



ÚRAD PRE VEREJNÉ OBSTARÁVANIE
predseda úradu
Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava

Bratislava 19. 02. 2024
Číslo spisu: 14377-9000/2023

Predseda Úradu pre verejné obstarávanie, Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava (ďalej len „druhostupňový správny orgán“) ako orgán príslušný na konanie podľa § 61 ods. 2 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov (ďalej len „správny poriadok“) vo veci rozkladu zo dňa 30. 08. 2023, doručeného Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“ alebo „prvostupňový správny orgán“) dňa 04. 09. 2023, ktorý podal účastník konania **Mesto Svidník**, Sovietskych hrdinov 200/33, 089 01 Svidník, IČO: 00 331 023 (ďalej len „účastník konania“), proti rozhodnutiu úradu č. **8660-3000/2023 zo dňa 16. 08. 2023**, vydanému vo veci správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. d) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom do 08. 03. 2022 (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“),

r o z h o d o l

takto:

Rozhodnutie úradu č. 8660-3000/2023 zo dňa 16. 08. 2023 o **uložení pokuty vo výške 1 000 eur** (slovom: tisíc eur) účastníkovi konania za to, že naplnil skutkovú podstatu správneho deliktu **podľa § 182 ods. 2 písm. d)** zákona o verejnom obstarávaní tým, že účastník konania k Zmluve o dielo zo dňa 07. 05. 2021 so zhotoviteľom DACHCOM, s.r.o., Hviezdoslavova 1328, 091 01 Stropkov, IČO: 36 494 909 (ďalej len „DACHCOM, s.r.o.“ alebo „zhotoviteľ“), ktorá bola výsledkom zadávania zákazky na uskutočnenie stavebných prác podľa § 117 zákona o verejnom obstarávaní na predmet „Vyhliadková veža s útulňou“ (ďalej len „Zmluva o dielo“), uzavrel:

- dňa 18. 05. 2021 **Dohodu o zmene termínu prebratia staveniska**, ktorou zmenil termín odovzdania staveniska v zmysle čl. III. Zmluvy o dielo, v dôsledku čoho sa predĺžil aj termín realizácie diela podľa čl. III ods. 2 Zmluvy o dielo, čím zmenil Zmluvu o dielo počas jej trvania v rozpore s § 18 zákona o verejnom obstarávaní a;
- dňa 01. 10. 2021 **Dodatok č. 1 k Zmluve o dielo**, ktorým navýšil cenu diela z pôvodnej ceny diela v zmysle čl. IV. Zmluvy o dielo v sume 57 283, 29 eur bez DPH, t. j. 68 739,95 eur s DPH na sumu 67 090,10 eur bez DPH, t. j. 80 508,12 eur s DPH, čím zmenil Zmluvu o dielo počas jej trvania v rozpore s § 18 zákona o verejnom obstarávaní,

mením

podľa § 59 ods. 2 správneho poriadku, a to čo do rozsahu spáchania správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní a čo do výšky uloženej pokuty tak, že účastníkovi konania sa **ukladá pokuta vo výške 500,00 eur** (slovom: päťsto eur) za to, že naplnil skutkovú podstatu správneho deliktu **podľa § 182 ods. 2 písm. d)** zákona o verejnom obstarávaní tým, že účastník konania k Zmluve o dielo so zhotoviteľom DACHCOM, s.r.o. uzavrel dňa 01. 10. 2021 **Dodatok č. 1 k Zmluve o dielo**, ktorým navýšil cenu diela z pôvodnej ceny diela v zmysle čl. IV. Zmluvy o dielo v sume 57 283, 29 eur bez DPH, t. j. 68 739,95 eur

s DPH na sumu 67 090,10 eur bez DPH, t. j. 80 508,12 eur s DPH, čím zmenil Zmluvu o dielo počas jej trvania v rozpore s § 18 zákona o verejnom obstarávaní.

Účastník konania je povinný uloženú pokutu zaplatiť v lehote **do 15 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia na účet správneho orgánu číslo **IBAN: SK10 8180 0000 0070 0006 2713**, vedeného v Štátnej pokladnici s uvedením identifikačného variabilného symbolu **8660300023** a konštantného symbolu **0558**.

O d ô v o d n e n i e

1. Dňa 04. 09. 2023 bol úradu, odboru legislatívno-právneho, ako prvostupňovému správneému orgánu doručený rozklad zo dňa 30. 08. 2023 proti rozhodnutiu úradu č. 8660-3000/2023 zo dňa 16. 08. 2023, ktorý bol podaný na poštovú prepravu dňa 30. 08. 2023 (ďalej len „rozklad“). Rozklad účastníka konania bol podaný v zmysle § 61 správneho poriadku v zákonom stanovenej lehote, t. j. v lehote 15 dní od doručenia napadnutého rozhodnutia.
2. Keďže prvostupňový správny orgán sám nerozhodol o rozklade účastníka konania, v zmysle § 57 ods. 2 v spojení s § 61 správneho poriadku predložil dňa 02. 10. 2023 druhostupňovému správneému orgánu rozklad účastníka konania spolu so spisovým materiálom.
3. Keďže druhostupňový správny orgán nerozhodol o rozklade účastníka konania v lehote podľa § 49 ods. 2 prvá veta správneho poriadku, upovedomil o tejto skutočnosti účastníka konania podľa § 49 ods. 2 druhá veta správneho poriadku listom „Upovedomenie podľa § 49 ods. 2 druhá veta zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov“ č. 14377-9000/2023 zo dňa 01. 12. 2023.

Rozhodnutie prvostupňového správneho orgánu

4. Prvostupňový správny orgán napadnutým rozhodnutím uložil účastníkovi konania pokutu vo výške 1 000 eur podľa § 182 ods. 2 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní za to, že účastník konania k Zmluve o dielo so zhotoviteľom, ktorá bola výsledkom zadávania zákazky na uskutočnenie stavebných prác podľa § 117 zákona o verejnom obstarávaní na predmet „Vyhliadková veža s útulňou“ uzavrel dňa 18. 05. 2021 Dohodu o zmene termínu prebratia staveniska, ktorou zmenil termín odovzdania staveniska v zmysle čl. III. Zmluvy o dielo, v dôsledku čoho sa predĺžil aj termín realizácie diela podľa čl. III ods. 2 Zmluvy o dielo, čím zmenil Zmluvu o dielo počas jej trvania v rozpore s § 18 zákona o verejnom obstarávaní a dňa 01. 10. 2021 uzavrel Dodatok č. 1 k Zmluve o dielo, ktorým navýšil cenu diela z pôvodnej ceny diela v zmysle čl. IV. Zmluvy o dielo v sume 57 283, 29 eur bez DPH, t. j. 68 739,95 eur s DPH na sumu 67 090,10 eur bez DPH, t. j. 80 508,12 eur s DPH, čím zmenil Zmluvu o dielo počas jej trvania v rozpore s § 18 zákona o verejnom obstarávaní.
5. V súvislosti s prvým identifikovaným porušením zákona o verejnom obstarávaní, t. j. uzatvorením Dohody o zmene termínu prebratia staveniska, a k poukazu účastníka konania na čl. III. ods. 3 Zmluvy o dielo, t. j. že „objednávateľ odovzdá stavenisko zhotoviteľovi do 7 pracovných dní od nadobudnutia účinnosti Zmluvy o dielo, ak sa zmluvné strany nedohodnú inak“, prvostupňový správny orgán uviedol, že Zmluva o dielo nestanovuje presné pravidlá, na základe ktorých môže dôjsť k dohode zmluvných strán na zmene termínu prevzatia staveniska. Prvostupňový správny orgán poukázal na to, že od termínu prevzatia staveniska sa pritom v zmysle čl. III ods. 2 Zmluvy o dielo odvíja termín odovzdania diela – do troch mesiacov od prevzatia staveniska. Na základe uvedeného prvostupňový správny orgán nesúhlasil s tvrdením účastníka konania, že zmenou termínu prebratia staveniska nedošlo k zmene termínu realizácie diela, ktorá bola určená 3 mesiacmi od prebratia staveniska. Dohodou o zmene termínu prebratia staveniska sa zmluvné strany s poukazom na čl. III. ods. 3

prvej vety a ods. 4 písm. a) Zmluvy o dielo dohodli na odovzdaní staveniska do 7 pracovných dní od dodania stavebného materiálu zhotoviteľovi.

6. Prvostupňový správny orgán poukázal na časové súvislosti týkajúce sa predmetnej zákazky, a to najmä skutočnosť, že Výzva na predloženie cenovej ponuky bola zverejnená a zaslaná dňa 12. 04. 2021, lehota na predkladanie ponúk bola stanovená do 22. 04. 2021 do 10:00 hod. a Zmluva o dielo bola uzavretá dňa 07. 05. 2021 (t. j. piatok), pričom zhotoviteľ následne dňa 11. 05. 2021, t. j. štyri dni po uzavretí Zmluvy o dielo, informoval účastníka konania o dodatočnej nemožnosti plnenia (odôvodnené nepredvídateľným nárastom cien a predĺžením dodacích lehôt) a požiadal o úpravu termínu odovzdania staveniska a zmenu položiek v rozpočte, ktorá navýši celkovú cenu diela v rozsahu max. 15 % a následne bola dňa 18. 05. 2021 uzavretá Dohoda o zmene termínu prebratia staveniska. Podľa prvostupňového správneho orgánu zhotoviteľovi už v čase uzatvárania Zmluvy o dielo muselo byť známe, že nebude schopný plniť zmluvné záväzky, s obsahom ktorých pritom podpisom tejto zmluvy súhlasil. Prvostupňový správny orgán mal za to, že účastník konania nepreukázal, že práve v čase od 07. 05. 2021 do 11. 05. 2021 došlo k nepredvídateľnému nárastu cien a s tým súvisiacim predĺžovaním dodacích lehôt, najmä za situácie, keď účastník konania ako jeden z dôkazov doručil správne orgánu dokument Indexy cien stavebných prác, materiálov a výrobkov spotrebovávaných v stavebníctve SR za 1. štvrt'rok 2021 (vypracované Štatistickým úradom Slovenskej republiky), ktorý bol vypracovaný v apríli 2021, t. j. už v čase realizácie predmetného verejného obstarávania a pred samotným podpisom Zmluvy o dielo. Uvedený dokument mal podľa názoru prvostupňového správneho orgánu účastník konania reflektovať pri samotnom určovaní predpokladanej hodnoty zákazky a nie poukazovať na neho až po podpise Zmluvy o dielo.
7. Prvostupňový správny orgán ďalej poukázal na to, že Dohoda o zmene termínu prebratia staveniska mení podmienky, za ktorých má zhotoviteľ dielo realizovať. Prvostupňový správny orgán v tejto súvislosti vyhodnocoval, či ide o podstatnú zmenu zmluvy, najmä v kontexte toho, či sa podstatným spôsobom nemenia podmienky, ktoré by v pôvodnom postupe zadávania zákazky umožnili účasť iných hospodárskych subjektov, alebo ktoré by umožnili prijať inú ponuku ako pôvodne prijatú ponuku (§ 18 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní). Zmenu zmluvy spočívajúcu v zmene formulácie odovzdania staveniska do 7 pracovných dní od nadobudnutia účinnosti Zmluvy o dielo na formuláciu „do 7 pracovných dní od dodania stavebného materiálu zhotoviteľovi“ je podľa prvostupňového správneho orgánu možné považovať za podstatnú zmenu, ktorou sa podstatným spôsobom zmenili zmluvné podmienky realizácie diela v prospech zhotoviteľa. Prvostupňový správny orgán zároveň konštatoval, že nie je možné vylúčiť skutočnosť, že by zmenený termín odovzdania staveniska a s ním súvisiaci zmenený termín realizácie diela (záväzok zrealizovať dielo bol v zmysle Zmluvy o dielo do 3 mesiacov od prevzatia staveniska) v zmysle Dohody o zmene termínu prebratia staveniska viedol k tomu, že by v takto upravenom termíne v pôvodnom postupe zadávania zákazky mohli byť predložené aj ponuky od iných uchádzačov a súčasne nie je vylúčená aj tá skutočnosť, že by upravené zmluvné podmienky a realizácia diela umožnili prijať inú ponuku ako pôvodne prijatú ponuku. Prvostupňový správny orgán preto konštatoval, že uskutočnenú zmenu termínu odovzdania staveniska, v dôsledku ktorej sa predĺžil aj termín realizácie diela, možno považovať za podstatnú zmenu pôvodnej Zmluvy o dielo, a teda nie je možné v danej súvislosti konštatovať ani naplnenie § 18 ods. 1 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní.
8. K argumentácii účastníka konania, že uvedená zmluvná podmienka bola známa v čase vyhlásenia verejného obstarávania a zmenu termínu prebratia staveniska nemožno vyhodnotiť ako podstatnú zmenu pôvodnej zmluvy, keďže možnosť zmeny na základe dohody zmluvných strán bola daná vopred v čase zadávania zákazky a umožňovala osloveným uchádzačom rovnaké podmienky v prípade zmeny termínu prebratia staveniska v súvislosti s neočakávaným predĺžením dodacích lehôt stavebného materiálu z dôvodu nepredvídateľného nárastu cien,

prvostupňový správny orgán opätovne zdôraznil, že nemá za preukázané v prvom rade, že práve v čase od 07. 05. 2021 do 11. 05. 2021 došlo k neočakávanému predĺžovaniu dodacích lehôt stavebného materiálu, a taktiež uviedol, že zo Zmluvy o dielo nevyplývajú podmienky pre zmenu termínu prebratia staveniska okrem všeobecnej formulácie „*ak sa zmluvné strany nedohodnú inak*“. Prvostupňový správny orgán uviedol, že v prípade ak by v Zmluve o dielo boli jasne definované podmienky pre zmenu termínu prebratia staveniska (aj vzhľadom na účastníkom konania tvrdené predĺžovania dodacích lehôt stavebného materiálu), uvedené nevylučuje, že by sa pôvodného verejného obstarávania nezúčastnili aj iné hospodárske subjekty. Prvostupňový správny orgán v tejto súvislosti poukázal na metodické usmernenie č. 9408-5000/2021 zo dňa 14. 09. 2021, v zmysle ktorého, cit.: „*V situácii, keď uzavretá zmluva, ktorá vzišla z verejného obstarávania takéto ustanovenia neobsahuje (a zjavne teda ich neobsahovali ani dokumenty potrebné na vypracovanie ponuky), ich neskoršie doplnenie vo forme zmluvného dodatku bude napĺňať znaky podstatnej zmeny zmluvy, pokiaľ z toho bude vyplývať posun ekonomickej rovnováhy smerom k dodávateľovi alebo že sa touto zmenou podstatným spôsobom dopĺňajú pôvodne stanovené podmienky, ktoré by umožnili účasť iných hospodárskych subjektov alebo by umožnili prijať inú ponuku.*“

9. Prvostupňový správny orgán sa ďalej zaoberal formuláciou upravenou v Dohode o zmene termínu prebratia staveniska, ktorou sa účastník konania *de facto* odvoláva na § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, pričom vyhodnocoval, či v danom prípade nastali nepredvídateľné okolnosti, a najmä, či tieto nastali pred podpisom Zmluvy o dielo alebo až po jej podpise.
10. Prvostupňový správny orgán v tejto súvislosti uviedol, že nepredvídateľná okolnosť v zmysle § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní nastáva nezávisle od vôle verejného obstarávateľa a súčasne ju nie je možné predvídať napriek primerane dôkladnej príprave pôvodného zadania zákazky verejným obstarávateľom so zreteľom na dostupné prostriedky, povahu a charakteristické znaky konkrétneho projektu, osvedčené postupy v danej oblasti a potrebu zabezpečiť zodpovedajúci súlad medzi prostriedkami vynaloženými pri príprave zadávania zákazky a jej predpokladanou hodnotou. Taktiež je podľa prvostupňového správneho orgánu v tejto súvislosti potrebné poukázať na skutočnosť, že samotná existencia okolností, ktoré nemohol verejný obstarávateľ predvídať, je doplnená v zákone aj náležitou starostlivosťou verejného obstarávateľa, a preto v zmysle § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní musí ísť o takú potrebu zmeny, ktorá vyplynula z okolností, ktoré verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nemohol pri vynaložení náležitej starostlivosti predvídať a zmenou sa nemení charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy. Prvostupňový správny orgán poukázal na to, že uvedený záver potvrdilo aj rozhodnutie Rady úradu č. 7324-9000/2021 zo dňa 20. 10. 2021, v ktorého odôvodnení Rada úradu konštatovala, cit.: „*Vychádzajúc z uvedeného úrad podľa rady správne konštatoval, že vykonať zmeny zmluvy podľa § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní je možné iba striktné v prípade kumulatívneho splnenia zákonných podmienok, a to po prvé, že potreba zmeny vyplynula z okolností, ktoré verejný obstarávateľ nemohol pri vynaložení náležitej starostlivosti predvídať, po druhé, zmenou sa nemení charakter zmluvy, a po tretie, hodnota všetkých zmien nesmie presiahnuť 50 % hodnoty pôvodnej zmluvy. Potreba zmeny zmluvy pritom musí vyplynúť z okolností, ktoré nastali až po uzavretí zmluvy, nie počas prípravy a priebehu postupu verejného obstarávania, pretože ak by vznikli ešte v čase prípravy a priebehu verejného obstarávania, kontrolovaný by mal k dispozícii iné možnosti riešenia vzniknutej situácie a nemohlo by ísť o nepredvídateľné okolnosti vyžadujúce si zmenu zmluvy. Nepredvídateľnosť okolností teda spočíva v tom, že vzniknuté okolnosti nastanú nezávisle od vôle verejného obstarávateľa, a súčasne ich nebolo možné predvídať napriek primerane dôkladnej príprave pôvodného zadania zákazky (so zreteľom na dostupné prostriedky, povahu a charakteristické znaky konkrétneho projektu, osvedčené postupy v danej oblasti a potrebu zabezpečiť*

zodpovedajúci súlad medzi prostriedkami vynaloženými pri príprave zadávania zákazky a jej predpokladanou hodnotou), a pri vynaložení náležitej starostlivosti verejného obstarávateľa. “

11. Prvostupňový správny orgán v tejto súvislosti poukázal aj na Všeobecné metodické usmernenie č. 10/2019 zo dňa 24. 10. 2019, v zmysle ktorého, cit.: *„Potreba zmeny zmluvy musí vyplývať z okolností, ktoré verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nemohol predvídať napriek dôslednej príprave zadávania pôvodnej zákazky a zmenou sa nemení povaha/charakter zmluvy. Nepredvídateľné okolnosti musia vzniknúť až po uzavretí zmluvy, pretože ak by vznikli ešte v čase prípravy a priebehu verejného obstarávania, verejní obstarávatelia a obstarávateľia by mohli pristúpiť k iným spôsobom riešenia vzniknutej situácie, a teda by už nemohlo ísť o nepredvídateľné okolnosti, ktoré by si vynucovali zmenu zmluvy. Pojem nepredvídateľných okolností sa vzťahuje na okolnosti, ktoré nebolo možné predvídať napriek primerane dôkladnej príprave pôvodného zadania zákazky verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom so zreteľom na dostupné prostriedky, povahu a charakteristické znaky konkrétneho projektu, osvedčené postupy v danej oblasti a potrebu zabezpečiť zodpovedajúci súlad medzi prostriedkami vynaloženými pri príprave zadávania zákazky a jej predpokladanou hodnotou. Vo všeobecnosti by napríklad nemalo ísť o subjektívne zavinenia (chyby) projektantov, zmeny zákonnej minimálnej mzdy (to, že ponukové ceny zahŕňajú náklady blízko min. mzdy je v zásade ich problém), zmeny cien vstupov a v dodávateľskom reťazci (až na veľmi výnimočné prípady).“*
12. Prvostupňový správny orgán ďalej upozornil na to, že pri uzatvorení dodatku podľa § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní je v súlade s princípom transparentnosti potrebné objektívnym spôsobom preukázať neočakávané predĺženie dodacích lehôt stavebného materiálu (dreva) v príčinnej súvislosti s nepredvídateľnou okolnosťou, ktorú nemohol verejný obstarávateľ pri vynaložení náležitej starostlivosti predvídať, a zároveň treba preukázať, že zmenou sa nemení charakter zmluvy. Prvostupňový správny orgán v tejto súvislosti opätovne poukázal na krátky časový úsek (štyri dni, z toho dva dni pripadlo na sobotu a nedeľu) medzi uzavretím Zmluvy o dielo a informovaním účastníka konania o dodatočnej nemožnosti plnenia, pričom z predloženej dokumentácie nevyplýva, že práve počas týchto štyroch dní došlo k nepredvídateľnému nárastu cien a s tým súvisiacemu predlžovaniu dodacích lehôt.
13. V nadväznosti na vyššie uvedené dal prvostupňový správny orgán do pozornosti argumentáciu v metodickom usmernení č. 9408-5000/2021 zo dňa 14. 09. 2021, pričom poukázal najmä na nasledovné, cit.: *„V zjednodušenej podobe tak platí, že zhotoviteľ ešte v pozícii uchádzača vychádzajúc zo svojich znalostí, princípov fungovania svojej obchodnej politiky a dodávateľských vzťahov, ako aj s prihliadnutím na okolnosti, ktoré sú procesu verejného obstarávania vlastné, vypracoval a predložil ponuku (napr. prostredníctvom ocenenia výkazu výmer) a ako úspešný v porovnaní so svojimi konkurentmi zaviazal sa uskutočniť dielo včas a riadne za dohodnutú cenu. S prihliadnutím na základné princípy verejného obstarávania a pravidlá čestnej hospodárskej súťaže by malo zároveň platiť, že zhotoviteľ tento svoj záväzok dodrží (pacta sunt servanda). Pokiaľ v priebehu plnenia dôjde k nárastu cien vstupov potrebných pre plnenie zmluvy, táto skutočnosť sama o sebe neznamená objektívnu nemožnosť plnenia ale vo všeobecnosti to, že bude kladená na ťarchu niektorej zo zmluvných strán (pokiaľ v zmluve nie je dohodnutý osobitný mechanizmus na elimináciu takýchto rizík). Ak zmluva neobsahuje valorizačný mechanizmus, navýšenie cien vstupov tak štandardne pôjde na ťarchu zhotoviteľa. V takomto prípade je tak zhotoviteľ ten, kto v prvom rade čelí vzniknutej (nepredvídanej) situácii.“* Prvostupňový správny orgán v tejto súvislosti uviedol, že zo skutkových okolností daného prípadu však vyplýva, že zhotoviteľ žiadal zmeny Zmluvy o dielo na ťarchu účastníka konania takmer okamžite po podpise Zmluvy o dielo, pričom dôvody týchto zmien v tak krátkom časovom úseku nemal správny orgán z predloženej dokumentácie za preukázané.
14. K druhému identifikovanému porušeniu zákona o verejnom obstarávaní, t. j. uzatvoreniu Dodatku č. 1 k Zmluve o dielo v súvislosti s nepredvídateľným vývojom cien, prvostupňový

správny orgán uviedol, že verejný obstarávať by mal pri vynaložení odbornej starostlivosti už v rámci prípravy verejného obstarávania zahrnúť do súťažných podkladov/návrhu zmluvy podmienky/pravidlá aktualizácie hodnoty zákazky, tzv. indexačnú doložku, ktorá by primerane upravovala podmienky aktualizácie hodnoty zákazky s ohľadom na nepredvídateľný vývoj cien, a teda zmena zmluvy s dodávateľom by tak mohla byť realizovaná podľa § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. podľa vopred dohodnutých podmienok.

15. Prvostupňový správny orgán vzhľadom na skutkový stav daného prípadu uviedol, že zmluvné strany by nemali uzatvárať zmluvu s vedomím, že následne bude potrebné uzatvoriť dodatok k zmluve navyšujúci cenu plnenia. Prvostupňový správny orgán zároveň zdôraznil, že dôvod na zmenu zmluvy by mal nastať po uzavretí zmluvy, nie už pred jej uzavretím.
16. Prvostupňový správny orgán akcentoval nevyhnutnosť posúdenia toho, ako je mechanizmus úpravy ceny stanovený v zmluve. Prvostupňový správny orgán v tejto súvislosti poukázal na článok IV. ods. 1 Zmluvy o dielo, posledná veta, cit.: „*Cena za zhotovenie diela je stanovená ako cena pevná a nemenná s výnimkou prípadov uvedených v bode 5. tohto článku zmluvy.*“ V ods. (bode) 5 článku IV. Zmluvy o dielo je uvedené, cit.: „*Zhotoviteľ je oprávnený fakturovať len skutočne dodané dielo. Ak sa zmluvné strany dohodnú na obmedzení alebo rozšírení rozsahu diela je objednávateľ povinný zaplatiť len cenu primerane zníženú alebo zvýšenú. Rozšírenie rozsahu diela možno vykonať na základe písomného dodatku k zmluve o dielo.*“ V článku IV. ods. 2 Zmluvy o dielo je uvedené, cit.: „*Zhotoviteľ sa zaväzuje vykonať práce, dodávky a služby v ním ponúknutej výške ceny a bez ohľadu na vlastné vynaložené náklady. Zhotoviteľ prehlasuje, že ním ponúknutá cena bola tvorená tak, že zohľadnila všetky pravidlá pre tvorbu ceny podľa výkazu a výmeru. Zmluvné strany považujú výkaz a výmer uvedený v cenovej ponuke zhotoviteľa za úplný a záväzný. V prípade sporu sa má za to, že zhotoviteľ získal všetky informácie a v ponúknutej pevnej cene ich zohľadnil. Zhotoviteľ súhlasí s prevzatím úplnej zodpovednosti za riadne a včasné dokončenie diela v dohodnutej cene.*“
17. V nadväznosti na vyššie uvedené prvostupňový správny orgán zdôraznil, že ak pôvodne uzavretá zmluva, ktorá vzišla z verejného obstarávania (t. j. v tomto prípade Zmluva o dielo) neobsahuje ustanovenia o možnej úprave ceny, ich neskoršie doplnenie vo forme zmluvného dodatku napĺňa znaky podstatnej zmeny zmluvy, pokiaľ z toho bude vyplývať zmena ekonomickej rovnováhy v prospech zhotoviteľa alebo sa touto zmenou podstatným spôsobom dopĺňajú pôvodne stanovené podmienky, ktoré by umožnili účasť iných hospodárskych subjektov alebo by umožnili prijať inú ponuku ako pôvodne prijatú ponuku.
18. Vzhľadom na vyššie uvedené prvostupňový právny orgán konštatoval, že Dodatok č. 1 k Zmluve o dielo bol uzavretý v rozpore s § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a písm. e) zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 18 ods. 2 písm. b) a c) zákona o verejnom obstarávaní.
19. Ďalej prvostupňový správny orgán uviedol, že zmenu zmluvy malého rozsahu, tzv. zmenu de minimis (§ 18 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní) je možné uskutočniť bez splnenia niektorej z podmienok uvedených v ustanovení § 18 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, pričom pri aplikovaní predmetného ustanovenia je potrebné prihliadať na to, aby nedošlo k prekročeniu zákonom stanovených hraníc (vyjadrené v percentuálnej výške vo vzťahu k hodnote pôvodnej zmluvy). Prvostupňový správny orgán v tejto súvislosti ďalej uviedol, že v prípade, ak verejný obstarávateľ neprekročí zákonom stanovený finančný limit, môže zmeniť zmluvu na základe akéhokoľvek relevantného dôvodu. Zmena zmluvy malého rozsahu taktiež nesmie spôsobiť zmenu charakteru zmluvy (§ 18 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní).
20. V nadväznosti na vyššie uvedené prvostupňový správny orgán v prípade Dodatku č. 1 k Zmluve o dielo skúmal, či došlo k splneniu podmienky podľa § 18 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, tzv. zmeny de minimis. V zmysle uvedeného ustanovenia je možné zmeniť zmluvu aj vtedy, ak hodnota všetkých zmien je nižšia ako finančný limit podľa § 5 ods. 2 zákona

o verejnom obstarávaní a zároveň je nižšia ako 15 % hodnoty pôvodnej zmluvy alebo rámcovej dohody, ak ide o zákazku na uskutočnenie stavebných prác. V tejto súvislosti prvostupňový správny orgán poukázal na to, že v predmetnom prípade došlo k navýšeniu zmluvnej ceny zo 68 739,95 eur s DPH na 80 508,12 eur s DPH, čo predstavuje navýšenie zmluvnej ceny o 11 768,17 eur s DPH, t. j. o 17,12 %. Na základe uvedeného prvostupňový správny orgán konštatoval, že vykonaná zmena Zmluvy o dielo tak predstavuje viac ako 15 % zmenu hodnoty pôvodnej zmluvnej ceny, a teda v danom prípade tak nešlo o oprávnený dodatok de minimis.

21. V závere právneho posúdenia prvostupňový správny orgán konštatoval, že účastník konania neunesol dôkazné bremeno preukázania oprávnenosti uskutočnenia zmien Zmluvy o dielo počas jej trvania v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.
22. Preskúmaním skutkového stavu mal teda prvostupňový správny orgán za preukázané, že účastník konania k Zmluve o dielo uzavrel dňa 18. 05. 2021 Dohodu o zmene termínu prebratia staveniska, ktorou zmenil termín odovzdania staveniska v zmysle čl. III. Zmluvy o dielo, v dôsledku čoho sa predĺžil aj termín realizácie diela podľa čl. III ods. 2 Zmluvy o dielo, čím zmenil Zmluvu o dielo počas jej trvania v rozpore s § 18 zákona o verejnom obstarávaní a dňa 01. 10. 2021 uzavrel Dodatok č. 1 k Zmluve o dielo, ktorým navýšil cenu diela z pôvodnej ceny diela v zmysle čl. IV. Zmluvy o dielo v sume 57 283, 29 eur bez DPH, t. j. 68 739,95 eur s DPH na sumu 67 090,10 eur bez DPH, t. j. 80 508,12 eur s DPH, čím zmenil Zmluvu o dielo počas jej trvania v rozpore s § 18 zákona o verejnom obstarávaní, a teda prvostupňový správny orgán mal za preukázané, že týmto konaním účastník konania naplnil znaky skutkovej podstaty správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní.

Rozklad podaný účastníkom konania

23. Účastník konania uvádza, že rozklad smeruje proti nesprávosti výroku napadnutého rozhodnutia a jeho odôvodneniu, ktoré bolo podľa účastníka konania spôsobené nesprávnym záverom zo zisťovania skutkového stavu, vrátane jeho právneho posúdenia vo vzťahu k Dohode o zmene termínu prebratia staveniska zo dňa 18. 05. 2021. Účastník konania navrhuje, aby druhostupňový správny orgán napadnuté rozhodnutie zrušil a vec vrátil správnejmu orgánu, ktorý ho vydal, na nové prejednanie a rozhodnutie.
24. Účastník konania v rozklade uvádza, že nesúhlasí s právnou argumentáciou použitou na základe zisteného skutkového stavu. Účastník konania poukazuje na čl. III. ods. 3 Zmluvy o dielo zo dňa 07. 05. 2021, cit.: „*Objednávateľ odovzdá zhotoviteľovi stavenisko do 7 pracovných dní od nadobudnutia účinnosti Zmluvy o dielo, ak sa zmluvné strany nedohodnú inak.*“, pričom zdôrazňuje, že uvedená zmluvná podmienka bola známa v čase vyhlásenia verejného obstarávania, t. j. platila by pre každého úspešného uchádzača, s ktorým by bola uzatvorená Zmluva o dielo. Zmenou termínu prebratia staveniska podľa účastníka konania nedošlo k zmene termínu realizácie diela.
25. Podľa účastníka konania bola zmena termínu prebratia staveniska vykonaná na základe dohody zmluvných strán podľa čl. III. ods. 3 Zmluvy o dielo zo dňa 07. 05. 2021, a to na základe jasnej podmienky, ktorá bola vopred určená v Zmluve o dielo, ktorá bola súčasťou vopred stanovených súťažných podkladov. Účastník konania poukazuje na to, že v zmysle § 18 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní zmenu termínu prebratia staveniska nemožno vyhodnotiť ako podstatnú zmenu pôvodnej zmluvy, keďže možnosť zmeny na základe dohody zmluvných strán bola daná vopred, v čase zadávania zákazky. Táto skutočnosť bola podľa účastníka konania v súlade s princípom rovnakého zaobchádzania a umožňovala osloveným uchádzačom rovnaké podmienky v prípade zmeny termínu prebratia staveniska v súvislosti s neočakávaným predĺžením dodacích lehôt stavebného materiálu potrebného na zhotovenie diela.
26. Účastník konania ďalej uvádza, že lehotu dodania neurčil ako kritérium na vyhodnotenie ponuky, a že pre každého uchádzača bola lehota dodania (výstavby diela) určená kogentne.

Zmenu zmluvnej podmienky spočívajúcu v zmene formulácie na „do 7 pracovných dní od dodania stavebného materiálu zhotoviteľovi“ vyhodnotil prvostupňový správny orgán, podľa názoru účastníka konania prísne – ako podstatnú zmenu pôvodnej zmluvy. V tejto súvislosti účastník konania poukazuje na to, že možnosť zmeny termínu prebratia staveniska bola jednou z obchodných podmienok dodania diela s možnosťou zmeny na základe dohody, pričom takúto zmenu vyvolal, resp. požiadal o ňu dodávateľ na základe skutočností, ktoré účastník konania vyhodnotil ako objektívne. V tejto súvislosti účastník konania uvádza, že takýto postup by zvolil voči každému úspešnému uchádzačovi, aby dodržal princíp rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie. Účastník konania uvádza, že podmienku odovzdania staveniska do 7 pracovných dní od účinnosti zmluvy s možnosťou dohody, resp. zmeny v odovzdaní staveniska, účastník konania neurčil ako podmienku diskriminačnú alebo s úmyslom odradiť ďalších potenciálnych dodávateľov, práve naopak, účastník konania uprednostňuje opačný výklad – možnosť dohody na zmene termínu prebratia staveniska v prípade objektívnej potreby.

27. Účastník konania preto žiada druhostupňový správny orgán, aby opätovne prehodnotil zistený skutkový záver k uzatvorenej Dohode o zmene termínu prebratia staveniska a jeho právne posúdenie ako nepodstatnú zmenu pôvodných zmluvných podmienok so znížením uloženej pokuty.

Právny rámec

28. Podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek, koncesií a pri súťaži návrhov postupovať podľa tohto zákona.
29. Podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.
30. Podľa § 18 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania bez nového verejného obstarávania, ak
- a) pôvodná zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva obsahuje jasné, presné a jednoznačné podmienky jej úpravy, vrátane úpravy ceny alebo opcie, rozsah, povahu možných úprav a opcí a podmienky ich uplatnenia; nemožno určiť takú podmienku, ktorou by sa menil charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy,
 - b) ide o doplnujúce tovary, stavebné práce alebo služby, ktoré sú nevyhnutné, nie sú zahrnuté do pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy, poskytuje ich pôvodný dodávateľ alebo koncesionár a zmena dodávateľa alebo koncesionára
 1. nie je možná z ekonomických dôvodov alebo technických dôvodov, pričom ide najmä o požiadavku vzájomnej zameniteľnosti alebo interoperability s existujúcim zariadením, službami alebo inštaláciami podľa pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy a
 2. spôsobí verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi významné ťažkosti alebo podstatnú duplicitu nákladov,
 - c) potreba zmeny vyplynula z okolností, ktoré verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nemohol pri vynaložení náležitej starostlivosti predvídať a zmenou sa nemení charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy,
 - d) ide o nahradenie pôvodného dodávateľa novým dodávateľom alebo pôvodného koncesionára novým koncesionárom
 1. na základe uplatnenia podmienky podľa písmena a),
 2. skutočnosti, že iný hospodársky subjekt, ktorý spĺňa pôvodne určené podmienky účasti, je právnym nástupcom pôvodného dodávateľa alebo pôvodného koncesionára v dôsledku jeho reorganizácie, vrátane zlúčenia a splynutia alebo úpadku, za predpokladu, že pôvodná zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná

- zmluva sa podstatne nemení a cieľom zmeny nie je vyhnúť sa použitiu postupov a pravidiel podľa tohto zákona alebo
3. skutočnosti, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ plní povinnosti hlavného dodávateľa alebo hlavného koncesionára voči jeho subdodávateľom podľa § 41 alebo
 - e) nedochádza k podstatnej zmene pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy bez ohľadu na hodnotu tejto zmeny.
31. Podľa § 18 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní podstatnou zmenou pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy sa rozumie taká zmena, ktorou sa najmä
 - a) mení povaha alebo rozširuje rozsah pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy,
 - b) dopĺňajú alebo menia podstatným spôsobom podmienky, ktoré by v pôvodnom postupe zadávania zákazky alebo koncesie umožnili účasť iných hospodárskych subjektov, alebo ktoré by umožnili prijať inú ponuku ako pôvodne prijatú ponuku,
 - c) mení ekonomická rovnováha v prospech dodávateľa spôsobom, ktorý pôvodná zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva neupravovala alebo
 - d) nahrádza pôvodný dodávateľ novým dodávateľom alebo pôvodný koncesionár novým koncesionárom inak, ako podľa odseku 1 písm. d).
 32. Podľa § 18 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania bez nového verejného obstarávania aj vtedy, ak hodnota všetkých zmien je nižšia ako finančný limit podľa § 5 ods. 2, ak ide o zmluvu a rámcovú dohodu, alebo podľa § 5 ods. 7, ak ide o koncesnú zmluvu a zároveň je nižšia ako
 - a) 15 % hodnoty pôvodnej zmluvy alebo rámcovej dohody, ak ide o zákazku na uskutočnenie stavebných prác,
 - b) 10 % hodnoty pôvodnej zmluvy alebo rámcovej dohody, ak ide o zákazku na dodanie tovaru alebo na poskytnutie služby, alebo
 - c) 10 % hodnoty pôvodnej koncesnej zmluvy, ak ide o koncesiu.
 33. Podľa § 117 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ pri zadávaní zákazky s nízkou hodnotou postupuje tak, aby vynaložené náklady na predmet zákazky boli hospodárne. Ak verejný obstarávateľ vyzval na predloženie ponuky viac hospodárskych subjektov na účel zadania zákazky, je povinný zabezpečiť dodržanie princípov rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie. Verejný obstarávateľ je povinný postupovať v súlade s princípom transparentnosti a zdokumentovať celý priebeh verejného obstarávania, tak aby jeho úkony boli preskúmateľné bez ohľadu na použité prostriedky komunikácie.
 34. Podľa § 117 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ eviduje všetky doklady a dokumenty a uchováva ich počas desiatich rokov od uzavretia zmluvy, ak osobitný predpis neustanovuje inak.
 35. Podľa § 182 ods. 2 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní úrad uloží verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi pokutu od 500 eur do 30 000 eur, ak zmenil zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu počas jej trvania v rozpore s týmto zákonom.
 36. Podľa § 182 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní pri ukladaní pokuty podľa odsekov 2 a 3 úrad prihliada najmä na povahu, závažnosť, spôsob a následky porušenia povinnosti. Ak sa verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ v jednom verejnom obstarávaní dopustí viacerých správnych deliktov, úrad uloží pokutu len za ten správny delikt, za ktorý možno uložiť najvyššiu pokutu; tým nie je dotknuté uloženie pokuty podľa odseku 2 písm. b).
 37. Podľa § 187h ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní za konanie, ku ktorému došlo do 30. marca 2022, je možné uložiť sankciu podľa predpisov účinných do 30. marca 2022; to neplatí pre zníženie pokuty podľa § 182 ods. 10.

Zistenia druhostupňového správneho orgánu

38. Druhostupňový správny orgán podľa § 59 ods. 1 správneho poriadku preskúmal napadnuté rozhodnutie prvostupňového správneho orgánu v celom rozsahu, pričom v súvislosti so skutočnosťami uvedenými v rozklade účastníka konania dospel k ďalej uvedeným zisteniam.
39. Dňa **12. 04. 2021** účastník konania zverejnil na svojom webovom sídle **Výzvu na predloženie cenovej ponuky** na predmet zákazky „Vyhlídková veža s útulňou“ (ďalej len „Výzva“) podľa § 117 zákona o verejnom obstarávaní, ktorú zároveň zaslal v tento deň prostredníctvom e-mailu šiestim potenciálnym záujemcom. **V lehote na predkladanie ponúk**, t. j. do **22. 04. 2021** bola predložená **jedna ponuka**, a to ponuka spoločnosti DACHCOM, s.r.o. v hodnote 57 283,29 eur bez DPH, t. j. 68 739,95 eur s DPH.
40. Dňa **07. 05. 2021** účastník konania uzavrel so spoločnosťou DACHCOM, s.r.o. (ďalej len „zhotoviteľ“) **Zmluvu o dielo** na daný predmet zákazky, kde sa v Článku IV. „Cena diela“ o. i. uvádza, cit.:
- „1. (...) Cena za zhotovenie diela je stanovená ako cena pevná a nemenná s výnimkou prípadov uvedených v bode 5. tohto článku zmluvy. (...) Celková cena diela s DPH: **68 739,95 eur**.*
- 2. Zhotoviteľ sa zaväzuje vykonať práce, dodávky a služby v ním ponúknutej výške ceny a bez ohľadu na vlastné vynaložené náklady. Zhotoviteľ prehlasuje, že ním ponúknutá cena bola tvorená tak, že zohľadnila všetky pravidlá pre tvorbu ceny podľa výkazu a výmeru. Zmluvné strany považujú výkaz a výmer uvedený v cenovej ponuke zhotoviteľa za úplný a záväzný. V prípade sporu sa má za to, že zhotoviteľ získal všetky informácie a v ponúknutej pevnej cene ich zohľadnil. Zhotoviteľ súhlasí s prevzatím úplnej zodpovednosti za riadne a včasné dokončenie diela v dohodnutej cene.*
- 3. Cena za dielo, uvedená v bode 1. tohto článku, pokrýva všetky náklady spojené so splnením záväzkov podľa tejto zmluvy, t. j. zahŕňa všetky priame a nepriame náklady spojené s riadnym splnením záväzkov zhotoviteľa podľa tejto zmluvy, tak aby dielo bolo bez akýchkoľvek väd a prevádzky schopné, vrátane nákladov na vybudovanie, prevádzku, údržbu a vypratanie staveniska, spotreby elektrickej energie a vody, nákladov na sťažené podmienky pri realizácii diela a pod. cena zároveň zohľadňuje kvalitatívne a dodacie podmienky materiálov, výrobkov a montážnych prác, zodpovedajúcich príslušným technickým normám.*
- 4. Práce, ktoré zhotoviteľ vykoná odchyľne od tejto zmluvy alebo bez príkazu objednávateľa (naviac práce), nebudú objednávateľom uhradené.*
- 5. Zhotoviteľ je oprávnený fakturovať len skutočne dodané dielo. Ak sa zmluvné strany dohodnú na obmedzení alebo rozšírení rozsahu diela je objednávateľ povinný zaplatiť len cenu primerane zníženú alebo zvýšenú. Rozšírenie rozsahu diela možno vykonať na základe písomného dodatku k zmluve o dielo.“*
41. Dňa **11. 05. 2021** zhotoviteľ listom „**Oznámenie o dodatočnej nemožnosti plnenia**“ požiadal účastníka konania o zmenu termínu na odovzdanie staveniska podľa termínu dodacej lehoty stavebného reziva, a to z dôvodu, že sa predĺžila dodacia lehota od inokedy spoľahlivých partnerov a o zmenu cien položiek v rozpočte, ktorá navýši celkovú cenu diela v rozsahu max. 15 % z dôvodu medzimesačného nárastu ceny dreva. Zhotoviteľ v predmetnom liste zároveň uviedol, že v prípade neakceptácie vyššie uvedených zmien odstúpi od zmluvy z dôvodu nemožnosti plnenia v dohodnutom čase a dohodnutej cene. Prílohou predmetného listu je tabuľka deklarujúca medzimesačné percentuálne nárasty cien štyroch typov drevených komodít bližšie neidentifikovaných dodávateľov zhotoviteľa.
42. Účastník konania v liste „**Oznámenie o dodatočnej nemožnosti plnenia – odpoveď**“ zo dňa **13. 05. 2021** adresovanom zhotoviteľovi uviedol, že argumentáciu zhotoviteľa a dôvody nemožnosti plnenia verifikoval u rôznych dodávateľov dreva, ktorí ju potvrdili a vzhľadom na objektívnosť vzniknutej situácie a záujem účastníka konania vybudovať dielo v roku 2021

akceptoval navrhované zmeny s maximálnym nárastom celkovej ceny v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.

43. Účastník konania dňa **01. 10. 2021** uzavrel so zhotoviteľom **Dodatok č. 1 k Zmluve o dielo**, v zmysle ktorého, cit.: „*Predmetom tejto zmluvy je úprava práv a povinností zmluvných strán pri zhotovení diela „Vyhliadková veža s útulňou“ v súvislosti s neočakávaným nárastom obchodovateľných komodít dreva a ocele a množstva spracovaných materiálov s prihliadnutím na celkovú cenu diela uzatvárajú objednávateľ a zhotoviteľ Dodatok č. 1 k Zmluve o dielo zo dňa 07. 05. 2021 (...).*“ V zmysle Čl. III. „Zmena zmluvy“ predmetného dodatku, cit.: „*Článok IV. Zmluvy o dielo zo dňa 07. 05. 2021 v časti rozpis celkovej ceny diela sa ruší a nahrádza novým znením: (...) Celková cena diela s DPH: 80 508,12 eur.*“
44. Úvodom právneho posúdenia druhostupňový správny orgán v zhode s prvostupňovým správnym orgánom považuje za potrebné uviesť, že účastník konania je verejným obstarávateľom podľa § 7 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, a preto bol podľa § 10 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní pri uskutočňovaní zmien Zmluvy o dielo povinný postupovať v súlade s týmto zákonom, pričom **podmienky, za ktorých môže verejný obstarávateľ zmeniť zmluvu**, rámcovú dohodu a koncesnú zmluvu počas ich trvania bez nového verejného obstarávania, **sú upravené v § 18 zákona o verejnom obstarávaní**. Predmetné ustanovenie zákona o verejnom obstarávaní zakotvuje výpočet prípadov, ktoré predstavujú dovolenú zmenu zmluvy, ktorá je výsledkom procesu verejného obstarávania, čo znamená, že ak nie sú naplnené okolnosti pre zmenu zmluvy podľa jednotlivých (dovolených) prípadov, verejný obstarávateľ je povinný zadať zákazku niektorým z príslušných postupov verejného obstarávania.
45. Druhostupňový správny orgán v tejto súvislosti pripomína, že **úprava možnosti zmeny zmluvy** (uzavierania dodatkov k zmluvám) v § 18 zákona o verejnom obstarávaní **predstavuje výnimku z povinnosti verejného obstarávateľa zadávať zákazky prostredníctvom postupov verejného obstarávania** v podmienkach hospodárskej súťaže, čo vyplýva už z úvodnej vety § 18 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní: „*Zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania bez nového verejného obstarávania, ak (...).*“ Judikatúra Súdneho dvora Európskej únie vo veciach aplikácie výnimiek z postupov verejného obstarávania (napr. rozsudky vo veciach C-385/02, bod 19, C-57/94, bod 23, C-318/94, bod 13 a C-340/02, bod 38) zaujala jednoznačné stanovisko, že výnimky uvedené v príslušných smerniciach sú stanovené taxatívne, musia byť vykladané reštriktívne a dôkazné bremeno o skutočnej existencii výnimočných podmienok odôvodňujúcich použitie výnimky je na strane verejného obstarávateľa. K uplatneniu výnimky z aplikácie pravidiel a postupov vo verejnom obstarávaní môže dôjsť len za predpokladu existencie objektívnych dôvodov (uzavrieť určité a presne vymedzené zmluvy bez použitia týchto pravidiel a postupov). Je však zakázané použitie týchto výnimiek s cieľom vyhnúť sa transparentným a súťažným postupom zadávania zákazky bez objektívnych dôvodov. **Dôkazné bremeno odôvodnenia použitia výnimky spočíva na verejnom obstarávateľovi, ktorý sa na ňu odvoláva.**
46. Druhostupňový správny orgán pre úplnosť uvádza, že prvú časť zákona o verejnom obstarávaní „*Základné ustanovenia*“ je potrebné aplikovať na celý zákon, pokiaľ ustanovenia ďalších častí zákona o verejnom obstarávaní nezakotvujú odchylnú úpravu, resp. ich nevylúčia, pričom v § 117 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je uvedený výpočet ustanovení z prvej časti zákona, ktoré sa pri zadávaní zákaziek s nízkou hodnotou neaplikujú. Keďže možnosť úpravy zmeny zmluvy počas jej trvania tam zahrnutá nie je, z uvedeného vyplýva, že **aj v prípade zmluvy, ktorá je výsledkom zadávania zákazky s nízkou hodnotou podľa § 117 zákona o verejnom obstarávaní, sa pri jej zmene aplikuje § 18 zákona o verejnom obstarávaní.**
47. Pri posudzovaní oprávnenosti zmeny zmluvy platí, že prípadné zmeny zmluvy nesmú narúšať hospodársku súťaž bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov, pričom zmena zmluvy by nemala meniť podmienky pôvodne realizovaného

verejného obstarávania spôsobom, ktorý by mal napríklad vplyv na rozhodovanie hospodárskych subjektov ohľadne ich účasti vo verejnom obstarávaní, a v danom kontexte predloženie iných ponúk alebo by mohol mať vplyv na pôvodne určené požiadavky na predmet zákazky.

48. V tejto súvislosti druhostupňový správny orgán poukazuje na to, že keďže zodpovednosť za výber a následné použitie postupu zadávania zákazky alebo koncesie, resp. rozhodnutie o zmene zmluvy, je v konečnom dôsledku na verejnom obstarávateľovi alebo obstarávateľovi, tento by mal v danej súvislosti prihliadať na skutočnosť, že inštitút zmeny zmluvy počas jej trvania predstavuje *de facto* výnimku zo súťažných postupov verejného obstarávania a je potrebné vykladať ho a aplikovať reštriktívnym spôsobom, a zároveň je nutné brať zreteľ na skutočnosť, že **uplatnenie zmeny zmluvy podľa § 18 zákona o verejnom obstarávaní musí byť založené na preukázaní splnenia konkrétnej podmienky pre zmenu zmluvy**, pretože akákoľvek iná zmena zmluvy, než je zmena povolená podľa § 18 zákona o verejnom obstarávaní, je dôvodom na realizáciu nového postupu verejného obstarávania.
49. Z uvedeného vyplýva, že **verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ je každú takúto zmenu zmluvy povinný náležite odôvodniť a preukázať** a je na každom verejnom obstarávateľovi, aby dôkladne preskúmal ustanovenia svojej zmluvy a príslušné okolnosti, ktoré viedli k potrebe úpravy zmluvy. Druhostupňový správny orgán v tejto súvislosti upozorňuje na to, že dôvod na zmenu zmluvy by mal nastať po uzavretí zmluvy, nie už pred ňou, a teda zmluvné strany by nemali uzatvárať zmluvu s vedomím, že následne bude potrebné uzatvoriť dodatok k zmluve.
50. Uvedené súvisí s povinnosťou dodržiavať základné princípy verejného obstarávania ustanovené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, medzi ktoré okrem iného patrí **povinnosť postupovať v súlade s princípom transparentnosti, s čím súvisí povinnosť zdokumentovať celý priebeh verejného obstarávania** tak, aby úkony verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa boli preskúmateľné bez ohľadu na použité prostriedky komunikácie. V súlade s uvedenými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní je teda potrebné, aby verejný obstarávateľ a obstarávateľ zrozumiteľným, zdokumentovaným a preskúmateľným spôsobom v dokumentácii evidoval podklady odôvodňujúce a/alebo preukazujúce skutočnosti pre postup podľa § 18 zákona o verejnom obstarávaní.
51. Druhostupňový správny orgán rovnako ako prvostupňový správny orgán poukazuje na metodické usmernenie č. 9408-5000/2021 zo dňa 14. 09. 2021, v ktorom úrad okrem iného uviedol, cit.:

„Úrad sa problematikou proklamovaného nárastu cien v stavebníctve v poslednom období venoval vo viacerých metodických usmerneniach, ako napr. č. 6093-5000/2021, 7793-5000/2021, 8819-5000/2021, či 8839-5000/2021, v ktorých v nadväznosti na obsah predmetných žiadostí:

- *poukázal predovšetkým na to, že úrad už dlhodobo apeluje na verejných obstarávateľov a obstarávateľov, aby využívali možnosti, ktoré im ponúka § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a zahŕňali do zmlúv predpoklady pre ich budúce zmeny (napr. tzv. indexačné doložky),*
- *vychádzal z predpokladu, že za tvorbu svojej ponuky, ako aj návrhu na plnenie kritérií (predovšetkým zmluvnej ceny) je zodpovedný uchádzač, ktorý v tejto súvislosti vstupuje do zmluvného vzťahu a zaväzuje sa svoj záväzok dodržať, pričom okolnosti, ako napr. zvyšovanie cien vstupov možno v zásade považovať za súčasť podnikateľského rizika a*
- *v súvislosti s poukazovaním na príčinnú súvislosť s pandémiou spôsobenou ochorením COVID-19 dal do pozornosti dokumenty vydané Európskou komisiou, ktoré sú zverejnené na webovom sídle úradu (budú priblížené aj nižšie v texte), pričom*

vyjadril domnienku, že pandémia v súčasnosti zrejme nebude jediným faktorom zodpovedným za vzniknutú situáciu. (...)

Je notoricky známe a judikované tak SD EÚ, ako aj úradom, že k výkladu, a teda aj k používaniu výnimiek z pravidiel verejného obstarávania je potrebné pristupovať reštriktívnym spôsobom, pričom bremeno preukázania oprávnenosti použitia výnimky leží na tom, kto sa použitia výnimky dovoľáva (t. j. na verejnom obstarávateľovi alebo obstarávateľovi). Základné princípy verejného obstarávania aj v tomto prípade predstavujú korekčný a objektivizačný mechanizmus, cez optiku ktorého je potrebné nahliadať aj na použitie zákonných výnimiek. Cieľom verejného obstarávania je totiž zabezpečenie otvorenej a neskreslenej hospodárskej súťaže, pričom používanie výnimiek z pravidiel verejného obstarávania z povahy veci v sebe nesie riziko jej narušenia. Z tohto dôvodu aj úrad neustále apeluje, že k zmenám zmlúv je potrebné pristupovať mimoriadne opatrne. (...)

V tejto súvislosti je možné poukázať na už citovaný rozsudok SD EÚ vo veci C-454/06, v ktorom Súdny dvor (odkazujúc pritom aj na rozsudok vo veci C-496/99 Komisia/CAS Succhi di Frutta) vychádzal z toho, že cena je dôležitou podmienkou verejnej zmluvy, pričom zmena tejto podmienky počas doby platnosti zmluvy za absencie výslovného splnomocnenia v ustanoveniach pôvodnej zmluvy by mohla spôsobiť porušenie zásady transparentnosti a rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi.

Vychádzajúc z uvedeného je možné konštatovať, že zavedenie napr. indexačnej doložky do zmluvy ex post, ktorej faktickým cieľom je riešiť aktuálne vzniknutú situáciu a „pomôcť“ tým zhotoviteľom prostredníctvom valorizácie (navýšenia) cien, by samé osebe zjavne predstavovalo podstatnú a nedovolenú zmenu zmluvy, a to predovšetkým z titulu posunu ekonomickej rovnováhy v prospech tohto dodávateľa, ako aj z titulu možného prijatia inej ponuky, než pôvodne prijatej ponuky (napr. z dôvodu, že si iní uchádzači, čiastočne alebo úplne, riziko nárastu cien do svojej ponuky nacenili, resp. že ráтали z nižšou maržou). (...)

K možnostiam zmeny zmluvy v zmysle § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní

(...) V tomto prípade je zmena zmluvy prípustná z toho dôvodu, že bola predvídaná a mali možnosť sa s ňou a jej podmienkami oboznámiť vopred všetky hospodárske subjekty zaujímajúce sa o zadanie zákazky. Ide teda o vopred stanovené pravidlá, pri dodržaní ktorých sa prezumuje aj súlad so základnými princípmi verejného obstarávania. V situácii, keď uzavretá zmluva, ktorá vzišla z verejného obstarávania takéto ustanovenia neobsahuje (a zjavne teda ich neobsahovali ani dokumenty potrebné na vypracovanie ponuky), ich neskoršie doplnenie vo forme zmluvného dodatku bude napĺňať znaky podstatnej zmeny zmluvy, pokiaľ z toho bude vyplývať posun ekonomickej rovnováhy smerom k dodávateľovi alebo že sa touto zmenou podstatným spôsobom dopĺňajú pôvodne stanovené podmienky, ktoré by umožnili účasť iných hospodárskych subjektov alebo by umožnili prijať inú ponuku. (...)

K možnostiam zmeny zmluvy v zmysle § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní

(...) Pre podrobnejšie zaoberanie sa týmto predpokladom zmeny zmluvy je vhodné poukázať aj na samotné smernice EÚ, napr. na čl. 72 ods. 1 písm. c) smernice 2014/24/EÚ, podľa ktorého zmluvy a rámcové dohody možno upraviť bez nového postupu obstarávania v súlade s touto smernicou ak sú splnené všetky podmienky:

- i. potreba úpravy bola vyvolaná okolnosťami, ktoré nemohol obozretný verejný obstarávateľ predvídať;*
- ii. úpravou sa nemení celková povaha zákazky;*
- iii. akékoľvek zvýšenie ceny nie je vyššie ako 50 % hodnoty pôvodnej zákazky alebo rámcovej dohody. Ak sa vykoná niekoľko úprav nasledujúcich po sebe, uvedené obmedzenie sa vzťahuje na hodnotu každej úpravy. Účelom takýchto úprav nasledujúcich po sebe nesmie byť obchádzanie tejto smernice;*

Oporu tomuto ustanoveniu poskytuje bod 109 preambuly predmetnej smernice uvádzajúci, že **verejní obstarávatelia môžu byť konfrontovaní s vonkajšími okolnosťami, ktoré nemohli predvídať pri zadávaní zákazky, najmä ak sa zákazka plní počas dlhého obdobia.** V takomto prípade je potrebná určitá miera pružnosti na prispôsobenie zákazky týmto okolnostiam bez nového postupu obstarávania. **Pojem nepredvídateľných okolností sa vzťahuje na okolnosti, ktoré nebolo možné predvídať napriek primerane dôkladnej príprave pôvodného zadania zákazky verejným obstarávateľom so zreteľom na dostupné prostriedky, povahu a charakteristické znaky konkrétneho projektu, osvedčené postupy v danej oblasti a potrebu zabezpečiť zodpovedajúci súlad medzi prostriedkami vynaloženými pri príprave zadávania zákazky a jej predpokladanou hodnotou. (...)**

Za potrebné považujeme uviesť aj to, že pri stavebných zákazkách zjavne nedochádza k bezprostrednej spotrebe uvedených komodít nakúpených na svetových burzách, ale tieto ceny sa postupne premietajú do cien stavebných materiálov a výrobkov a tvoria len určitú časť výrobných a cenových vstupov, ktorá sa na výslednej cene môže prejaviť s rôznym časovým oneskorením (z dôvodov postupného reťazenia zdražovania od samotnej komodity cez medziprodukty až po finálny výrobok a jeho distribúciu ku koncovému zákazníkovi). Oneskorenie možno následne zaznamenávať aj pri premietaní do štatistík cenových hladín, ktoré sa vykonávajú s určitou periodicitou (napr. štvrtročnou, ako je tomu pri indexe cien v stavebníctve sledovaného Štatistickým úradom Slovenskej republiky). Uvedené tak znamená, že nárast ceny určitej suroviny, či komodity obchodovanej na svetových trhoch sa nepremieta do cenových štatistík týkajúcich sa stavebných výrobkov v plnej miere a zároveň sa tak nedeje okamžite (relevantné je určité časové obdobie, ktoré v sebe môže odrážať viaceré cenové výkyvy). V súvislosti s prípadným odvolávaním sa na rôzne cenové indexy je potrebné upozorniť aj na to, že môžu vychádzať aj z agregovaných položiek, ktoré v sebe nemusia obsahovať len stavebné materiály (ako je tomu napr. Indexe cien priemyselných výrobcov v SR, sledovaného Štatistickým úradom Slovenskej republiky). Na základe uvedeného preto zastávame názor, že z cien na komoditných trhoch, ako aj z **cenových indexov, ktoré sú zverejňované napr. Štatistickým úradom Slovenskej republiky nemožno vyvodzovať univerzálne a priamo aplikovateľné závery pre účely každej stavebnej zákazky v Slovenskej republike, nakoľko na tieto účely poskytujú v rôznej miere skreslené údaje a zároveň sa v bližšej miere nezaoberajú súvzťažnosťami medzi nárastom cien a ich príčinami.** Takýto univerzálny mechanizmus, na ktorý by sa v dotknutých zákazkách dalo odvolávať, či analýza ktorá by podrobne pomenúvala jednotlivé príčiny nárastu cien týkajúcich sa sektora stavebných zákaziek, nie sú úradu doposiaľ známe. (...)

V zjednodušenej podobe tak platí, že **zhotoviteľ ešte v pozícii uchádzača vychádzajúc zo svojich znalostí, princípov fungovania svojej obchodnej politiky a dodávateľských vzťahov, ako aj s prihliadnutím na okolnosti, ktoré sú procesu verejného obstarávania vlastné, vypracoval a predložil ponuku (napr. prostredníctvom ocenenia výkazu výmer) a ako úspešný v porovnaní so svojimi konkurentmi zaviazal sa uskutočniť dielo včas a riadne za dohodnutú cenu.** S prihliadnutím na základné princípy verejného obstarávania a pravidlá čestnej hospodárskej súťaže **by malo zároveň platiť, že zhotoviteľ tento svoj záväzok dodrží (pacta sunt servanda).** Pokiaľ v priebehu plnenia dôjde k nárastu cien vstupov potrebných pre plnenie zmluvy, táto skutočnosť sama o sebe neznamená objektívnu nemožnosť plnenia, ale vo všeobecnosti to, že bude kladená na ťarchu niektorej zo zmluvných strán (pokiaľ v zmluve nie je dohodnutý osobitný mechanizmus na elimináciu takýchto rizík). **Ak zmluva neobsahuje valorizačný mechanizmus, navýšenie cien vstupov tak štandardne pôjde na ťarchu zhotoviteľa.** V takomto prípade je tak zhotoviteľ ten, kto v prvom rade čelí vzniknutej (nepredvídanej) situácii. S ohľadom na text preambuly smernice 2014/24/EÚ je namieste hľadanie odpovede na otázku, v akej miere ide teda o okolnosti s ktorými sú konfrontovaní samotní verejní obstarávatelia alebo obstarávatelia. **Skutočnosť, že si zhotoviteľ uplatňuje u neho nárok na navýšenie zmluvnej ceny z dôvodu, že ďalšie plnenie, či splnenie celej**

zákazky bude pre neho nevýhodné (stratové), čo môže byť ďalej umocnené jeho úvahami nad spôsobmi ukončenia zväzku, sa v tomto smere nezdá byť postačujúca a dôvodná. V korelácii s tým je potom rovnako otázná aj dôvodnosť úpravy (prispôsobenia) zákazky týmito okolnosťami. Ako bolo naznačené vyššie, z doteraz prezentovaných skutočností sa javí, že jedinou potrebou na prispôsobenie zákazky je zmena (navýšenie) ceny v prospech zhotoviteľa, pričom platí, že takáto zmena nie je z objektívneho hľadiska nevyhnutná na „dokončenie“ zákazky (v zásade ide o subjektívne dôvody na strane zhotoviteľa).“

52. Berúc do úvahy vyššie zhrnutý právny rámec, druhostupňový správny orgán pristúpil k posudzovaniu splnenia niektorej z možností na zmenu zmluvy ustanovenej v § 18 zákona o verejnom obstarávaní, pričom uvádza nasledovné:

K uplatneniu § 18 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní

53. Vychádzajúc z dokumentu „Oznámenie o dodatočnej nemožnosti plnenia“ zo dňa 11. 05. 2021, ktorý zhotoviteľ adresoval účastníkovi konania, z ktorého vyplývalo avizované navýšenie ceny diela v rozsahu max. 15 %, druhostupňový správny orgán pristúpil k overeniu hodnoty zmeny zmluvy, a to s cieľom zistiť, či bol účastník konania oprávnený vykonať zmenu zmluvy podľa § 18 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, teda tzv. zmenu de minimis. Druhostupňový správny orgán zistil, že keďže v danom prípade došlo k navýšeniu pôvodnej ceny diela o 17,12 % (body 40 a 43 tohto rozhodnutia), čo prevyšuje hodnotu de minimis, účastník konania nebol oprávnený postupovať v zmysle predmetného ustanovenia.

54. Z uvedeného vyplýva, že pokiaľ chcel účastník konania vykonať zmenu zmluvy v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, bol povinný preukázať naplnenie niektorého z dôvodov ustanovených v § 18 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Vychádzajúc zo samotného Dodatku č. 1 k Zmluve o dielo, a rovnako z vyjadrení, ktoré predložil účastník konania v rámci správneho konania na prvom stupni, prvostupňový správny orgán správne pristúpil k posudzovaniu toho, či účastník konania preukázal naplnenie predpokladov na postup podľa § 18 ods. 1 písm. a) a/alebo c) zákona o verejnom obstarávaní. Druhostupňový správny orgán v tejto súvislosti uvádza nasledovné:

K uzatvoreniu dodatku podľa § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní

55. Úvodom je potrebné uviesť, že právna úprava zmeny zmluvy, ktorá bola uzavretá ako výsledok verejného obstarávania, ustanovená v § 18 zákona o verejnom obstarávaní, má svoj základ v Smernici Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (ďalej len „smernica 2014/24/EÚ“). Konkrétne ustanovenie § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní predstavuje transpozíciu čl. 72 ods. 1 písm. a) smernice 2014/24/EÚ, v ktorom sa uvádza: Zmluvy a rámcové dohody možno upraviť bez nového postupu obstarávania v súlade s touto smernicou v ktoromkoľvek z týchto prípadov: ak úpravy, bez ohľadu na ich peňažnú hodnotu, boli uvedené v pôvodných súťažných podkladoch v jasných, presných a jednoznačných doložkách o preskúmaní, ktoré môžu zahŕňať doložky týkajúce sa revízie ceny alebo opcií. V takýchto doložkách sa uvádza rozsah a povaha možných úprav alebo opcií, ako aj podmienky, za ktorých sa môžu použiť. Nestanovujú sa v nich úpravy ani opcie, ktoré by menili celkovú povahu zákazky alebo rámcovej dohody.

56. Preambula smernice 2014/24/EÚ v bode 111 v tejto súvislosti uvádza: Verejní obstarávatelia by v rámci jednotlivých zmlúv mali mať možnosť ustanoviť úpravy zákazky prostredníctvom doložiek o preskúmaní alebo opcií, ale takéto doložky by im nemali umožňovať neobmedzenú mieru voľného rozhodovania. V tejto smernici by sa preto malo ustanoviť, do akej miery možno v pôvodnej zákazke vykonávať úpravy. Preto by sa malo spresniť, že v dostatočne jasne vypracovaných doložkách o preskúmaní alebo opcií sa môže ustanoviť napríklad cenová indexácia alebo zabezpečiť, aby napr. komunikačné zariadenie, ktoré sa má dodať za určitý čas, bolo naďalej vyhovujúce, a to aj v prípade zmien komunikačných protokolov alebo iných

technologických zmien. V rámci dostatočne jasných doložiek by tiež malo byť možné ustanoviť úpravy zákazky nevyhnutné v dôsledku technických ťažkostí, ktoré vznikli počas prevádzky alebo údržby. Malo by sa tiež pripomenúť, že zmluvy by mohli zahŕňať napríklad bežnú údržbu, ako aj stanovovať mimoriadne údržbárske zásahy, ktoré by mohli byť potrebné s cieľom zabezpečiť kontinuitu verejnej služby.

57. Podľa § 18 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania bez nového verejného obstarávania, ak pôvodná zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva obsahuje jasné, presné a jednoznačné podmienky jej úpravy, vrátane úpravy ceny alebo opcie, rozsah, povahu možných úprav a opcií a podmienky ich uplatnenia; nemožno určiť takú podmienku, ktorou by sa menil charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy.
58. Z uvedeného vyplýva, že obsah ustanovení Zmluvy o dielo je potrebné preskúmať z toho hľadiska, či tieto zmluvné ustanovenia jasne, presne a jednoznačne ustanovujú rozsah a povahu možných úprav zmluvy, ako aj jasné, presné a jednoznačné podmienky, za splnenia ktorých sa tieto úpravy môžu použiť, a to v takom rozsahu a vyjadrení, ktoré neumožňujú neobmedzenú mieru voľného rozhodovania.
59. Po preskúmaní ustanovení Zmluvy o dielo druhostupňový správny orgán konštatuje, že **predmetná Zmluva o dielo v súvislosti s nepredvídateľným vývojom cien neobsahuje také ustanovenia, ktoré by jasne, presne a jednoznačne ustanovili rozsah a povahu možných úprav zmluvy**, a rovnako neobsahuje jasné, presné a jednoznačné podmienky, za splnenia ktorých sa tieto úpravy môžu použiť.
60. Zmluva o dielo teda **neobsahuje ustanovenia o možnej úprave ceny**. Dodatočná úprava ceny v zmysle Dodatku č. 1 k Zmluve o dielo teda nemohla byť a ani nebola vykonaná v zmysle § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Druhostupňový správny orgán má na základe uvedeného za to, že **účastník konania nepreukázal dôvod na zmenu zmluvy podľa § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní**.
K uzatvoreniu dodatku podľa § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní
61. Vychádzajúc z Dodatku č. 1 k Zmluve o dielo, a rovnako z vyjadrení, ktoré predložil účastník konania v rámci správneho konania, je zrejmé, že účastník konania je toho názoru, že pri uzatvorení predmetného dodatku postupoval v súlade s § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, a teda, že potreba zmeny zmluvy vyplynula z okolností, ktoré nemohol pri vynaložení náležitej starostlivosti predvídať.
62. V predmetnom prípade je pritom potrebné poukázať aj na **časové aspekty zmeny zmluvy**. Dňa 12. 04. 2021 bola zverejnená výzva na predloženie cenovej ponuky, lehota na predkladanie ponúk bola stanovená do 22. 04. 2021. Následne, dňa 07. 05. 2021 (piatok) bola uzatvorená Zmluva o dielo medzi účastníkom konania a zhotoviteľom, pričom už dňa 11. 05. 2021 (utorok), teda štvrtý kalendárny deň odo dňa uzatvorenia predmetnej zmluvy (z toho dva dni pripadli na víkend), zhotoviteľ požiadal účastníka konania o jej zmenu z dôvodu nemožnosti realizácie plnenia v zmysle pôvodných podmienok Zmluvy o dielo, pričom dňa 13. 05. 2021 ich účastník konania akceptoval. Z uvedeného vyplýva, že **práve v čase od 07. 05. 2021 do 11. 05. 2021 malo dôjsť k nepredvídateľnému nárastu cien stavebných materiálov potrebných pre realizáciu plnenia**.
63. Podľa druhostupňového správneho orgánu bol účastník konania oprávnený pristúpiť k zmene zmluvy podľa § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní iba v prípade, ak by mal za objektívne preukázané, že skutočne takto krátko po uzatvorení Zmluvy o dielo došlo k takým zmenám na trhu, v dôsledku ktorých realizáciu predmetu plnenia za pôvodnú cenu nebolo možné od zhotoviteľa rozumne očakávať.

64. Druhostupňový správny orgán v tejto súvislosti poukazuje na to, že účastník konania sa s oznámením zhotoviteľa o nemožnosti plnenia vysporiadal v liste „Oznámenie o dodatočnej nemožnosti plnenia – odpoveď“ zo dňa 13. 05. 2021, a to nasledovným spôsobom, cit.: „*Vami uvedenú argumentáciu a dôvody nemožnosti plnenia sme verifikovali u rôznych dodávateľov dreva, ktorí potvrdili neočakávané zmeny na burze a trhu s komoditou dreva*“. **Druhostupňový správny orgán v tejto súvislosti konštatuje, že dokumentácia účastníka konania neobsahuje žiadny dôkaz** (napr. e-mailovú komunikáciu s dodávateľmi, úradný záznam, vykonaný prieskum trhu z verejne dostupných dát a pod.) **preukazujúci predmetné tvrdenie o verifikácii skutočností deklarovaných zhotoviteľom.**
65. Čo sa týka prílohy listu „Oznámenie o dodatočnej nemožnosti plnenia“, teda **tabuľky deklarujúcej medzimesačné percentuálne nárasty cien** štyroch typov drevených komodít bližšie neidentifikovaných dodávateľov zhotoviteľa, druhostupňový správny orgán v prvom rade uvádza, že je **nepreskúmateľná a dodatočne neoveriteľná**, keďže z nej nevyplýva, o ktorých dodávateľov zhotoviteľa ide, aká bola metodika percentuálneho výpočtu (či vôbec bola porovnateľná naprieč dodávateľmi), a ani na základe akých vstupných dát bola predmetná tabuľka zo strany zhotoviteľa vyhotovená. V druhom rade je potrebné uviesť, že **u troch zo štyroch dodávateľov sú vykázané najvyššie percentuálne nárasty cien materiálov v apríli 2021, pričom v máji došlo k výraznému spomaleniu nárastu cien materiálov.** V tejto súvislosti je **potrebné pripomenúť, že zhotoviteľ predkladal ponuku v apríli a Zmluvu o dielo, ktorej podpisom sa zaviazal plniť za cenu uvedenú v ponuke, uzatvoril s účastníkom konania dňa 07. 05. 2021.**
66. Druhostupňový správny orgán poukazuje na skutočnosť, že účastník konania v priebehu prvostupňového správneho konania listom „Doplnenie podkladov pre rozhodnutie“ zo dňa 16. 06. 2023 doplnil doklady, ktoré podľa účastníka konania preukazujú, že zmluvné strany nemohli predvídať zmenu cien stavebných materiálov v rozhodnom období roka 2021. Účastník konania konkrétne predložil: Čestné vyhlásenie spoločnosti Holzwerke Ladenburger GmbH & Co. KG vyhotovené, vychádzajúc z jeho obsahu, v roku 2022, Analytický článok „Veľký prehľad vývoja cien: Čo všetko vieme o stavebných materiáloch“ zo dňa 29. 11. 2022, Indexy cien v stavebníctve SR za 1Q/2021 a Indexy cien v stavebníctve SR za 2Q/2021.
67. Druhostupňový správny orgán v súvislosti s vyššie uvedenými predloženými podkladmi poukazuje na to, že dokument „**Indexy cien v stavebníctve SR za 1Q/2021**“ bol vypracovaný Štatistickým úradom Slovenskej republiky v apríli 2021, t. j. v čase zverejnenia výzvy na predloženie cenovej ponuky. V nadväznosti na uvedené má druhostupňový správny orgán za to, že uvedený **dokument preukazuje nárast cien stavebných materiálov už v priebehu prvého kvartálu 2021**, a teda účastník konania mohol a mal reflektovať riziká spojené s nárastom cien stavebných materiálov v závislosti od vývoja ich cien na trhu už v predmetnej Zmluve o dielo a nie až po jej podpise v máji 2021.
68. Čo sa týka predloženého čestného vyhlásenia spoločnosti Holzwerke Ladenburger GmbH & Co. KG, v zmysle ktorého, cit.: „*(...) od prvého kvartálu roka 2021 do konca decembra 2021 z dôvodov, ktoré uvádzame nižšie, nevedeli garantovať cenu dreva a stavebného reziva (...) Situácia so stavebným rezivom sa od začiatku roku 2021 vôbec nezlepšovala (...) situácia so stavebným rezivom sa začala stabilizovať od decembra 2021 do marca 2022.*“, toto takisto potvrdzuje, že **už od prvého kvartálu roku 2021 dochádzalo k výraznejšiemu pohybu cien dreva a stavebného reziva, preto pri uzatvorení Zmluvy o dielo v máji 2021, a následnej, takmer okamžitej potrebe uzatvoriť Dodatok č. 1 k Zmluve o dielo, nemožno hovoriť o nepredvídateľnej okolnosti v súvislosti s „neočakávaným nárastom obchodovateľných komodít dreva“, ako uvádza účastník konania.**
69. Druhostupňový správny orgán má za to, že pokiaľ sa snaží účastník konania odôvodniť uzatvorenie dodatku tým, že realizoval predmetné verejné obstarávanie v období, kedy z dôvodu pandémie Covid-19 vo všeobecnosti dochádzalo k postupnému navyšovaniu cien

stavebných materiálov, potom nie je druhostupňovému správne mu orgánu zrejme, prečo nepočítal s rizikom spojeným s týmto nárastom cien stavebných materiálov na trhu a neupravil podmienky samotného návrhu Zmluvy o dielo tak, aby táto zmluva obsahovala ustanovenia, na základe ktorých by bolo možné prípadný ďalší nárast cien reflektovať.

70. V neposlednom rade je potrebné poukázať na **nezrovnalosti medzi deklarovanými dôvodmi na zmenu zmluvy** (nepredvídateľný nárast ceny dreva a ocele) a **skutočným obsahom zmeny zmluvy, teda predmet Dodatku č. 1**. Druhostupňový správny orgán v súvislosti s tvrdením účastníka konania uvedeným v liste „Oznámenie o začatí správneho konania – odpoveď, Predloženie dokumentácie“ zo dňa 10. 05. 2023, v zmysle ktorého predmetným dodatkom nebola navýšená cena práce, ale iba cena komodít, ktorých cenotvorba bola v uvedenom období objektívne nestabilná a problematická, poukazuje na nasledovné:
- položka PČ 29 uvedená v Dodatku č. 1 k Zmluve o dielo „Zvláštne výkony na stavenisku, viacstranné brúsenie reziva pred nanášaním farby, brúsny papier 80-100“ **nespočíva v úprave ceny materiálu, ale ide o navýšenie ceny práce**,
 - položka PČ 31 uvedenou v Dodatku č. 1 k Zmluve o dielo „Hranol mäkké rezivo – smrek akosť I trieda, vlhkosť do 16“ **nespočíva iba v úprave ceny materiálu, ale došlo aj k zmene objemu tohto materiálu**, a to zo 14,169 m³ na 10,470 m³,
 - položka PČ 32 „Hranoly lepené KVH, smrek, I. trieda, vrátane dopravy“ **nespočíva v úprave ceny materiálu, ale došlo k zmene objemu tohto materiálu** z pôvodných 4,640 m³ na 8,503 m³ (viď rozpočet Dodatku č. 1 k Zmluve o dielo),
 - Dodatok č. 1 k Zmluve o dielo v tabuľke v Čl. II. **obsahuje aj úplne novú položku** „Náter pozinkovaných plechov chlórkaucukový M33 päťvrstvový s použitím ochrannej masky“, **ktorá nebola súčasťou pôvodného rozpočtu podľa pôvodnej Zmluvy o dielo.**
71. V nadväznosti na vyššie uvedené druhostupňový správny orgán konštatuje, že **Dodatok č. 1 k Zmluve o dielo bol uzatvorený v rozpore s § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko uvedené ustanovenie umožňuje zmeniť zmluvu počas jej trvania bez nového verejného obstarávania, ak potreba zmeny vyplynula z okolností, ktoré verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nemohol pri vynaložení náležitej starostlivosti predvídať** a zmenou sa nemení charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy, čo v tomto prípade nebolo zo strany účastníka konania preukázané.
72. Druhostupňový správny orgán v tejto súvislosti konštatuje, že v danom prípade **účastník konania existenciu mimoriadnej (nepredvídateľnej) situácie v rozhodnom čase, t. j. v čase od uzatvorenia Zmluvy o dielo dňa 07. 05. 2021 do momentu požiadania zhotoviteľa o zmenu cien položiek v rozpočte prostredníctvom Oznámenia o dodatočnej nemožnosti plnenia zo dňa 11. 05. 2021, žiadnym spôsobom nepreukázal**. Uvedené je podľa druhostupňového správneho orgánu potrebné vyhodnotiť aj ako **porušenie § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, a to najmä princípu transparentnosti, ktorý bol účastník konania v zmysle vyššie uvedeného, povinný dodržať aj pri postupe zadávania zákazky s nízkou hodnotou**.
73. Preskúmaním dokumentácie účastníka konania, ako aj vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti má teda druhostupňový správny orgán za to, že účastník konania **nepreukázal ani splnenie predpokladov na zmenu zmluvy podľa § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní**.
74. Druhostupňový správny orgán uvádza, že na oprávnenosť postupu účastníka konania nestačí iba tvrdiť, že postup účastníka konania je v súlade s § 18 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, ale tieto skutočnosti je nevyhnutné transparentne zachytiť a v prípade pochybností ich preukázať. Druhostupňový správny orgán konštatuje, že **účastník konania v danom prípade v súvislosti s potrebou navýšenia zmluvnej ceny neunesol dôkazné bremeno**

preukázania oprávnenosti uskutočnenia zmien Zmluvy o dielo počas jej trvania v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.

75. Druhostupňový správny orgán po opätovnom vyhodnotení všetkých do úvahy prichádzajúcich dôvodov na zmenu Zmluvy o dielo podľa § 18 ods. 1 písm. a) a c) zákona o verejnom obstarávaní a podľa § 18 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní dospel k záveru, že **prvostupňový správny orgán správne konštatoval, že účastník konania uzavretím Dodatku č. 1 k Zmluve o dielo, ktorým navýšil cenu diela z pôvodnej ceny diela v sume 57 283, 29 eur bez DPH, t. j. 68 739,95 eur s DPH na sumu 67 090,10 eur bez DPH, t. j. 80 508,12 eur s DPH, zmenil Zmluvu o dielo počas jej trvania v rozpore s § 18 zákona o verejnom obstarávaní, a teda svojím konaním naplnil znaky skutkovej podstaty správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní.**
76. V napadnutom rozhodnutí prvostupňový správny orgán ďalej konštatoval porušenie zákona o verejnom obstarávaní v súvislosti s uzatvorením Dohody o zmene termínu prebratia staveniska zo dňa 18. 05. 2021, ktorou účastník konania zmenil termín odovzdania staveniska v zmysle čl. III. Zmluvy o dielo, v dôsledku čoho sa predĺžil aj termín realizácie diela podľa čl. III ods. 2 Zmluvy o dielo, čím zmenil Zmluvu o dielo počas jej trvania v rozpore s § 18 zákona o verejnom obstarávaní.
77. V súvislosti s vyššie konštatovaným porušením zákona o verejnom obstarávaní druhostupňový správny orgán prihliadol na čl. III. bod 3 Zmluvy o dielo, v ktorom je uvedené, cit.: „*Objednávateľ odovzdá zhotoviteľovi stavenisko do 7 pracovných dní od nadobudnutia účinnosti Zmluvy o dielo, ak sa zmluvné strany nedohodnú inak.*“ Z uvedeného ustanovenia Zmluvy o dielo podľa druhostupňového správneho orgánu skutočne vyplýva, že dáva možnosť zmluvným stranám dodatočne dohodnúť iný termín odovzdania staveniska. Druhostupňový správny orgán má za to, že v prípade, ak nastanú objektívne skutočnosti, využitie predmetného dôvetku „*ak sa zmluvné strany nedohodnú inak.*“, nemožno považovať za rozporné s ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní. Druhostupňový správny orgán považuje predmetné zmluvné ustanovenie, v zmluvách týkajúcich sa vykonania stavebných prác na zhotovenie diela, za v praxi bežne sa vyskytujúce ustanovenie, ktoré možno uplatniť v prípade, pokiaľ si to situácia objektívne vyžaduje (napr. nutnosť zmeny termínu odovzdania staveniska z dôvodu nevypratania priestoru budúceho staveniska, z personálnych dôvodov na strane objednávateľa, z dôvodu nevhodných klimatických podmienok).
78. Druhostupňový správny orgán má za to, že v tomto prípade **zmena termínu prevzatia staveniska, ktorá má za následok iba zmenu začatia realizácie plnenia, a teda nemá za následok zvýhodnenie zhotoviteľa (úspešného uchádzača) tým, že by mu bola dodatočne poskytnutá dlhšia lehota na realizáciu diela (Čl. III. bod 2 Zmluvy o dielo, v zmysle ktorého, cit.: „Zhotoviteľ sa zaväzuje dielo vykonať (zrealizovať) do 3 mesiacov od prevzatia staveniska.“, zostal bezo zmeny), nepredstavuje podstatnú zmenu zmluvy.**
79. Druhostupňový správny orgán, vzhľadom na vyššie uvedené, **v súvislosti s uzatvorením Dohody o zmene termínu prebratia staveniska** zo dňa 18. 05. 2021, ktorou účastník konania zmenil termín odovzdania staveniska, neidentifikoval porušenie zákona o verejnom obstarávaní, a teda, daným konaním **nedošlo k spáchaniu správneho deliktu v zmysle tohto zákona.**

K sankcii

80. Druhostupňový správny orgán konštatuje, že účastník konania svojím konaním naplnil znaky skutkovej podstaty správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní iba v súvislosti s uzatvorením Dodatku č. 1 k Zmluve o dielo zo dňa 01. 10. 2021, nie v súvislosti s uzatvorením Dohody o zmene termínu prebratia staveniska zo dňa 18. 05. 2021.

81. Vzhľadom na uvedené druhostupňový správny orgán identifikoval dôvod na zmenu napadnutého rozhodnutia, a to tak, že je potrebné zmeniť výrok napadnutého rozhodnutia aj čo do uloženia sankcie účastníkovi konania.
82. V súvislosti s výškou pokuty ukladanej za správny delikt podľa § 182 ods. 2 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní, druhostupňový správny orgán uvádza, že je v jeho diskrečnej právomoci určiť výšku pokuty v rámci zákonom stanoveného rozpätia od 500 eur do 30 000 eur, a to s prihliadnutím na povahu, závažnosť, spôsob a následky porušenia povinnosti.
83. Pri posudzovaní povahy, závažnosti, spôsobu a následkov porušenia druhostupňový správny orgán pri určení výšky pokuty za správny delikt podľa § 182 ods. 2 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní vzal do úvahy existujúce priťažujúce i poľahčujúce okolnosti.
84. Druhostupňový správny orgán prihliadol na typ zákazky z hľadiska limitov, a to, že v danom prípade išlo o zákazku s nízkou hodnotou, a rovnako zohľadnil status účastníka konania v tom zmysle, že ide o subjekt, ktorý plní najmä rôzne sociálne a vzdelávacie kompetencie, v prípade ktorého príliš vysoká pokuta by mohla mať negatívny dopad na zraniteľné vrstvy obyvateľstva a na kvalitu poskytovania týchto verejných služieb, pričom by súčasne nezabezpečila splnenie účelu ukladania sankcií za daný správny delikt. Za poľahčujúcu okolnosť majúcu vplyv na uloženie pokuty v dolnej hranici zákonom stanoveného sankčného rozpätia druhostupňový správny orgán považuje skutočnosť, že sa uvedeného porušenia účastník konania dopustil prvýkrát.
85. Sumarizujúc vyššie uvedené, podľa druhostupňového správneho orgánu v predmetom prípade je potrebné zohľadniť pri určení výšky sankcie to, aby výška pokuty, vzhľadom na status účastníka konania, plnila preventívny a výchovný účinok, pokiaľ možno s čo najmiernejším represívnym charakterom.
86. Na základe týchto skutočností sa **druhostupňový správny orgán rozhodol uložiť pokutu v dolnej hranici zákonom stanoveného sankčného rozpätia, a to vo výške 500 eur**, teda tak, aby nebola neprimerane mierna, a zároveň aby spĺňala výchovný účel a do budúcnosti motivovala účastníka konania na dôsledné plnenie povinností vyplývajúcich zo zákona o verejnom obstarávaní.
87. Na základe toho, že druhostupňový správny orgán v predmetnom rozkladovom konaní **identifikoval dôvody na zmenu napadnutého rozhodnutia**, čo do rozsahu spáchania správneho deliktu podľa § 182 ods. 2 písm. d) zákona o verejnom obstarávaní a čo do výšky uloženej pokuty, rozhodol tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.
88. Keďže správne konanie o uložení pokuty za správny delikt a rozhodnutie, ktoré je jeho výsledkom, má mať nielen sankčný, ale hlavne výchovný účinok, druhostupňový správny orgán apeluje na účastníka konania, aby dôsledne dodržiaval ustanovenia právnych predpisov upravujúcich možné zmeny zmluvy, a teda, aby účastník konania v budúcnosti pri uzatváraní dodatkov k zmluvám, ktoré sú výsledkom procesu verejného obstarávania podľa zákona o verejnom obstarávaní, postupoval v súlade s § 18 zákona o verejnom obstarávaní a dodatky uzatváral len v prípade, ak má za preukázané, že sú naplnené všetky skutočnosti a podmienky pre zmenu zmluvy podľa § 18 zákona o verejnom obstarávaní a súčasne riadne zdôvodnil a preukázal oprávnenosť takýchto zmien. Zároveň druhostupňový správny orgán odporúča účastníkovi konania, aby v prípade, že má účastník konania za to, že je potrebná zmena zmluvy z dôvodu okolností, ktoré nemohol pri vynaložení náležitej starostlivosti predvídať, tieto riadne zdôvodnil a zdokumentoval, aby ich v prípade potreby mohol riadne preukázať. Druhostupňový správny orgán tiež odporúča účastníkovi konania, aby v budúcnosti mal zrejmy dôvod zmeny zmluvy podľa § 18 zákona o verejnom obstarávaní už v čase samotnej zmeny zmluvy, a tento dôvod aj v súlade s princípom transparentnosti zaznamenal v dokumentácii. Druhostupňový správny orgán tiež dáva účastníkovi konania do pozornosti Všeobecné metodické usmernenie úradu k zmenám zmluvy, rámcovej dohody a koncesnej zmluvy počas ich trvania č. 10/2019,

ktoré podrobne pojednáva o jednotlivých zmenách zmluvy podľa § 18 zákona o verejnom obstarávaní.

89. Na základe uvedených skutočností druhostupňový správny orgán rozhodol tak, ako je uvedené vo výroku tohto rozhodnutia.

P o u č e n i e

Podľa § 61 ods. 2 správneho poriadku sa proti tomuto rozhodnutiu nemožno odvolať. Rozhodnutie je preskúmateľné súdom.

(elektronický podpis)

JUDr. Peter Kubovič
predseda
Úradu pre verejné obstarávanie

Rozhodnutie sa doručí
Mesto Svidník, Sovietskych hrdinov 200/33, 089 01 Svidník, IČO: 00 331 023