



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Ondřeje Mrákoty, soudkyně Michaely Bejčkové a soudce Zdeňka Kühna v právní věci žalobce: **město Krnov**, se sídlem Hlavní náměstí 1, Krnov, zast. Mgr. Petrem Vysoudilem, advokátem se sídlem Nádražní 612/36, Ostrava, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 8. 2016, čj. ÚOHS-R418/2015/VZ-35719/2016/321/MMI, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 23. 1. 2018, čj. 30 Af 102/2016-99,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se zamítá.**
- II. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Město Krnov (žalobce) jako veřejný zadavatel vyzvalo dne 27. 5. 2014 zájemce, aby v rámci zjednodušeného podlimitního zadávacího řízení předložili nabídku na zhotovitele stavby *Rekonstrukce mostu ev. č. M6 přes řeku Opavu na ul. Opavská v Krnově*. Součástí žalobcovy zadávací dokumentace a jeho obchodních podmínek ve formě vzoru návrhu smlouvy o díle byla ustanovení, která upravovala termíny plnění. Zahájení doby plnění bylo stanoveno „nejpozději od 1. 7. 2014 (předpoklad)“ a ukončení doby plnění „nejpozději do 100 kalendářních dnů“ (viz čl. 5 návrhu smlouvy). Podle téže části návrhu smlouvy se celková délka provedení prací nesměla změnit ani tehdy, pokud by se zahájení prací posunulo na pozdější dobu.

[2] Žalobce dne 1. 7. 2014 vybral vítěznou nabídku společnosti Chládek a Tintěra, Pardubice, a. s. Tato společnost však žalobci dne 22. 7. 2014 oznámila, že mu kvůli nedostatku kapacit neposkytne součinnost k uzavření smlouvy. Žalobce proto vyzval k uzavření smlouvy uchazeče, který se s nabídkou umístil jako druhý v pořadí (SWIETELSKY stavební, s. r. o.), a dne 20. 8. 2014 s ním uzavřel smlouvu o díle. V této smlouvě se žalobce s vybraným uchazečem dohodli na zahájení doby plnění ke dni 1. 9. 2014. Dne 27. 11. 2014 smluvní strany dodatkem ke smlouvě pozměnily svá práva a povinnosti tak, že přerušily kvůli zimě prováděné práce a posunuly ukončení doby plnění na 30. 6. 2015.

[3] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (žalovaný) vydal dne 16. 10. 2015 příkaz, kterým uložil žalobci pokutu ve výši 40 000 Kč za to, že navzdory § 82 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, uzavřel s uchazečem smlouvu v rozporu s návrhem smlouvy a následně umožnil v rozporu s § 82 odst. 7 písm. b) citovaného zákona podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy. Proti příkazu podal žalobce odpor a žalovaný následně vydal rozhodnutí, kterým setrval na tom, že žalobce spáchal dva výše uvedené správní delikty, a uložil mu za ně pokutu. Dne 29. 8. 2016 toto rozhodnutí potvrdil předseda žalovaného v reakci na žalobcův rozklad.

[4] Žalobce podal proti rozhodnutí předsedy žalovaného žalobu, kterou krajský soud zamítl rozsudkem ze dne 23. 1. 2018. Za nepřípustné označil jak změny ve smlouvě oproti návrhu smlouvy, tak dodatečné změny smlouvy. V souladu se svým rozsudkem ze dne 6. 10. 2011, čj. 62 Af 50/2010-104, a rozsudkem Soudního dvora Evropské unie ze dne 19. 6. 2008, sp. zn. C-454/06, ve věci *pressetext*, soud rozhodl, že změna počátku a konce plnění je podstatnou změnou smlouvy a zadávacích podmínek. Pokud by ostatní uchazeči byli od začátku zadávacího řízení seznámeni s možností posunu jednotlivých termínů, mohli tomu přizpůsobit své nabídky, a to by mohlo mít vliv i na výsledek zadávacího řízení. Žalobce měl podle krajského soudu lépe zvážít, jaké komplikace mohou v rámci zadávacího řízení nastat, a nastavit podmínky tak, aby bylo možné práce stihnout.

II. Kasační stížnost žalobce a vyjádření předsedy žalovaného

[5] Proti rozsudku krajského soudu podal žalobce (stěžovatel) kasační stížnost. Krajský soud podle něj příliš formalisticky vyložil formulaci ve smlouvě, že *objednatel je oprávněn posunout zahájení doby plnění, pokud z jakýchkoliv důvodů na straně objednatele nebude možné dodržet termín zahájení plnění jednotlivých staveb*. Stěžovatel nesouhlasí s výkladem, podle kterého se posunutí termínu zahájení netýká celé zakázky, ale pouze dílčích prací. Nikde ve smlouvě totiž není uvedeno, v jaký okamžik mohou nastat komplikace, které vyžadují posunout zahájení stavební činnosti. Může se to tedy týkat i zahájení první stavby.

[6] Stěžovatel je přesvědčen, že zadávací podmínky jasně umožňovaly posunout termín zahájení prací a dodavatelé s tím museli počítat. Ze zadávacích podmínek vyplývalo, že zahájení prací od 1. 7. 2014 se pouze *předpokládá*; mohou tak nastat okolnosti, kvůli kterým se zahájení prací posune. Stěžovatel odmítá, že by tím ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, resp. okruh možných uchazečů.

pokračování

[7] Dále stěžovatel namítá, že nejen rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 4. 2013, čj. ÚOHS-S397/2012/VZ-6596/2013/511/MKI, podle něhož změna termínu uzavření kupní smlouvy nezpůsobila změnu této smlouvy, založilo jeho legitimní očekávání. Žalovaný dalším rozhodnutím ze dne 24. 10. 2012, čj. ÚOHS-S235/2012/VZ-20045/2012/560/MSc, konstatoval, že zadavatel nemohl zrušit zadávací řízení proto, že nestihl včas rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky a zboží by nebylo dodáno včas. Podle žalovaného měl zadavatel změnit termín dodání zboží. Nejednal by přitom v rozporu s rozsudkem Soudního dvora EU ve věci *pressetext*, protože změna termínu není podstatnou změnou smlouvy. Krajský soud tak vůbec nechránil stěžovateli dobrou víru a legitimní očekávání, že v jeho věci bude rozhodnuto stejně jako v uvedených rozhodnutích žalovaného.

[8] Předseda žalovaného ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že v souladu s názorem krajského soudu považuje termín zahájení plnění zakázky za podstatný údaj zadávací dokumentace, který má vliv na okruh uchazečů o plnění zakázky. Stěžovatel měl předvídat alespoň běžné okolnosti, které mohou prodloužit průběh zadávacího řízení, a stanovit nejzazší datum zahájení plnění zakázky více realisticky. Předseda žalovaného rovněž nesouhlasí s tím, že bylo porušeno stěžovatelovo legitimní očekávání – rozhodnutí, jichž se stěžovatel dovolává, totiž nepředstavují ustálenou, jednotnou a dlouhodobou rozhodovací praxi žalovaného. Ona rozhodnutí se navíc liší od stěžovatelovy situace tím, že se týkala jiné fáze zadávacího řízení a také zde byly jiné skutkové okolnosti.

III. Právní hodnocení Nejvyššího správního soudu

[9] Kasační stížnost není důvodná.

[10] Podstatou tohoto řízení je otázka, zda mohl stěžovatel uzavřít smlouvu v rozporu s návrhem smlouvy i se zadávacími podmínkami (posunout oproti návrhu zahájení plnění zakázky).

[11] Podle § 82 odst. 2 věty druhé zákona o veřejných zakázkách *uzavře zadavatel smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče*. Podle § 82 odst. 7 téhož zákona *zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se podle písm. b) a c) považuje taková změna, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky*.

[12] *Zadavatel podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona spáchá správní delikt, pokud nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku*.

[13] NSS se nejdříve zabýval námitkou, že změna textu smlouvy oproti návrhu smlouvy byla možná, protože si ji stěžovatel v zadávacích podmínkách výslovně vymínil.

Jazykovým výkladem lze z § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách vyvodit závěr, že takovou změnu zpravidla není možné provést, protože smlouva by se měla shodovat s návrhem smlouvy tak, aby mezi nimi panoval soulad. Bylo by však příliš přísně vykládat text zákona tak, že *jakákoliv* změna nutně vytváří nesoulad mezi návrhem smlouvy a smlouvou samotnou (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 10. 2011, čj. 62 Af 50/2010-104, č. 2608/2012 Sb. NSS).

[14] Určujícím kritériem pro možnost změny je to, zda tato změna nemá vliv na výběr nejvhodnější nabídky, resp. zda nepůsobí diskriminačně vůči jiným (i potenciálním) uchazečům o veřejnou zakázku. Jinými slovy, zda by jiní uchazeči o veřejnou zakázku v případě, že by věděli o možnosti změnit text smlouvy oproti původnímu návrhu smlouvy v zadávací dokumentaci, této skutečnosti nepřizpůsobili své nabídky či zda by nezvážili svou účast v zadávacím řízení.

[15] NSS souhlasí s krajským soudem, že lze alespoň podpůrně na posouzení možnosti změny uzavírané smlouvy podle § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách použít úvahy z rozsudku ve věci *pressetext* o podstatných změnách smlouvy. Jestliže totiž může změna ovlivnit něco tak zásadního, jako je okruh uchazečů nebo podoba nejvhodnější nabídky, je z povahy věci tato změna podstatná. Zároveň převzetí některých úvah z rozsudku nebrání ani skutečnost, že se ve věci *pressetext* posuzovaly změny již uzavřené smlouvy pomocí dodatků (podle § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách). Nemělo by totiž smysl nahlížet jinak na změny nezasahující do smlouvy již uzavřené a jinak na změny ve smlouvě teprve uzavírané, jimiž se text odchýlí od původního návrhu obsaženého v zadávací dokumentaci (k nepřípustnosti podstatných změn v již uzavřené smlouvě viz rozsudek NSS ze dne 8. 3. 2018, čj. 10 As 150/2017-58). Oba tyto typy změn mohou mít stejný dopad na ostatní (i potenciální) uchazeče o veřejnou zakázku.

[16] Soudní dvůr ve věci *pressetext* uvedl k podstatným změnám smlouvy: *Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata.*

[17] Jak již krajský soud konstatoval, pro podnikatele jednajícího s péčí řádného hospodáře je datum zahájení prací důležitou informací, podle které např. zvažuje, zda má v daném termínu k dispozici dostatek prostředků, kapacit, pracovníků, zda nemá kolidující zakázky apod. Pokud tedy ve smlouvě mezi zadavatelem a společností SWIETELSKÝ stavební, s. r. o., smluvní strany změnily datum zahájení plnění zakázky vyjádřené slovy „*nejpozději od 1. 7. 2014*“ (data uvedeného ve vzoru návrhu smlouvy) na 1. 9. 2014, zásadně změnily podmínky zakázky, za kterých o ní uvažovali a podávali nabídky jiní uchazeči.

[18] Podle stěžovatele ze vzoru návrhu smlouvy a ze zadávací dokumentace jasně vyplývalo, že zahájení plnění zakázky „*nejpozději od 1. 7. 2014*“ je pouze předpoklad (v závorce to bylo uvedeno) a že plnění může být zahájeno i později; NSS však tento jeho náhled nesdílí. Uchazeči o zakázku nutně museli chápat uvedené datum jako nejzazší možné, pokud chtěli pomýšlet v zadávacím řízení na úspěch. Kdyby si takto formulovaný termín zahájení plnění zakázky vyložili tak, že může jít i o jakýkoliv termín pozdější, jednali by krajně nezodpovědně. Jen stěží by ve vztahu k takto neurčitě stanovenému

pokračování

termínu mohli předvídat svou schopnost splnit zakázku řádně a včas. V takovém případě by navíc uvedení jakéhokoliv konkrétního data ztrácelo smysl.

[19] Je pochopitelné, že pokud je ve vzoru návrhu smlouvy uvedeno konkrétní datum, byť ve smyslu posledního dne lhůty, uchazeči o zakázku je považují za rozhodné. Slovo „*předpoklad*“ ve vztahu k nejpozději stanovenému datu zahájení plnění zakázky by si rozumně uvažující uchazeč mohl vyložit tak, že je případně možné zahájit plnění zakázky dříve než 1. 7. 2014, nikoliv však později, protože se s datem pojí výraz „*nejpozději*“. Kdyby (i potenciální) uchazeči věděli, že by mohli započít s plněním zakázky dokonce o dva měsíce později, nelze vyloučit, že by se okruh uchazečů rozšířil o ty, kteří např. v letních měsících neměli vhodné podmínky pro plnění zakázky. Rovněž je možné, že by přihlášení uchazeči využili pozdější datum zahájení plnění zakázky k úpravě různých parametrů ve svých nabídkách. Není vyloučeno, že by se svými upravenými nabídkami měli větší šanci uspět.

[20] Kdyby zadavatel chtěl stanovit okamžik zahájení plnění zakázky volněji a méně určitě, mohl navázat zahájení plnění na určitou skutečnost v budoucnu, o níž věděl, že nastane někdy během zadávacího řízení nebo po jeho skončení. Takový postup by stěžovateli umožnil lépe reagovat na možné průtahy v zadávacím řízení, které s ohledem na nepřiliš vhodně načasovaný průběh zadávacího řízení mohl a měl předpokládat. Stěžovatel však zvolil jiný postup a s ním přijal i riziko, že ponese zákonné důsledky, pokud nebude moci splnit podmínky, které si sám nastavil.

[21] Na věci nic nemění ani to, že si stěžovatel výslovně vymínil možnost změny *zahájení doby plnění jednotlivých staveb*. Ne každému ustanovení smlouvy je možné přisuzovat platnost a schopnost vyvolávat právní účinky jen proto, že bylo formálně zahrnuto do textu smlouvy. Jestliže taková ustanovení, resp. jeho účinky, porušují zákonem chráněné zájmy, nelze je považovat za platná. Smluvní ujednání mezi stěžovatelem a vybraným uchazečem, které stěžovateli umožňovalo změnit datum zahájení plnění zakázky, se kvůli riziku ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky a okruhu uchazečů přičí zákazu diskriminace. Takové smluvní ujednání se tak dostává do rozporu se zákonnými ustanoveními, která chrání zájem na nediskriminování uchazečů o veřejnou zakázku (např. právě již citovaný § 82 odst. 2 a 7 zákona o veřejných zakázkách). Z výše uvedeného také vyplývá, že změna zahájení plnění zakázky je změnou podstatnou. Podstatná změna pak nemůže být kvůli svým dopadům přípustná ani tehdy, byla-li ve smlouvě předvídána (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 21. 12. 2015, čj. 30 Af 78/2013-148, č. 3390/2016 Sb. NSS).

[22] NSS souhlasí s krajským soudem v tom, že formulace „*zahájení doby plnění jednotlivých staveb*“ budí dojem, že lze v případě komplikací změnit termín plnění pouze dílčích prací, a nikoliv plnění zakázky jako celku. Tato skutečnost však spíše podpůrně svědčí ve prospěch výše vyjádřených závěrů, týkajících se nemožnosti změny zahájení plnění zakázky.

[23] Dále se soud zabýval námitkou, podle níž nebylo chráněno stěžovatelovo legitimní očekávání, že bude rozhodnuto obdobně jako v některých rozhodnutích žalovaného.

NSS ve shodě s krajským soudem konstatuje, že jedno ani dvě rozhodnutí nezakládají ustálenou rozhodovací praxi žalovaného (srov. usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 21. 7. 2009, čj. 6 Ads 88/2006-132, č. 1915/2009 Sb. NSS). Nutno dodat, že druhým rozhodnutím, o které stěžovatel opíral svůj postup, argumentovala až kasační stížnost. Krajský soud tak nemohl zahrnout posouzení významu tohoto rozhodnutí žalovaného do odůvodnění svého rozsudku. Předmětem přezkumu NSS je rozsudek krajského soudu, a proto v řízení o kasační stížnosti nemůže mít žádný vliv argumentace tímto rozhodnutím žalovaného ze dne 24. 10. 2012.

[24] Krajský soud navíc řádně zdůvodnil, v čem se stěžovatelem předkládané rozhodnutí žalovaného liší od stěžovatelovy věci. Dále poukázal na jiná rozhodnutí žalovaného, která naopak podporovala závěry rozhodnutí žalovaného ve stěžovatelově věci. Již z toho lze usuzovat, že se v této otázce nejedná o žádnou ustálenou rozhodovací praxi žalovaného, která by zakládala stěžovatelovo legitimní očekávání. Je pravda, že správní orgány i soudy mají rozhodovat předvídatelně. I kdyby však v rozhodnutích, kterými stěžovatel argumentuje, byly skutkové okolnosti obdobné jako v jeho věci, nelze opomíjet skutečnost, že se rozhodovací praxe správních orgánů může mj. v závislosti na soudní rozhodovací praxi vyvíjet. Tento vývoj lze považovat za jev v zásadě pozitivní (srov. rozsudek NSS ze dne 18. 8. 2016, čj. 9 As 63/2016-43). NSS proto neshledává žádné pochybení v rozhodnutí předsedy žalovaného ani v rozsudku krajského soudu, protože jsou v souladu se současným názorem soudů na problematiku podstatných změn smlouvy.

[25] Přestože stěžovatele nelze vinit ze zlé vůle či ze snahy nějak obejít zadávací řízení a získat z toho pro sebe výhodu, nelze přehlédnout, že si svou situaci přivodil sám špatně nastavenými termíny v zadávacím řízení. Protože pak nedostal požadavkům zákona o veřejných zakázkách, musí čelit odpovědnosti, která z porušení tohoto zákona plyne.

IV. Závěr a náklady řízení

[26] Stěžovatel se svými námitkami neuspěl. Jelikož NSS neshledal důvod pro zrušení napadeného rozhodnutí ani z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.), zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 s. ř. s.). O náhradě nákladů řízení soud rozhodl v souladu s § 60 odst. 1 a § 120 s. ř. s. Stěžovatel ve věci neměl úspěch, a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti. Žalovanému pak v řízení o kasační stížnosti nevznikly žádné náklady.

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 31. ledna 2019

Ondřej Mrákota
předseda senátu