



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Mgr. Milana Procházky a soudců JUDr. Viktora Kučery a JUDr. Ing. Venduly Sochorové v právní věci žalobce: **město Krnov**, se sídlem Hlavní náměstí 1, Krnov, zast. Mgr. Petrem Vysoudilem, advokátem se sídlem Nádražní 612/36, Ostrava – Moravská Ostrava, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 29. 8. 2016, č. j. ÚOHS-R418/2015/VZ-35719/2016/321/MMI, ve věci správního deliktu zadavatele,

t a k t o :

- I.** Žaloba **s e z a m í t á**.
- II.** Žalobce **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.
- III.** Žalovanému **s e n e p ř i z n á v á** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

Žalobce se včas podanou žalobou domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí předsedy žalovaného (dále též „napadené rozhodnutí“), kterým bylo potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 24. 11. 2015, č. j. ÚOHS-S0712/2015/VZ-40671/2015/523/ASo (dále též „prvostupňové rozhodnutí“), jímž byl žalobce uznán vinným ze spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění rozhodném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), při zadávání veřejné zakázky „*Rekonstrukce mostu ev. č. M6 přes řeku Opavu na ul. Opavská v Krnově*“.

Konkrétně výrokem I. prvostupňového rozhodnutí byl žalobce uznán vinným ze správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, kterého se dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 citovaného zákona, když dne 20. 8. 2014 s uchazečem: společností SWIETELSKY stavební s.r.o. odštěpný závod Dopravní stavby MORAVA (dále jen „zhotovitel“), jež se umístil jako druhý v pořadí (vítězný uchazeč neposkytl potřebnou součinnost), uzavřel smlouvu v rozporu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce tohoto uchazeče, neboť dle čl. 5.2 smlouvy byl termín zahájení plnění předmětu veřejné zakázky stanoven na den 1. 9. 2014, místo na den 1. 7. 2014 (jak bylo v návrhu smlouvy).

Podle výroku II. prvostupňového rozhodnutí se žalobce dopustil dalšího správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 7 písm. b) citovaného zákona, když uzavřením dodatku č. 2 ze dne 8. 12. 2014 umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z výše uvedené smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku. Tato změna spočívala v přerušení plnění předmětu uvedené veřejné zakázky a v následném prodloužení termínu ukončení plnění.

Výrokem III. prvostupňového rozhodnutí byla žalobci uložena pokuta ve výši 40 000 Kč.

Proti prvostupňovému rozhodnutí žalovaného podal žalobce rozklad, v němž napadl jeho všechny shora popsané výroky. Předseda žalovaného jeho rozklad zamítl a prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

II. Žaloba

Proti rozhodnutí předsedy žalovaného podal žalobce žalobu ke zdejšímu krajskému soudu. V této žalobě vnesl námitky proti závěrům žalovaného a jeho předsedy, které se týkají toliko správního deliktu popsaného ve výroku I. prvostupňového rozhodnutí.

Podle žalobce není možné paušálně tvrdit, že změna termínu plnění je podstatnou změnou smlouvy. Pro posouzení, zda se jedná o podstatnou změnu, je vždy potřeba vycházet z konkrétních okolností zadávacího řízení. Žalobce odkázal na rozsudek Soudního dvora EU ze dne 19. 6. 2008, sp. zn. C-454/06, věc *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*

proti Rakousku a dalším (dále jen „rozsudek Presstext“). V tomto rozhodnutí – vedle základního pravidla (dle něhož jsou podstatné takové změny, které mají podstatně odlišnou povahu než původní zakázka a v důsledku prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky této zakázky) – byly stanoveny i tři konkrétní typové případy podstatných změn, jimiž jsou změny, které by:

- (i) umožnily účast jiných dodavatelů nebo vybrat jinou nabídku než tu, která byla původně vybrána,
- (ii) znamenaly rozšíření předmětu veřejné zakázky či
- (iii) způsobem, jenž nebyl v původních zadávacích podmínkách předpokládán, měnily hospodářskou rovnováhu smluvního vztahu ve prospěch dodavatele, jemuž byla zakázka zadána.

V této souvislosti žalobce upozornil na čl. 10 odst. 1 a 2 zadávacích podmínek a především na čl. V. přiloženého návrhu smlouvy o dílo, z nichž vyplývá, že žalobce zcela srozumitelně a zřetelně deklaroval možnost posunutí termínu zahájení realizace předmětu veřejné zakázky, a to v závislosti na ukončení zadávacího řízení. Žalobce termín 1. 7. 2014 deklaroval jako termín předpokládáný, který taky uchazeči uvedli do svých nabídek. Nebylo možné uvést termín jiný, neboť v době podání nabídky ani uchazeči, ani žalobce nevěděli, zda nastanou nepředpokládané skutečnosti, které prodlouží zadávací řízení.

Žalobce tedy v zadávacích podmínkách (v souladu s rozhodovací praxí Soudního dvora EU) dopředu vymezil možnost změny termínu zahájení, přičemž stanovil podmínky takové změny. Dodavatelé tak mohli počítat se změnou termínu zahájení akce. Lhůtu 1. 7. 2014 žalobce nastavil proto, že upřednostňoval co nejrychlejší zahájení akce. Současně si ale byl plně vědom toho, že lhůta pro provedení celého zadávacího řízení není příliš dlouhá, resp. neobsahovala rezervy pro případné komplikace; proto v zadávacích podmínkách upravil možnost posunutí termínu zahájení realizace. Takový postup je zcela transparentní a nediskriminující. Žalobce současně odkázal na obdobný případ řešený žalovaným, konkrétně v rozhodnutí ze dne 12. 4. 2013, č. j. ÚOHS-S397/2012/VZ-6596/2013/511/MK1. V tomto rozhodnutí žalovaný aproboval změnu stanovených termínů s odůvodněním, že tato podmínka byla známa všem zájemcům a lze ji tak považovat za podmínku stanovenou transparentně. Z nyní napadených závěrů předsedy žalovaného ovšem vyplývá, že zadavatel nikdy nemůže stanovit konkrétní termín začátku plnění, neboť i v případě větší časové rezervy, nikdy není schopen přesně odhadnout, jaké komplikace mohou nastat.

Žalobce se vymezil i k možnému ovlivnění okruhu dodavatelů, když uvedl, že všichni dodavatelé měli stejné informace a počítali s možností posunutí termínu; nemohlo tak dojít k ovlivnění okruhu dodavatelů, a tedy ani k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Žalobcem zvolený postup byl obdobný způsobu, kdy se zahájení realizace zakázky váže například na termín uzavření smlouvy. Ani v tomto případě nemá dodavatel jasnou představu, kdy bude realizace zahájena. V tomto případě mohli dodavatelé očekávat zahájení dne 1. 7. 2014, ale na druhou stranu také věděli, že termín může být posunut.

S ohledem na uvedené proto žalobce krajskému soudu navrhl, aby napadené rozhodnutí předsedy žalovaného zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného

Žalovaný v úvodu svého vyjádření nejprve zdůraznil skutečnost, že z obsahu žaloby vyplývá, že žalobce rozporuje pouze výrok I. prvostupňového rozhodnutí.

Věcně pak uvedl, že odkaz na rozsudek Pressetext není zcela případný, neboť je nutné rozlišovat mezi změnou smlouvy podle § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách a podle § 82 odst. 7 téhož zákona. Žalobce podle prvostupňového rozhodnutí totiž porušil § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, tzn., že neuzavřel smlouvu v souladu s nabídkou vybraného uchazeče – zhotovitele. Rozsudek Pressetext ovšem dopadá na podstatné změny již uzavřené smlouvy, vztahuje se tak k § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách. Předmětem posouzení žalovaného přitom nebylo to, zda změna termínu zahájení je podstatnou změnou, ale ta skutečnost, že v návrhu smlouvy bylo uvedeno jako „*zahájení doby plnění*“ datum 1. 7. 2014 a ve smlouvě pak datum 1. 9. 2014.

Termín zahájení plnění byl podle žalovaného sice uveden jako předpokládaný, ale zároveň jako nejzazší. Proces zadávání veřejných zakázek je procesem vysoce formalizovaným a zadavatel je povinen postupovat striktně podle zákona, zde tedy uzavřít smlouvu výlučně v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče. Smyslem takového požadavku je, aby byl smluvními stranami podepsán vždy obsahově shodný dokument. Pripustit lze toliko změny týkající se formálních náležitostí, které nemají dopad na práva a povinnosti stran a které se netýkají hodnotících kritérií (např. kontaktní údaje, opravy zjevných chyb a přepisů atd.); shodně se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 6. 10. 2011, č. j. 62 Af 50/2010 – 104, publ. pod č. 2608/2012 Sb. NSS.

Dále žalovaný zdůraznil, že neposuzoval, zda si dodavatel stanovil pro celé zadávací řízení lhůtu tak, že nepředpokládal žádné komplikace, pouze konstatoval, že bylo nasnadě, že k prodloužení může dojít. Je samozřejmě na žalobci, jakou časovou rezervu si stanovil, avšak ten také musí nést za své rozhodnutí následky; zadavatel totiž nese plnou odpovědnost za nerealistické zadávací podmínky. Zadavatel jednající s náležitou péčí by měl být schopen běžné okolnosti, jež mohou nastat, předvídat a započítat proto i určitou časovou rezervu (za niž nelze považovat dobu 17 dnů od uplynutí lhůty pro podání nabídek, kdy navíc z této lhůty celých 10 dnů připadá na lhůtu, ve které je možno podat námitky a nelze tak uzavřít smlouvu), případně navázat termín plnění na určitou právní událost, která v budoucnu nastane.

K odkazu žalobce na rozhodnutí ze dne 12. 4. 2013, č. j. ÚOHS-S397/2012/VZ-6596/2013/511/MKl, žalovaný poznamenal, že toto rozhodnutí nebylo podrobeno přezkumu předsedy žalovaného. Jedno rozhodnutí ve věci navíc ještě nezakládá legitimní očekávání, že tak bude rozhodováno i ve věcech následujících. Naopak z rozhodovací praxe žalovaného (žalovaný odkázal na bod 27 prvostupňového rozhodnutí) vyplývá, že jakékoliv změny, s výjimkou změn čistě formálních, shledává žalovaný jako rozporné s § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách.

Konečně, k námitce zpochybňující ovlivnění okruhu dodavatelů, žalovaný uvedl, že tuto otázku žalobce v rozkladu nezpochybnil, proto se k ní dříve nevyjadřoval. Podle prvostupňového rozhodnutí by ovšem vědomí posunutí začátku termínu realizace mohlo zapříčinit přihlášení dalších uchazečů, kteří např. neměli v letních měsících dostatečné kapacity. Podstatný vliv na výběr nevhodnější nabídky nadto nemusí být přímo dovozen, postačí pouhá možnost takového vlivu jednání zadavatele. Žalovaný tak uzavřel, že argumenty žalobce nesvědčí pro nezákonnost napadeného rozhodnutí, a proto navrhl, aby krajský soud žalobu v celém rozsahu zamítl.

IV. Replika žalobce

Na vyjádření žalovaného odpověděl žalobce replikou, ve které v reakci na tvrzení žalovaného, ohledně napadání pouze výroku I. prvostupňového rozhodnutí, uvedl, že napadené rozhodnutí napadá v celém rozsahu (do všech jeho výroků); současně dodal, že v konečném důsledku má za to, že v případě zrušení napadeného rozhodnutí musí dojít rovněž ke zrušení rozhodnutí prvostupňového, a to jako celku.

I nadále pak má žalobce za to, že neporušil § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách. Provedená změna nemohla mít vliv na změnu zadávacích podmínek nebo hodnotících kritérií. Nedošlo k vytvoření nových zadávacích podmínek, ale jen ke konkretizaci termínu plnění, přičemž uchazeči byli na tuto možnost předem upozorněni. Žalobce si je vědom toho, že rozsudek Pressetext je aplikovatelný spíše na § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, odkazem na tento rozsudek však chtěl žalobce ukázat, že stanovením konkrétního termínu v uzavřené smlouvě neporušil § 82 odst. 2 téhož zákona, neboť zadávací podmínky se neměnily. Porušení obou citovaných odstavců § 82 zákona o veřejných zakázkách přitom spolu úzce souvisí.

Žalobce reagoval také na žalovaným uváděný rozsudek zdejšího soudu pod č. j. 62 Af 50/2010-104, a to tak, že i v tomto rozsudku je uvedeno, že je zakázána změna, která nebyla zadavatelem vymíněna v zadávacích podmínkách, nebo která byla předmětem hodnocení. Změna termínu plnění přitom žalobcem vymíněna byla a tento termín nebyl hodnotícím kritériem. Dále doplnil, že odkazem na rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 4. 2013, č. j. ÚOHS-S397/2012/VZ-6596/2013/511/MK1, chtěl poukázat, že možnost změny termínu byla (byť jen jednou) žalovaným připuštěna. To, že nebylo toto rozhodnutí napadeno rozkladem, nemá vliv na možnost žalobce odvolávat se na něj. Pokud je chybné, nemělo být vůbec vydáno.

Závěrem – k argumentu, že zadavatel by měl být vždy schopen předvídat délku zadávacího řízení, žalobce připustil, že jistou představu mít může, nikdy ovšem nelze předem předvídat všechny skutečnosti, které mohou nastat.

V. Posouzení věci

Napadené rozhodnutí předsedy žalovaného krajský soud přezkoumal v řízení podle části třetí, hlavy II, dílu 1, § 65 a násl. zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), v mezích uplatněných žalobních bodů, ověřil přitom, zda rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti, a vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodnutí žalovaného správního orgánu, přičemž dospěl k závěru, že žaloba **není důvodná**.

V souladu s § 51 odst. 1 s. ř. s. krajský soud rozhodl, aniž by nařizoval jednání, neboť žalobce ani žalovaný nevyjádřili svůj nesouhlas s projednáním věci bez nařízení jednání (žalobce výslovně souhlasil) a ani soud neshledal potřebu provádět, resp. doplňovat dokazování (žalobce odkazoval výhradně na dokumenty, jež jsou součástí správního spisu).

Pro pořádek krajský soud na tomto místě předesílá, že žalobce v podané žalobě rozporoval skutečně jen část prvostupňového rozhodnutí (pouze jeden ze správních deliktů), byť samozřejmě napadené rozhodnutí (rozhodnutí druhostupňové) žaloval jako celek – vzhledem k tomu, že napadené rozhodnutí zamítlo rozklad a potvrdilo rozhodnutí prvostupňové jedním výrokem. Ostatně jiný postup ani nebyl možný. S ohledem na dispoziční zásadu platnou v oblasti správního soudnictví, je to přitom žalobce, kdo vymezením žalobních bodů určuje rámec soudního přezkumu (srov. např. rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 8. 2010, č. j. 4 As 3/2008 – 78, publ. pod č. 2162/2011 Sb. NSS). Krajský soud proto zákonnost napadeného rozhodnutí posuzoval (mimo otázky, k nimž musí přihlédnout *ex officio*) právě jen ve vztahu k rozporovanému správnímu deliktu popsanému ve výroku I. prvostupňového rozhodnutí. Současně pak soud doplňuje, že z tohoto důvodu ani případné zrušení napadeného rozhodnutí by ještě nemohlo znamenat zrušení prvostupňového rozhodnutí jako celku.

Mezi stranami není sporu o skutkových okolnostech celé věci, tzn. o obsahu zadávací dokumentace, nabídce zhotovitele a následně uzavřené smlouvě; krajský soud tak vycházel z toho, že žalobce skutečně uzavřel dne 20. 8. 2014 smlouvu o dílo se zhotovitelem s posunutým termínem zahájení plnění (na datum 1. 9. 2014) oproti původnímu návrhu smlouvy, obsaženému v nabídce zhotovitele a vycházejícímu ze znění zadávací dokumentace, resp. vzoru smlouvy o dílo, kde bylo uvedeno datum 1. 7. 2014. Podstatou posouzení tohoto případu je proto zodpovězení právní otázky oprávněnosti takové změny smlouvy z pohledu § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách.

Podle citovaného ustanovení zákona o veřejných zakázkách zadavatel v případě, že nebyly podány námitky podle § 110 odst. 4 téhož zákona, uzavře smlouvu s vybraným uchazečem do 15 dnů po uplynutí lhůty pro podání námitek. Věta druhá pak stanoví, že „[s]mlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32.“

Podmínky pro dobu plnění předmětu zakázky stanovil žalobce v zadávací dokumentaci (čl. 10 odst. 1 a 2 a především pak v příložených obchodních podmínkách ve formě vzoru

návrhu smlouvy o dílo). V čl. 10 odst. 1 a 2 zadávací dokumentace tak jednak pro přesnější vymezení místa a doby plnění odkázal na smlouvu o dílo a dále stanovil, že v případě, že nebude možné z objektivních důvodů zahájit plnění předmětu veřejné zakázky ve lhůtě uvedené ve smlouvě o dílo, stanovuje zadavatel maximální lhůtu pro dokončení a předání díla do 100 kalendářních dní od podpisu smlouvy o dílo s vybraným uchazečem. V příloženém návrhu smlouvy o dílo pak v čl. V. mj. uvedl:

„5.2 Termíny a místa plnění díla jsou stanovena následovně:

- Zahájení doby plnění: nejpozději do 1. 7. 2014 (předpoklad)*
- Ukončení doby plnění: nejpozději do 100 kalendářních dnů*
- Místo plnění: blíže specifikováno v projektové dokumentaci citované v čl. 4 smlouvy.*

5.3 V případě, že z jakýchkoliv důvodů na straně objednatele nebude možné dodržet termín zahájení doby plnění jednotlivých staveb, je objednatel oprávněn zahájení doby plnění posunout na pozdější dobu, posouvá se tak i termín ukončení doby plnění, celková délka provedení prací 100 kalendářních dní však zůstává nezměněna.“

Z podkladů obsažených ve správním spise vyplývá, že vítězným uchazečem předmětné veřejné zakázky byla společnost Chládek a Tintěra, Pardubice a. s., avšak k výběru této nabídky došlo právě až dne 1. 7. 2014 (viz oznámení rozhodnutí zadavatele ze dne 7. 7. 2014). Vítězný uchazeč byl vyzván k uzavření smlouvy, nicméně sdělením ze dne 22. 7. 2014 oznámil, že součinnost k uzavření smlouvy z důvodu nedostatku kapacit neposkytne. Následně byl proto vyzván zhotovitel, jenž se umístil jako druhý v pořadí a dne 20. 8. 2014 smlouvu o dílo se žalobcem skutečně uzavřel. Vzhledem k pozdějšímu datu uzavření smlouvy pak bylo nejzazší datum zahájení plnění (viz výše) posunuto na 1. 9. 2014.

Svou obhajobu staví žalobce na tom, že tato změna byla vyvolána objektivními okolnostmi vyskytlými v zadávacím řízení a že možnost posunutí termínu zahájení byla dopředu zadávacími podmínkami řádně vymezena, a tudíž všem dodavatelům dobře známa. Odvolával se přitom na rozsudek Pressetext, jenž slouží jako východisko pro posouzení, zda jsou změny smluv na veřejné zakázky podstatné (a tudíž nedovolené), či nikoli. Žalovaný ve vyjádření k žalobě oproti tomu tvrdil, že se tento rozsudek na projednávanou věc neužije.

K tomu krajský soud obecně uvádí, že optikou rozsudku Pressetext se lze do jisté míry (minimálně podpůrně) jistě dívat i na možnost změny uzavírané smlouvy podle § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách. Podle názoru soudu totiž nelze zcela oddělovat odstavce 2 a 7 § 82 uvedeného zákona. Postrádalo by totiž smyslu umožnit pouze formální (takříkajíc kosmetické) změny smlouvy, když je smlouva uzavírána podle § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, pokud by tato smlouva mohla být následně prakticky okamžitě dodatkem změněna za podmínek § 82 odst. 7 tohoto zákona. Žalovaný se ostatně optikou podstatných a nepodstatných změn díval i na souzenou věc, a to především v bodech 28 a 29 prvostupňového rozhodnutí, přičemž uzavřel, že žalobcem provedená změna byla změnou podstatnou, neboť by mohla, pokud by byla uvedena již v zadávací dokumentaci, ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (mohlo by se přihlásit více uchazečů, kteří jinak např. v letních měsících neměli volné kapacity). Z tohoto pohledu tedy vlastně žalovaný v I. stupni na tuto otázku prizmatem rozsudku Pressetext (byť nikoli výslovně) nahlížel. Nelze proto tvrdit,

že by se povahou změny smlouvy žalovaný podrobně a konkrétně (nikoli jen paušálně) nezabýval.

Předseda žalovaného sice tento pohled zcela nepřevzal; nehovořil o podstatné změně (úpravě) smlouvy oproti původnímu návrhu, povahou posunutí termínu se ale rovněž zabýval. Vycházejí z rozsudku zdejšího soudu ze dne 6. 10. 2011, č. j. 62 Af 50/2010 – 104, pak i on dovodil, že změna termínu zahájení plnění je nepřípustná, protože pro dodavatele je zásadním údajem při zpracovávání nabídky, resp. při rozhodování se o účasti v soutěži. Rovněž předseda žalovaného tak posuzoval intenzitu předmětné změny a za nepřípustnou ji proto neoznačil paušálně, jak tvrdí žalobce. Uvedený rozsudek zdejšího soudu ostatně výslovně dílčí změny smlouvy oproti původnímu návrhu připouští, vyloučil „pouze“ takové změny, *„které by fakticky nerespektovaly výsledek zadávacího řízení, neboť by zasahovaly do pravidel, za nichž se nabídka uchazeče, s níž je smlouva uzavírána, stala vítěznou. Již s ohledem na smysl zadávacích podmínek stanovených zadavatelem, smysl stanovení hodnotících kritérií a smysl hodnocení nabídek je třeba za nepřípustnou, a tedy odporující § 82 odst. 2 věty druhé ZVZ, považovat jakoukoli změnu ujednání, jež byla zadavatelem vymíněna v zadávacích podmínkách (a byla tak součástí pravidel, za nichž podávali jednotliví uchazeči své nabídky) nebo jež byla předmětem hodnocení (a byla tak součástí pravidel nabídnutých vybraným uchazečem při respektování pravidel stanovených zadavatelem v zadávacích podmínkách).“*

Přestože podmínky stanovené v citovaném rozsudku a v rozsudku Presstext jsou vyjádřeny jiným způsobem, v důsledku oba judikáty usilují o naplnění totožného účelu, kterým je (zjednodušeně řečeno) zabránit takovým změnám závazku mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, jimiž by bylo relativizováno proběhlé zadávací řízení, neboť za těchto změněných podmínek by mohlo dopadnout zcela jinak. Změny podle odstavce 2 a 7 § 82 zákona o veřejných zakázkách proto mají společná východiska. To také naznačuje i komentářová literatura, která za jistých okolností připouští odchylky od návrhu smlouvy, jež jsou vždy limitovány právě odstavcem sedmým předmětného ustanovení (KRČ, Robert. *Zákon o veřejných zakázkách: s komentářem a judikaturou*. Praha: Linde Praha, 2013, s. 775).

Takto nahlíženo – bez ohledu na to, zda s odkazem na rozsudek Presstext či citovaný rozsudek zdejšího soudu – je nutné předmětnou změnu smlouvy (úpravu původního návrhu) v tomto případě považovat za nepřípustnou. Nejzazší datum zahájení plnění zakázky je totiž skutečností, kterou všichni dodavatelé logicky museli brát jako jedno z východisek pro koncipování své nabídky, resp. pro závěr, zda nabídku vůbec podají. Nemůže být sporu o tom, že termín zahájení plnění zakázky (resp. doba plnění jako taková) hraje u potenciálních dodavatelů význam v tom smyslu, zda se vůbec budou o veřejnou zakázku ucházet a jakou podají nabídku. Dodavatelé totiž logicky musejí své zakázky dopředu plánovat tak, aby v době plnění každé zakázky měli k dispozici dostatečné kapacity; jinými slovy, aby byli schopni zakázku řádně realizovat a dokončit. Datum zahájení plnění tedy rozhodně nelze považovat za nepodstatnou, okrajovou podmínku. Bez významu není podle soudu ani to, že se v tomto případě nejednalo o změnu termínu v řádu několika dní, ale rovnou dvou měsíců.

Termín 1. 7. 2014, jako termín zahájení plnění, byl přitom žalobcem v obchodních podmínkách veřejné zakázky (vzoru návrhu smlouvy) výslovně vymíněn (nebyl ponechán k úpravě uchazečům v jejich nabídkách), a to jako termín nejzazší. Uvedení tohoto termínu žalobce zvolil i přesto, že zahájení plnění mohl časově navázat toliko na uzavření smlouvy s vybraným uchazečem či na jinou právní skutečnost. Jestliže si ovšem tento nejzazší termín zahájení plnění vymínil, stal se poté závazným i pro něj; patřil mezi závazná pravidla zadávacího řízení, za nichž se nabídka uchazeče, s níž je smlouva uzavírána, stala vítěznou, a jeho změna byla proto v duchu shora uvedeného výrazně omezena.

Skutečnost, že byl daný termín uveden jako předpokládaný [srov. „*nejpozději od 1. 7. 2014 (předpoklad)*“], na uvedeném závěru nic nemění, protože v době podávání nabídek museli dodavatelé logicky počítat právě s tímto datem zahájení plnění předmětu zakázky a nikoli s případným datem pozdějším. Pouze takový postup dodavatele lze totiž považovat za zodpovědný a svědomitý. Pro podnikatele jednajícího s péčí řádného hospodáře je jistě problematické již dopředu počítat s možným posunutím termínu (k němuž také vůbec dojít nemusí) a přihlásit se do zadávacího řízení, přestože dříve nemá volné kapacity a není tak schopen zakázku realizovat. Přestože tak byl termín 1. 7. 2014 zamýšlen jako předpokládaný, uchazeči nemohli do nabídky uvést jiný termín a nemohli také s jiným termínem zahájení plnění ani počítat.

Žalobce dále namítal, že si v zadávací dokumentaci (vzoru návrhu smlouvy) vymínil možnost posunutí termínu zahájení plnění a odvolával se na čl. 5.3 návrhu smlouvy, dle něhož: „*[v]případě, že z jakýchkoliv důvodů na straně objednatele nebude možné dodržet termín zahájení doby plnění jednotlivých staveb, je objednatel oprávněn zahájení doby plnění posunout na pozdější dobu, posouvá se tak i termín ukončení doby plnění, celková délka provedení prací 100 kalendářních dní však zůstává nezměněna*“ (pozn. podtržení doplněno krajským soudem). Podle přesvědčení krajského soudu však ani tato skutečnost neopravňovala žalobce k úpravě návrhu smlouvy a posunutí termínu. V první řadě, z tohoto ustanovení zcela jednoznačně nevyplývá, že se vztahuje právě na posuzovaný případ. Vzhledem k tomu, že čl. 5.3 byl uveden ve vzoru návrhu smlouvy (a měl tak být uveden v samotné smlouvě), a to až za termínem zahájení plnění, uvedená možnost posunutí zahájení daleko spíše dopadá na případy, kdy po uzavření smlouvy nastanou komplikace, jež zahájení prací znemožňují, než na samotné zadávací řízení (resp. jednání s vybraným uchazečem) před uzavřením smlouvy. Tomu, že na posuzovanou změnu tato možnost zcela nedopadá, navíc napovídá i znění citovaného ustanovení, jež hovoří o zahájení plnění „*jednotlivých staveb*“, z čehož lze usuzovat, že se nevztahuje na zahájení plnění předmětu zakázky jako celku, ale na případné komplikace znemožňující zahájení dílčích prací.

I kdyby však krajský soud tuto rovinu zcela pominul, potom ani čl. 5.3 posuzovanou změnu smlouvy oproti původnímu návrhu neumožňoval. Samotné vymínění si možné úpravy smlouvy v budoucnu totiž ještě automaticky z takové úpravy nečiní změnu dovolenou. Žalobce se odvolával na rozsudek Pressetext, resp. na rozhodovací praxi Soudního dvora EU. V této souvislosti soud nejprve upozorňuje na to, že rozsudek Pressetext okolnost předchozího vymínění si budoucí změny vztahuje toliko ke třetímu typovému příkladu – (iii) změně hospodářské rovnováhy smlouvy ve prospěch dodavatele, kde má zadávacími podmínkami předvídaná změna svůj význam. V tomto případě ovšem nebyla zpochybňována

změna hospodářské rovnováhy práv a povinností ze smlouvy na veřejnou zakázku; úprava návrhu smlouvy byla dle žalovaného zapovězena z toho důvodu, že mohla ovlivnit okruh uchazečů, jež se přihlásili, a tak i výběr nevhodnější nabídky. Rozhodovací praxí Soudního dvora EU z pohledu otázky, zda předvídaná změna je automaticky změnou aprobovanou, se navíc již zdejší soud blíže zabýval v rozsudku ze dne 21. 12. 2015, č. j. 30 Af 78/2013-148, publ. pod č. 3390/2016 Sb. NSS, v němž uzavřel, že o podstatnou, a proto nedovolenou změnu smlouvy se může jednat i v případě, že tato změna byla ve smlouvě předvídaná; rozhodující je totiž rozsah předvídané změny, vč. toho, zda změna např. mohla mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, resp. umožnila účast jiných dodavatelů (podrobněji viz str. 17 – 18 citovaného rozsudku).

Názor krajského soudu nemohl změnit ani odkaz žalobce na rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 4. 2013, č. j. ÚOHS-S397/2012/VZ-6596/2013/511/MKl, v němž s ohledem na existenci výhrady možného posunutí termínu žalovaný uvedl, že ani změna termínu po uzavření kupní smlouvy nezpůsobila změnu této smlouvy a byla tak dovolená. Žalovaný ve vyjádření k žalobě správně upozornil na to, že jediné rozhodnutí, jež navíc nebylo podrobeno přezkumu předsedy žalovaného, nemůže založit skutečně legitimní očekávání žalobce, že takto bude rozhodováno i v jiných obdobných věcech; vydání jediného rozhodnutí jistě nelze označit za ustálenou, jednotnou a dlouhodobou praxi žalovaného (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006 – 132, publ. pod č. 1915/2009 Sb. NSS). Vedle toho zde existuje dřívější rozhodnutí žalovaného ze dne 22. 11. 2010, č. j. ÚOHS-S67/2010/VZ-12665/2010/540/DCh, potvrzené rozhodnutím předsedy žalovaného ze dne 12. 5. 2011, č. j. ÚOHS-R211/2010/VZ-7189/2011/310/EKu, jež připouští pouze nepodstatné (formální) změny (např. kontaktních údajů) a ze kterého žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí vycházel. V žalobcem citovaném rozhodnutí se žalovaný s tímto rozhodnutím nijak nevypořádal a navíc se ve skutečnosti ani výslovně nezabýval § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách; přestože hodnotil změnu zadávacích podmínek v zadávacím řízení (v dané věci nedošlo k uzavření smlouvy, jako nyní), vůbec se nevypořádal s podmínkami a zněním § 82 odst. 2 citovaného zákona a i proto z tohoto rozhodnutí nelze bez dalšího vycházet.

Přestože lze z praktického hlediska postupu žalobce do jisté míry rozumět, tuto situaci si zapříčinil zcela sám nastavením nerealistických časových termínů. Samozřejmě, že je věcí zadavatele, jaké termíny (a lhůty) zahájení plnění si předem na začátku zadávacího řízení nastaví, měl by si ovšem počínat tak, aby i v případě různých zdržení a komplikací byl stále schopen dostát požadavkům zákona o veřejných zakázkách; v opačném případě musí nést určité následky, a to i včetně správně-právní odpovědnosti.

Pokud v důsledku nedostatečné časové rezervy pro případná zdržení v zadávacím řízení nebyl žalobce schopen stihnout původně nastavený termín zahájení realizace, jde tato skutečnost především k jeho tíži. K prodloužení zadávacího řízení přitom nedošlo jen kvůli neposkytnutí součinnosti vítězného uchazeče, naopak, žalobce počítal se zcela iluzorními termíny. To lze doložit na skutečnosti, že o výběru vítězného uchazeče rozhodla rada města (žalobce) teprve dne 1. 7. 2014 a oznámení o tomto rozhodnutí bylo datováno až dnem 7. 7. 2014. Dne 1. 7. 2014 přitom již mělo začít plnění veřejné zakázky, což znamená, že výběr vítězného uchazeče a podpis smlouvy měl nastat dřív. Nedůvodná je tak argumentace

žalobce tím, že dopředu není možné předvídat všechny možné komplikace, jež mohou vést k prodloužení zadávacího řízení. Lze zcela přisvědčit tvrzení žalovaného, že je odpovědností zadavatele (je to také v jeho nejlepším zájmu), aby při stanovení zadávacích podmínek bral v potaz skutečnost, že zadávací řízení nemusí proběhnout pouze hladkým způsobem; proto by měl zadavatel všechny termíny uváděné v zadávací dokumentaci stanovovat s dostatečnou časovou rezervou. Pokud takto žalobce nepostupoval, nemůže se nyní podívat tomu, že pro jeho postup neměl žalovaný a nyní ani krajský soud příliš pochopení.

Zadávací řízení je vysoce formalizovaný proces, čehož si je žalobce jistě dobře vědom a z pozice zadavatele je tudíž v procesu uzavírání soukromoprávních smluv na plnění, jež jsou předmětem veřejné zakázky, výrazně limitován základy a omezeními, které z jednotlivých ustanovení zákona o veřejných zakázkách vyplývají. Proto musí ke stanovení zadávacích podmínek přistupovat s vědomím, že jakákoliv jejich další úprava není vůbec samozřejmá. Krajský soud již shora vysvětlil, proč považuje prodloužení termínu zahájení plnění za podstatné a nikoli spíše okrajové, jedná se totiž o dosti zásadní údaj pro celou realizaci veřejné zakázky, jež jednotlivý uchazeči zcela jistě museli mít v patnosti. Změna tohoto údaje (navíc v řádu měsíců) tak logicky mohla, pokud by byla uvedena už v původní zadávací dokumentaci ovlivnit okruh uchazečů, a tudíž i výběr nejvhodnější nabídky. Pro úplnost lze ještě doplnit, že vědomí možnosti posunutí termínu zahájení by mohlo navíc vést i vítězného uchazeče (společnost Chládek a Tintěra, Pardubice, a. s.) k tomu, že by neodmítnul poskytnout součinnost a uzavřel by smlouvu na plnění veřejné zakázky. Součinnost k uzavření smlouvy totiž tento uchazeč odmítl poskytnout z toho důvodu, že je momentálně plně vytížen a není schopen garantovat dokončení zakázky ve stanoveném termínu. Při vědomí změny (posunutí) termínu zahájení by však jeho odpověď mohla být jiná.

K námitce, že k ovlivnění okruhu dodavatelů dojít nemohlo, protože všichni dodavatelé měli stejné informace a počítali s možností posunutí termínu, krajský soud odkazuje na shora uvedené, kde dostatečně zdůvodnil, že v případě, kdy žalobce stanovil termín 1. 7. 2014 jako termín nejzazší (byť současně jako předpokládaný), dodavatelé nemohli primárně počítat s jiným termínem. Ve svých nabídkách, resp. v rozhodnutí, zda se o veřejnou zakázku ucházet tak zákonitě museli z tohoto stanoveného termínu vycházet. Pokud ho navíc žalobce označil za termín nejpozdější, mohli se důvodně domnívat, že o dodržení tohoto termínu bude maximálně usilovat.

Uzavření smlouvy obsahující jiný termín zahájení plnění (dne 1. 9. 2014) než byl obsažen v návrhu smlouvy (dne 1. 7. 2014) tudíž představuje porušení § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, v důsledku čehož žalobce naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, když tímto svým postupem mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

VI. Závěr a náklady řízení

S ohledem na vše shora uvedené proto krajský soud rozhodl podle § 78 odst. 7 s. ř. s. tak, že podanou žalobu jako nedůvodnou zamítl.

O náhradě nákladů řízení krajský soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní agendy nevznikly.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 23. 1. 2018

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu