEN v reakci na připomínkové řízení k zákonnému opatření č. 341/2013 Sb., když v rozkladu uvedl, že „*aby MMR předešlo zbytečné dlouhé prodlevě při zapracování změn zákona do NEN, zahájilo již v průběhu legislativního procesu kroky vedoucí ke změně technické specifikace NEN*“. Pak ale není zřejmé, z jakého důvodu nepostupoval zadavatel shodným způsobem již v době připravované novely č. 55/2012 Sb. a nečinil již tehdy kroky k realizaci zadávacího řízení na úpravu Technické specifikace NEN. Takovému postupu

by zcela jistě mohl přizpůsobit i zadávací podmínky nyní přezkoumávané veřejné zakázky již před zahájením zadávacího řízení. Rovněž zde tak sledávám argumentaci zadavatele vnitřně rozpornou.

56. S ohledem na výše uvedené jsem dospěl k závěru, že zadavatel měl dostatečně konkrétní představu o znění novely č. 55/2012 Sb. a mohl mít tedy představu o časové náročnosti na změnu Technické specifikace NEN v souladu se změnami, které tato novela přinese. Zadavatel si měl být v době probíhajícího zadávacího řízení vědom, že po uzavření smlouvy bude dodavatel, s nímž bude smlouva uzavřena, schopen provádět pouze činnosti, na které neměly vliv změny obsažené v novele č. 55/2012 Sb., a že tento dodavatel nebude moci ve vývoji NEN pokračovat dříve, než budou legislativní změny zapracovány do Technické specifikace NEN, resp. než bude realizováno zadávací řízení na úpravu Technické specifikace NEN.
57. Dospěl jsem k závěru, že legislativní změny tedy byly okolností, kterou zadavatel mohl a měl objektivně předvídat a nemohou být ani považovány za vícepráce, jak se zadavatel snaží dovodit. Jak již bylo uvedeno, bylo předmětem veřejné zakázky zajištění vytvoření NEN v souladu s Technickou specifikací NEN. Uzavřením dodatků č. 1 a 3 zadavatel provedl změnu termínu plnění smlouvy o dílo, jelikož z důvodu prováděných novelizací zákona neměl příslušnou Technickou specifikaci NEN, požadovanou pro plnění předmětu smlouvy o dílo, připravenou k poskytnutí zhotoviteli díla, resp. nebyl v té době dosud realizován předmět zadávacího řízení na úpravu Technické specifikace NEN. Na základě dodatků č. 1 a č. 3 tak nebyly realizovány vícepráce, jak namítá zadavatel, ale došlo k zakázané změně termínu plnění díla, přičemž jak již bylo odůvodněno výše, skutečnost, že zadavatel neměl upravenou Technickou specifikaci NEN k dispozici, není důvodem pro provedení zakázané změny smlouvy.
58. Důvody, které vedly zadavatele k uzavření dodatku č. 1 a dodatku č. 3 smlouvy o dílo, nejsou okolnostmi, které by zákon spojoval s oprávněním odchýlit se od znění smlouvy. Pokud zákon stanoví, že je zadavatel povinen uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce a změna provedená zadavatelem neprojde testem, kterým se určuje, zda je či není změnou podstatnou, není možné se odvolávat na okolnosti ať už objektivní nebo subjektivní, které zadavatele k nezákonnému postupu vedly. Zákon pro dodržení svých základních zásad, stanovených v § 6 zákona, koncipuje veřejné zadávání jako vysoce formalizovaný proces, který váže zadavatele a uchazeče přesně stanoveným postupem a právě jeho dodržení je považováno za nejlepší záruku naplnění základních zásad veřejného zadávání.
59. Skutečnost, že Úřad neuvedl, jakou zákonnou možnost stanovení doby plnění veřejné zakázky měl zadavatel zvolit, aby byly požadavky zákona naplněny, pak nemá na správnost nebo zákonnost napadeného rozhodnutí vliv. Úkolem Úřadu totiž v souladu s § 112 zákona není určovat konkrétní kroky, kterými měl zadavatel v průběhu zadávacího řízení postupovat a způsoby zadání, jichž měl dle zákona využít. Naopak by byl takový postup Úřadu nepřiměřeným zásahem do vlastního uvážení zadavatele, k čemuž Úřad není příslušný, neboť by se tím Úřad sám stylizoval do role zadavatele. Ustanovení § 112 zákona totiž uvádí taxativní výčet pravomocí Úřadu při výkonu dohledu. Podle § 112 odst. 2 zákona pak Úřad projednává toliko správní delikty podle § 120 odst. 1 a § 120a odst. 1 zákona a ukládá sankce za jejich spáchání. Z uvedeného vyplývá, že Úřad postupoval správně, když se zabýval

posouzením možného spáchání správních deliktů, ve výrocích napadeného rozhodnutí uvedl, k jakému závěru o spáchání správních deliktů dospěl a tyto závěry dostatečně odůvodnil, aniž by uvedl konkrétní postup, který měl zadavatel při zadávání veřejné zakázky zvolit. Takový postup Úřadu považuji za správný a zákonný a napadené rozhodnutí za přezkoumatelné.

60. Zadavatel v rozkladu dále namítá, že Úřad v napadeném rozhodnutí nikde neuvedl, že by při vymezení předmětu veřejné zakázky jakýmkoli způsobem porušil zákon, přitom je právě vymezení předmětu veřejné zakázky zásadním důvodem pro učinění závěru Úřadu o spáchání správního deliktu. Z toho důvodu zadavatel namítá vnitřní rozpornost napadeného rozhodnutí.
61. K této námitce uvádím, že vymezení předmětu veřejné zakázky zadavatelem v zadávacích podmínkách nebylo předmětem přezkumu tohoto správního řízení, když jako věc správního řízení vymezil Úřad v oznámení o zahájení správního řízení možné spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona umožněním podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo uzavřením dodatku č. 1 a dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo. Úřad se tak správně omezil na posouzení povahy změn smlouvy o dílo uzavřením dodatku č. 1 resp. dodatku č. 3. Pokud se Úřad v napadeném rozhodnutí vyjadřoval k charakteru předmětu veřejné zakázky, pak pouze v souvislosti se zadavatelem umožněnou podstatnou změnou smlouvy o dílo, která by za použití v již v původních zadávacích podmínkách mohla umožnit účast v zadávacím řízení i jinému dodavateli, který by mohl podat pro zadavatele výhodnější nabídku. Není tak pravdivé tvrzení zadavatele, že Úřad shledal vymezení předmětu veřejné zakázky v souladu se zákonem, když posouzení tohoto předmětu veřejné zakázky nebylo věcí tohoto správního řízení a Úřad se jeho posouzením nezabýval. Úřad se vyjadřoval toliko k otázce charakteru změny smlouvy o dílo, když dospěl ke správnému závěru, že tato změna provedená uzavřením dodatku č. 1 resp. dodatku č. 3 je změnou podstatnou ve smyslu rozsudku *Pressetext* resp. ve smyslu § 82 odst. 7 zákona a § 6 zákona.

*K porušení zásady rovného zacházení*

62. Napadené rozhodnutí obsahuje v obou svých výrocích a v jejich odůvodnění popis konkrétního jednání zadavatele, které vedlo k porušení zásady rovného zacházení. Ve výroku I. popsal Úřad postup zadavatele tak, že došlo k porušení zásady rovného zacházení dle § 6 zákona, když uzavřel dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, jelikož tato změna by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Obdobným způsobem pak došlo k porušení zásady rovného zacházení zadavatelem, jak Úřad konstatoval ve výroku II. napadeného rozhodnutí, když zadavatel uzavřel ke smlouvě o dílo dodatek č. 3.
63. Zákon ve svém normativním textu stanovuje základní zásady, na nichž stojí. Tyto zásady jsou upraveny v § 6 odst. 1 zákona, přičemž jde o zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Toto zákonné ustanovení současně stanoví, že vyjmenované zásady je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat tzn., že jakýkoliv úkon zadavatele, který učiní v procesu zadávání veřejné zakázky, musí být v souladu nejen s příslušnými ustanoveními, která na konkrétní úkony dopadají, ale vždy musí být v souladu se zásadami, které jsou upraveny v § 6 odst. 1 zákona.

64. Pokud se týká principů zákonem výslovně neupravených, lze uzavřít, že základním smyslem a účelem zákona je kromě další ochrana efektivního vynakládání veřejných finančních prostředků a ochrana spravedlivé a otevřené hospodářské soutěže, které jsou již dovozeny judikaturou správních soudů. Všechna ustanovení zákona je tak třeba vždy vykládat nejen dle jejich normativního textu, ale i dle základních zásad, na nichž právní předpis stojí za současného použití smyslu a účelu právního předpisu.
65. Vzhledem k tomu, že součástí popisu jednání zadavatele je i tzv. neurčitý právní pojem, zde zásada rovného zacházení, je Úřad povinen obsah a význam tohoto pojmu objasnit, což učinil v bodu 37. odůvodnění napadeného rozhodnutí a interpretoval jej v souladu s účelem zákona.
66. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 45/2010 - 159 ze dne 15. 9. 2010 k povinnosti správního orgánu objasnit tzv. neurčitý právní pojem konkrétně uvedl, že *„při interpretaci neurčitého právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit, a to z toho hlediska, zda posuzovanou věc lze do rámce vytvořeného rozsahem neurčitého pojmu zařadit“*.
67. Zásada rovného zacházení vyjadřuje povinnost zadavatele postupovat vůči všem dodavatelům v rámci celého zadávacího řízení stejným způsobem za účelem zajištění konkurence mezi těmito dodavateli. K zásadě rovného zacházení se vyjádřil Nejvyšší správní soud např. v rozsudku č. j. 5 Afs 131/2007-131 ze dne 12. 5. 2008 a to tak, že *„tato zásada v sobě obsahuje rovnost příležitostí všech uchazečů a zadavatel ji musí dodržovat v každé fázi procesu zadávání veřejné zakázky. Jejím cílem je podporovat rozvoj zdravé a účinné hospodářské soutěže mezi subjekty, které se zúčastní řízení o zadání veřejné zakázky (...) Zadávání veřejných zakázek je velmi formalizovaným procesem, který podléhá přísné kontrole. Standardním postupem při změně předmětu veřejné zakázky je zajištění zrušení stávajícího a vyhlášení nového zadávacího řízení. Tento postup je nutné přijmout z hlediska transparentnosti veřejné zakázky a zásady rovného zacházení, kdy musí být zcela zřejmé, co je předmětem veřejné zakázky již od samého počátku veřejné zakázky. (...) Za účelem zaručit dodržení zásad rovného zacházení a transparentnosti je důležité, aby veškeré skutečnosti, k nimž přihlíží zadavatel při určení ekonomicky nejvýhodnější nabídky a jejich relativní význam, byly potenciálním uchazečům známy v okamžiku přípravy jejich nabídek.“*
68. Ačkoliv Úřad dospěl ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí k závěru, že zadavatel porušil svým postupem § 6 zákona, v odůvodnění těchto závěrů posoudil jednání zadavatele rovněž jako rozporné s § 82 odst. 7 zákona. I přesto, že porušení § 82 odst. 7 Úřad nekonstatoval přímo ve výrocích napadeného rozhodnutí, mám z hlediska zjištěného skutkového stavu a z hlediska provedeného právního posouzení za to, že výše uvedené závěry Úřadu jsou správné a přezkoumatelné. Po provedeném posouzení tedy nelze přisvědčit námitkám zadavatele, že by napadené rozhodnutí v této části bylo nesprávné či nepřezkoumatelné. Nadto se domnívám, že s ohledem na to, co bylo uvedeno výše lze dospět k závěru, že postupem zadavatele bylo porušeno ust. § 6 odst. 1 zákona i ust. § 82 odst. 7 písm. b) zákona.



*K vlivu na výběr nejvhodnější nabídky*

69. Zadavatel v rozkladu namítá, že pro vybraného uchazeče neznamenala změna doby plnění prodloužení lhůty plnění, nýbrž posun v časovém harmonogramu, neboť po dobu, kdy neměl k dispozici aktualizovanou verzi Technické specifikace NEN, nemohl provádět práce tak, jak tomu mělo být dle smlouvy o dílo, pokud by k legislativním změnám resp. změnám Technické specifikace NEN nedošlo. Termín plnění veřejné zakázky tak dle zadavatele nebyl zásadně prodloužen, pouze došlo k jeho přesunu na jiné časové období z důvodu nespočívající na straně vybraného uchazeče.
70. K tomu uvádím, že námitka zadavatele není relevantní. Podstatnou skutečností je, že stanovení termínu dokončení díla mohlo být rozhodující při úvaze uchazečů, zda se budou o veřejnou zakázku ucházet a do zadávacího řízení podají svou nabídku. Není přitom možné vyloučit, že pokud by doba plnění veřejné zakázky byla již v zadávacích podmínkách stanovena do 31. 3. 2014, tj. ve znění dodatku č. 3, mohl by zadavatel obdržet i výhodnější nabídku než byla nabídka vybraného uchazeče. Je totiž možné, že by o plnění veřejné zakázky měli zájem i další potenciální uchazeči, kteří z jakýchkoli důvodů (provozní, technické, kapacitní) nebyli schopni předmět veřejné zakázky realizovat v původně stanoveném termínu (do 31. 12. 2012), ačkoli by toho v nově stanoveném termínu plnění (do 31. 3. 2014, tj. o 15 měsíců delší době plnění) schopni byli a nabídku do zadávacího řízení veřejné zakázky podali. Nejen zadavatel, ale i potenciální uchazeči, jakožto odborníci kvalifikovaní k poskytnutí předmětu plnění veřejné zakázky, si totiž museli být připravovaných novelizací zákona vědomi a mohli mít obavy, že nebudou schopni na tyto změny zákona efektivně reagovat v termínu stanoveném zadavatelem v zadávací dokumentaci (jak uvádí i zadavatel v rozkladu *„dodavatelům bylo zřejmé, že každá novela vyvolá změnové řízení, které si z definice vždy vyžádá přiměřený čas na realizaci dle projektových postupů schválených pro řízení projektu NEN“*). Kdyby jim už v době běžící lhůty pro podání nabídek bylo známo, že termín realizace plnění bude stanoven do 31. 3. 2014, mohli odlišným způsobem posoudit hrozící riziko prodlení s plněním ze smlouvy o dílo a mohli se i tito další potenciální uchazeči rozhodnout pro podání své nabídky do zadávacího řízení, která mohla být pro zadavatele výhodnější.
71. Obdobně se vyjádřil i Úřad v bodu 43. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zadavatel však takové odůvodnění považuje za ničím nepodloženou spekulaci, která nemůže být podkladem pro rozhodnutí o spáchání správního deliktu. Tuto námitku zadavatele nepovažuji za relevantní a uvádím k ní následující.
72. Zákon vymezením skutkové podstaty deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky. Postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Jak rovněž konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 *„pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou (...) K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“*

73. V případě ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky dochází k naplnění materiálního znaku skutkové podstaty správního deliktu, kterým je určitý stupeň nebezpečnosti resp. škodlivosti pro společnost. Je třeba zejména zdůraznit skutečnost, že v případě pojmů společenská nebezpečnost či společenská škodlivost se jedná o neurčité právní pojmy. Z obecného výkladu těchto pojmů však lze dospět k takovému závěru, že za jednání nebezpečné či škodlivé pro společnost, je možné považovat takové jednání, které směřuje proti veřejnému zájmu společnosti, a to proti takovému zájmu, který má být právem chráněn a současně dosahuje určité intenzity. Z hlediska znění a obsahu zákona je možné za právem chráněný zájem považovat zejména efektivní vynakládání veřejných prostředků a existenci spravedlivé a otevřené soutěže o veřejné zakázky. Z toho, jak je tento znak zákonem koncipován, nevyplývá, že by skutečně muselo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, a zároveň skutečné ovlivnění Úřad nemusí dokazovat, když právě postačí pouhá možnost takového ovlivnění. Již pouhou možností ovlivnění je naplněn materiální znak posuzovaného správního deliktu.
74. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí, konkrétně pak především z bodů 43 až 46, vyplývá, že se Úřad vypořádával s naplněním formálního znaku správního deliktu, když uvedl, jakým způsobem byla změna smlouvy o dílo způsobila ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl ke správnému závěru, že provedením změny smlouvy o dílo zvýhodnil zadavatel vybraného uchazeče oproti ostatním dodavatelům. Pokud by totiž zadavatel již při zahájení zadávacího řízení veřejné zakázky stanovil možnost variabilně měnit datum dokončení celého rozsahu díla v závislosti na případných novelizacích právních předpisů, pak dle Úřadu nelze vyloučit, že by zadavatel získal výhodnější nabídku.
75. Úřad se k možnosti vlivu na výběr nejvhodnější nabídky sice vyjádřil negativně tak, že „nelze vyloučit, že...“ mohl obdržet i výhodnější nabídku, ovšem z jazykového výkladu odstavce 46 odůvodnění napadeného rozhodnutí pak jasně vyplývá, že toto vyjádření Úřadu se významově shoduje naplněním „možnosti vlivu na výběr nejvhodnější nabídky“ dle dikce § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
76. Z výše uvedeného vyplývá, že Úřad nebyl povinen prokazovat skutečné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky a jeho závěr o naplnění znaku skutkové podstaty správního deliktu spočívající v možnosti vlivu postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky považují za správný a zákonný.
77. Za této situace, tak došlo k naplnění všech znaků skutkové podstaty správního deliktu. Z tohoto důvodu pak závěr Úřadu o tom, že zadavatel se dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, který je vysloven ve výroku I. a výroku II. napadeného rozhodnutí, považují za zcela správný. Námitky zadavatele, podle nichž Úřad nesprávně posoudil otázku naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu, tedy s ohledem na výše uvedené, považují za nedůvodné.

*Ke stanovení výše pokuty*

78. K výši Úřadem stanovené pokuty zadavatel namítá, že Úřad při jejím stanovení nepostupoval v souladu se zákonem a s přihlédnutím ke skutkovým okolnostem uložil pokutu v nepřiměřené výši.

79. Zákon v § 121 odst. 2 uvádí hlavní kritérium rozhodné pro určení výměry pokuty a to závažnost spáchaného správního deliktu. Demonstrativním výčtem zákon v témže ustanovení toto hlavní kritérium definuje, když uvádí, že je třeba přihlídnout zejména ke způsobu jeho spáchaní a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán. Jak je patrné z bodů 63 a 67 odůvodnění napadeného rozhodnutí, zabýval se Úřad každým z výše uvedených kritérií závažnosti správního deliktu, a také polehčujícími a přitěžujícími okolnostmi, které vedly ke zmírnění či zpřísnění nebezpečnosti jeho jednání. Úřad v napadeném rozhodnutí při stanovení výše pokuty přihlédl rovněž k ekonomické situaci zadavatele.
80. Úřad postupoval v souladu se zásadou absorpce a správně přihlédl ke spáchaní správního deliktu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí jako k přitěžující okolnosti při úvaze o určení výše pokuty zadavateli ve spojitosti se spáchaním správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí.
81. Při zvažování výše pokuty vycházel Úřad ze závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nepostupoval v souladu s § 6 zákona, když dodatkem č. 1 prodloužil dobu plnění veřejné zakázky závazně stanovenou ve smlouvě o dílo. Následkem protiprávního jednání zadavatele Úřad označil umožnění podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo.
82. Jako přitěžující okolnost Úřad posoudil skutečnost, že je zadavatel v postavení ministerstva, které je metodickým orgánem v oblasti veřejných zakázek a spoluzajišťuje přípravu souvisejících právních norem, a tudíž se jedná o zadavatele, u kterého lze předpokládat vysokou míru odbornosti v dané oblasti. Dále pak jako přitěžující okolnost Úřad shledal skutečnost, že zadavatel uzavřel smlouvu o dílo v době, kdy již prokazatelně věděl o novele zákona, a tudíž věděl, že bude muset dojít k uzavření dodatku, jímž bude posunut doba plnění veřejné zakázky.
83. Ukládání trestu je založeno na dvou základních principech - principu zákonnosti trestu a individualizace trestu. Z judikatury Nejvyššího správního soudu přitom vyplývá, že při posuzování zákonnosti uložené sankce správní soud k žalobní námitce přezkoumá, zda správní orgán při stanovení výše sankce zohlednil všechna zákonem stanovená kritéria, zda jeho úvahy o výši pokuty jsou racionální, ucelené, koherentní a v souladu se zásadami logiky, zda správní orgán nevybočil z mezí správního uvážení nebo jej nezneužil, ale rovněž, zda uložená pokuta není likvidační [srov. např. usnesení rozšířeného senátu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008 - 133, publikované pod č. 2092/2010 Sb. NSS, [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz), nebo nálezy Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 3/02 ze dne 13. 8. 2002 (N 105/27 SbNU 177; 405/2002 Sb.), nebo sp. zn. Pl. ÚS 38/02 ze dne 9. 3. 2004 (N 36/32 SbNU 345; 299/2004 Sb.)]. Není přitom důvodu, aby obdobným způsobem při přezkoumávání pokuty nepostupoval také odvolací správní orgán. S ohledem na shrnutí závěrů Úřadu ve vztahu k pokutě uvedených v odůvodnění napadeného rozhodnutí, ale i s ohledem na to, že Úřad správně posoudil i přiměřenost pokuty pro zadavatele, je možné uzavřít, že se Úřad v napadeném rozhodnutí zabýval odůvodněním výše uložené pokuty velice pečlivě, přičemž při splnění povinnosti dle § 89 odst. 2 správního řádu jsem ve vztahu k zákonnosti výroku II. napadeného rozhodnutí neshledal, že by Úřad nenaplnil požadavky, jež jsou na odůvodnění pokuty kladeny jak § 121 odst. 2 zákona, tak § 68 odst. 3 správního řádu. Takovou námitku ostatně nevznese ani zadavatel.

84. V souvislosti s určením výměry pokuty poukazují na již výše uvedený náleží Ústavního soudu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002. Podle něj je při ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku podnikatele, v důsledku kterého by byla zničena *majetková základna* pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Ústavní soud se v náleží Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002 zabýval ukládáním pokut právníkům a fyzickým osobám podnikajícím. Závěr o nepřípustnosti pokut likvidačního charakteru tedy není přímo aplikovatelný i na ukládání pokut ústředním orgánům státní správy, tj. v tomto případě zadavateli. Zadavatel je organizační složkou státu, není tedy zřízen nebo založen za účelem dosahování zisku podnikatelkou činností. Rozpočet zadavatele je napojen na státní rozpočet, přičemž podle Přílohy 3 Celkový přehled výdajů státního rozpočtu podle kapitol zákona č. 345/2014 Sb., o státním rozpočtu České republiky na rok 2015 výdaje státního rozpočtu na kapitolu číslo 317 Ministerstvo pro místní rozvoj přesahují 14 mld. Kč. V důsledku toho nemůže mít výše uložené pokuty likvidační charakter ve smyslu judikatury Ústavního soudu.
85. Úřad posoudil i okolnost, zda uložením pokuty ve stanovené výši byly naplněny její funkce – funkce represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkce preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona. Napadeným rozhodnutím byla zadavateli uložena pokuta ve výši 550 000 Kč. Mám za to, že uložením pokuty v této výši byly obě její funkce naplněny.
86. S ohledem na závěry vyslovené v odůvodnění napadeného rozhodnutí mám za to, že Úřad postupoval zcela v souladu s § 121 odst. 2 zákona, když při určení výše pokuty za spáchaný správní delikt přihlédl jak k závažnosti spáchaného správního deliktu, tak i k jeho následkům, a dále i k okolnostem jeho spáchání, přičemž tyto okolnosti řádně v odůvodnění napadeného rozhodnutí označil, uvedl závěry, na základě nichž posoudil, zda se jedná o polehčující a přitěžující okolnosti a následně tyto při samotném určení výše pokuty zohlednil. V souladu s judikaturou Ústavního soudu se zabýval rovněž otázkou možné likvidačnosti pokuty.
87. V daném případě jsem z hlediska námitek obsažených v rozkladu přezkoumal věcnou správnost napadeného rozhodnutí ve výroku I. napadeného rozhodnutí ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu, když s ohledem na výše uvedené uvádím, že mimo část, u níž jsem dospěl k závěru, že jsou naplněny podmínky pro změnu výroků a odůvodnění napadeného rozhodnutí v dílčí právní otázce týkající se možnosti aplikace § 82 odst. 7 zákona, jsem ve zbývající části napadené rozhodnutí shledal věcně správným.
88. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem kromě věcné správnosti výroku I. a výroku II. napadeného rozhodnutí přezkoumal i jeho zákonnost a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu v řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, když napadené rozhodnutí jsem mimo část, u níž jsem dospěl k závěru, že jsou naplněny podmínky pro změnu výroků, shledal rovněž zákonným. Současně Úřad všechny podklady pro vydání napadeného rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byla naplněna skutková podstata uvedeného správního deliktu, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.

89. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení zadavatele, že napadené rozhodnutí je, kromě nesprávnosti vymezené výše v tomto rozhodnutí, nesprávné z důvodu nesprávného posouzení věci a nezákonné z důvodu nepřezkoumatelnosti či nesprávné aplikace právních předpisů. Závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí považuji za správné, dostatečně odůvodněné, vnitřně logicky uspořádané, vycházející z řádně zjištěného skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a rovněž vycházející ze smyslu a účelu zákona. Shrnuji tedy, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když konstatoval, že se zadavatel dopustil správních deliktů dle výroku I. a výroku II. napadeného rozhodnutí, a za tyto delikty zadavateli uložil pokutu ve výši 550 000 Kč.

*Posouzení příznivosti pozdější právní úpravy*

90. Vzhledem k účinnosti nové právní úpravy je třeba rovněž uvážit, zda tato není pro pachatele správního deliktu příznivější. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“).
91. Podle čl. 40 odst. 6 Listiny se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní zákoník“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.
92. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že „[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...) Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...) Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“. K totožnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.
93. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Konstatovaná deliktní odpovědnost zadavatele je opřena o závěr, že v daném případě zadavatel nepostupoval v souladu s § 82 odst. 7 písm. b) zákona a v souladu s § 6 zákona, když v rozporu se zásadou rovného zacházení uzavřel dodatek č. 1 a dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo uzavřené s vybraným uchazečem, neboť uzavřením těchto dodatků umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo. V případě aplikace ustanovení ZZVZ, by se stále jednalo o správní delikt, i tato právní úprava

totiž stojí na rozsudku Pressetext a v § 222 ZZVZ zapovídá zadavateli umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy.

94. Podle § 222 odst. 1 ZZVZ není-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona.
95. Podle § 222 odst. 3 ZZVZ je podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku taková změna smluvních podmínek, která by
- a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně,
  - b) měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo
  - c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.
96. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt dle § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ, když zadavatel umožnil svým jednáním podstatnou změnu závazku ze smlouvy, 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.
97. Co se výroku III. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví výši pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ ve dvojnásobné výši oproti § 120 odst. 2 zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku III. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější, ba naopak a není proto aplikována na právě posuzovaný případ.

## **VI. Závěr**

98. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro změnu napadeného rozhodnutí ve výroku I. a výroku II., a pro potvrzení napadeného rozhodnutí ve zbývajících částech a zamítnutí podaného rozkladu, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výrocích tohoto rozhodnutí.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**

Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1

**Vypraveno dne:**

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