



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Městský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Ladislava Hejtmánka a soudkyň JUDr. Naděždy Treschlové a JUDr. Hany Kadaňové, Ph.D. ve věci

žalobkyně: **THERMAL-F, a.s.**
sídlem I. P. Pavlova 2001/11, Karlovy vary
zastoupena JUDr. Radovanem Bernardem, advokátem
sídlem 28. října 767/12, Praha 1

proti

žalovanému: **Ministerstvo životního prostředí**
sídlem Vršovická 1442/65, Praha 10

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2020, č.j. MZP/2020/330/1305

t a k t o :

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci a průběh řízení před správním orgánem

- 1 Žalobkyně se podanou žalobou domáhá přezkoumání v záhlaví uvedeného rozhodnutí, kterým ministr životního prostředí (dále také jen „ministr“) nevyhověl jejím námitkám proti opatření ze dne 10. 7. 2020 č.j. MZP/2020/330/1028 (dále jen „opatření“), kterým žalovaný ve smyslu § 14e zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně

některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „rozpočtová pravidla“), rozhodl o finanční opravě ve výši 25 % z celkové možné částky dotace použité na financování veřejné zakázky.

- 2 Ze správního spisu k dané věci vyplynulo, že žalobkyně podala dne 30. 11. 2017 žádost o podporu projektu reg. č. CZ.05.5.18/0.0/0.0/17_070/0006860 „Snížení energetické náročnosti hotelu Thermal“ do Operačního programu Životní prostředí 2014 – 2020 (dále též „operační program“) prostřednictvím Státního fondu životního prostředí. Dne 18. 4. 2018 vydal žalovaný, odbor fondů EU jako Řídící orgán Operačního programu Životní prostředí 2014–2020, rozhodnutí o poskytnutí dotace č. 115D316011143 ve výši 38.446.528,5 Kč.
- 3 V rámci jmenovaného projektu bylo ze strany žalobkyně realizováno zadávací řízení na nadlimitní veřejnou zakázku „Poskytování energetických služeb metodou EPC“ na služby, zadávanou formou otevřeného řízení, které bylo zahájeno dne 26. 7. 2017. Žalobkyně uzavřela dne 13. 11. 2018 s vybraným dodavatelem smlouvu o dílo. Cena předmětné veřejné zakázky dle smlouvy činila 113.828.817 Kč bez DPH, tj. 135.117.315 Kč vč. DPH.
- 4 Dne 19. 6. 2019 žalobkyně uzavřela s vybraným dodavatelem dodatek č. 1 ke smlouvě na veřejnou zakázku (dále jen „dodatek“), kterým došlo mimo jiné ke změně harmonogramu plnění předmětné veřejné zakázky. Výsledkem změny harmonogramu bylo odložení skutečné realizace zakázky o cca jeden kalendářní rok. Dále uvedeným dodatkem provedla změnu splátkového kalendáře, přičemž vybranému dodavateli ke dni 30. 9. 2020 kromě pravidelné splátky poskytne také mimořádnou splátku ve výši 78.785.000 Kč bez DPH namísto původní pravidelné splátky 2.808.220,43 Kč bez DPH, a to za současného snížení pravidelných splátek na 1.871.008,16 Kč bez DPH.
- 5 Žalovaný v uvedeném jednání shledal pochybení a navrhl finanční opravu ve výši 25 % z celkové možné částky dotace použité na financování předmětné veřejné zakázky. O navržené korekci byla žalobkyně informována Oznámením o navržení finanční opravy ze dne 18. 3. 2020, č.j. SFZP 0042313/2020. Žalobkyně se k navržené korekci písemně vyjádřila dne 2. 4. 2020.
- 6 Prvostupňovým rozhodnutím žalovaný dle § 14e rozpočtových pravidel stanovil korekci ve výši 25 % z dotace, a výši dotace po uplatnění korekce stanovil na 28.834.896,375 Kč. Uplatnil tedy opatření spočívající v nevyplacení částky 9.611.632,12 Kč z prostředků operačního programu. Důvodem korekce dotace o 25 % byl fakt, že žalobkyně porušila čl. 2.13 Pokynů operačního programu, když umožnila podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku (dále jen „Pokyny“). Takto žalobkyně dle obsahu správního spisu postupovala tím, že dne 19. 6. 2019 uzavřela s vybraným dodavatelem dodatek, kdy žalobkyni jsou vytýkány stejná pochybení jako v Oznámení o navržení finanční opravy ze dne 18. 3. 2020.
- 7 Proti opatření podala žalobkyně dne 28. 7. 2020 námitky. V nich uváděla, že se pouze snažila dosáhnout co nejvyšší úspory ve svůj prospěch, tj. ve prospěch veřejných prostředků, a to za situace, kdy vzhledem ke specifické povaze projektu (EPC, Energy Performance Contracting, kdy zákazník splácí projekt až z vytvořených úspor) je okruh subjektů schopných realizovat projekt podobného rozsahu velmi omezený. Žalobkyně popřela, že by prodloužením časového harmonogramu realizace projektu vznikla na straně dodavatele nesporná ekonomická výhoda. Naopak, nedošlo k jakémukoli prodloužení harmonogramu realizace projektu, ale pouze k jeho odsunutí v čase. Celková doba plnění

zakázky zůstala zachována, a to přesto, že po úvodním průzkumu stavu objektu bylo zjištěno, že práce budou výrazně náročnější, než žalobkyně předpokládala. Dodavatelé ve skutečnosti nevznikla žádná ekonomická výhoda, když namísto plnění zakázky a pravidelných splátek probíhala pouze jednání s nejistým výsledkem, přičemž kapacity dodavatele byly rezervovány na tuto zakázku v cenových hladinách roku 2018. Navíc si žalobkyně vyhradila právo změnit termín realizace s ohledem na provozní potřeby objektu již v zadávací dokumentaci, a to dostatečně transparentně. Pokud by žalobkyně zadávací řízení po provedení úvodních průzkumů stavu objektu zrušila a vyhlásila nové výběrové řízení, bezpochyby by celková cena zakázky byla výrazně vyšší. Nesouhlasila tedy s tím, že by jejím postupem došlo ke změně ekonomické rovnováhy pouze ve prospěch žalobkyně ve smyslu čl. 2.13.1 písm. b) Pokynů. Žalobkyně v námitkách nesouhlasila ani s výtkou, že ke změně ekonomické rovnováhy ve prospěch vybraného dodavatele ve smyslu čl. 2.13.1 písm. a) Pokynů došlo i změnou splátkového kalendáře. Okruh potenciálních dodavatelů byl u takto specifického projektu dán od počátku a nemohlo tedy tímto dojít k jeho ovlivnění. Změnu splátkového kalendáře si vyžádaly objektivní okolnosti nastalé po vyhlášení výběrového řízení, úprava financování projektu byla provedena tak, aby mohly být uplatněny v rámci přiznané dotace veškeré způsobilé výdaje, přičemž závazky vybraného dodavatele byly zachovány. Ke zrychlení plateb bylo dále přistoupeno s ohledem na související potřebu uplatnění DPH. V celkovém kontextu průběhu projektu nevedla první zrychlená splátka k vychýlení ekonomické rovnováhy ve prospěch vybraného dodavatele. Žalobkyně tímto krokem dosáhla toho, že realizace projektu vůbec pokračuje a zároveň uplatnila výdaje, které by se jinak (mj. i z důvodu zdržení projektu) staly neuplatnitelnými. Proto ani v tomto případě nedošlo k umožnění podstatné změny ve smyslu čl. 2.13.1 Pokynů.

- 8 Napadeným rozhodnutím ministr námitkám nevyhověl. V odůvodnění shledal, stejně jako správní orgán 1. stupně, porušení čl. 2.13 Pokynů žalobkyní, když žalobkyně umožnila podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. K průběhu zadávacího řízení uvedl, že požadavky žalobkyně nebyly natolik specifické, aby bylo možné brát najisto, že se všemi relevantními subjekty žalobkyně v rámci výběrového řízení skutečně komunikovala, přičemž výsledkem byly nabídky pouze dvou uchazečů, z nichž byla vybrána ta výhodnější. Žádnou takovou komunikaci ani žalobkyně nedoložila. Naopak je jisté, že na trhu existovalo v době vyhlášení veřejné zakázky vícero společností, které byly schopné splnit podmínky veřejné zakázky. K tomu odkázal na seznam Asociace poskytovatelů energetických služeb (APES) a dovodil, že takových společností je minimálně 25.
- 9 K provedené změně (posunu) časového harmonogramu je v napadeném rozhodnutí vyzdvíženo, že došlo k posunu závazného milníku č. 2 „Ověření a analýza skutečného stavu objektu“ o cca jeden kalendářní rok a v návaznosti na to všech následujících milníků dle harmonogramu. S odvoláním na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže lze mít za to, že jakýkoliv posun termínu plnění vede, resp. může vést k rozšíření okruhu potenciálních dodavatelů, kteří by za jiných okolností mohli předmětné plnění poskytnout. Není tedy možné vyloučit dopad na okruh potenciálních dodavatelů dle čl. 2.13.1 písm. a) Pokynů, jestliže by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly hodnocené změně, tj. jestliže by dodavatelé již při realizaci zadávacího řízení byli srozuměni s tímto ročním posunem celého plnění, když prvním bodem harmonogramu je pouze podpis smlouvy. Posunem časového harmonogramu došlo ke změně ekonomické rovnováhy závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele,

když vybraný dodavatel získal výhodu v podobě prodloužení doby plnění veřejné zakázky, což je skutečnost, ve které se obecně spatřuje zmírnění původně stanovených povinností vybraného dodavatele jak z pohledu organizace práce tak i ekonomické zátěže.

- 10 K otázce transparentnosti postupu žalobkyně je v napadeném rozhodnutí uvedeno, že pro stanovení vyhrazené změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku analogicky v souladu s ust. § 222 odst. 2 a ust. § 100 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“) musí být ve výhradě uvedeno, za jakých podmínek může změna nastat, a výhrada musí současně přesně definovat, co bude obsahem změny. Čl. 7 odst. 5 smlouvy, dle kterého se termíny uvedené v harmonogramu prodlužují o dobu, po kterou je žalobkyně v prodlení s předáním staveniště, nelze považovat za vyhrazenou změnu závazku, stejně tak jako ustanovení v zadávací dokumentaci, že si žalobkyně „*vyhrazuje právo změnit termín realizace s ohledem na potřeby zajištění provozu objektu*“. Výhrada tak, jak ji v zadávacích podmínkách a ve smlouvě definovala žalobkyně, není dostatečně určité vymezena, protože byla shledána netransparentní.
- 11 K otázce změny splátkového kalendáře je v napadeném rozhodnutí uvedeno, že provedenou změnou, ve formě mimořádné splátky, došlo ke změně ekonomické rovnováhy závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, neboť tento bude již při první splátce disponovat několikanásobně vyššími finančními prostředky, než bylo stanoveno ve smlouvě, a plnění ze smlouvy se tak pro něj stane výrazně méně ekonomicky zatěžující. Nešlo přitom o předčasné splacení ceny za provedení základních opatření před uplynutím doby splacení dle čl. 27 smlouvy. Šlo o změnu způsobu úhrady ceny za plnění, což je dle odůvodnění napadeného rozhodnutí jeden důležitých faktorů při rozhodování, zda se dodavatel bude o zakázku ucházet či nikoli.

II. Obsah žaloby

- 12 Žalobkyně v první žalobní námitce namítla, že žalovaný napadeným rozhodnutím porušil zásadu proporcionality. Žalovaný hodnotil námitky žalobkyně nepřiměřeně formalisticky, napadené rozhodnutí je v rozporu se zásadou hospodárnosti a přiměřenosti. Zásada přiměřenosti a transparentnosti je zakotvena v ust. § 6 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, což má svůj původ zejména v čl. 18 odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „směrnice č. 2014/24/EU“).
- 13 Obsahem tohoto požadavku má být především umožnit zadavateli pořídit co nejlevnější a nejadekvátnější plnění při zachování co nejširší a nejotevřenější soutěže. Zadavatel by tedy měl mít možnost co nejlépe vybalancovat požadavek na hospodárnost při pořizování plnění s požadavkem na zajištění otevřené soutěže. K tomu žalobkyně odkázala na odbornou literaturu, uvedla, že dle ní nepřiměřený „*důraz na konkurenční prvek a soutěž mezi jednotlivými dodavateli může být v protikladu právě s požadavkem na efektivní vynakládání s veřejnými prostředky*.“ Právě takto nepřiměřeně postupoval žalovaný, nereflektoval individuální okolnosti případu žalobkyně, a to ani, pokud jde o typ poptávaného plnění, ani pokud jde o provozní možnosti objektu.
- 14 Žalobkyně argumentovala tím, že EPC projekt je schopno realizovat jen velmi omezené množství subjektů, s nimiž žalobkyně v rámci výběrového řízení komunikovala. Postup

navržený žalovaným by naopak vedl k odkladu realizace celého projektu, a pokud by se vůbec podařilo na dalším postupu dohodnout, vedl by i k výraznému prodražení prací na projektu.

- 15 V případě takto rozsáhlého projektu EPC se po zjištění nepředvídaných okolností, majících původ ve stavu objektu, zadavatel dostává do situace, kdy by byl nucen buď zrušit stávající smlouvu postupem dle § 223 zákona o zadávání veřejných zakázek, nebo vyhlásit dodatečné výběrové řízení na dodatečné práce. Ani jedna z těchto variant však není řešením. Nehledě na právní komplikace při vymezení zakázky na dodatečné práce, vzhledem ke specifičnosti každého navrženého řešení EPC není v praxi možné, aby byla vymezena pouze dodatečná část plnění a ta byla učiněna předmětem samostatné veřejné zakázky. Řešení EPC je vždy komplexní záležitostí. Pokud by tedy žalobkyně byla nucena přistoupit k novému zadání celé zakázky, vyvolalo by to nejen zdržení realizace celého projektu, ale též dodatečné náklady na nové řízení. Současně by byla celá realizace vzhledem k posunu cen na trhu výrazně dražší. Současně nelze pominout skutečnost, že současný dodavatel by byl v dalším výběrovém řízení zvýhodněn oproti případným dalším zájemcům díky znalosti věci. Žalovaný tedy přílišným zdůrazněním požadavku na transparentnost postupu aplikuje přístup, jenž ve výsledku vede k zásadnímu potlačení ostatních základních principů veřejného zadávání, tj. hospodárnosti (efektivity při nakládání s veřejnými prostředky) a přiměřenosti.
- 16 V druhé žalobní námitce žalobkyně namítla, že ust. § 222 odst. 4, 5 a 6 zákona o zadávání veřejných zakázek jsou ze strany dotačních orgánů a též ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže vykládána nepřiměřeně restriktivně, a to tak, že změna, pokud má být přípustná dle příslušných ustanovení, musí být vyjádřitelná v penězích. Tento závěr dovozují z toho, že daná ustanovení vždy obsahují limitní procentuální vyjádření hodnoty dané změny vůči původní hodnotě závazku, tj. zpravidla vůči kupní ceně či ceně díla. Z toho pak dovozují, že ust. § 222 odst. 4 až 6 jsou použitelná pouze pro tzv. kvantitativní změny závazku (prostou změnu ceny plnění), nikoli pro změny čistě kvalitativní (změna termínu plnění). Podle žalobkyně takto restriktivní výklad odporuje smyslu ust. § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek, jež má umožnit zadavateli vyšší flexibilitu v průběhu smlouvy řešit nepředvídatelné komplikace, aniž by musel vynakládat další náklady na realizaci nových výběrových řízení. To ostatně vyplývá i z příslušné evropské legislativy. Pokud totiž úmyslem (evropského) zákonodárce bylo posílit prvek hospodárnosti a nabídnout tak zadavateli možnost pružněji reagovat např. na nárůst objemu nezbytných prací, pak restriktivní výklad omezující přípustné změny pouze na kvantitativní vyjádření nárůstu tohoto objemu prací je v přímém rozporu s tímto záměrem. V praxi totiž převažují případy, kdy je skutečně nezbytné rozšířit objem prací, a často pak vzniká potřeba navýšit i celkovou časovou dotaci pro jejich reálné provedení. Pokud tedy zákon umožňuje zadavateli reagovat na potřebu nezbytných či nepředvídatelných prací jejich doobjednáním i za cenu navýšení celkové hodnoty zakázky, pak tato kvantitativní změna v sobě nutně ponese i změnu kvalitativní. Ta bude vyjádřena jednak obsahem takto nově nasmlouvaných prací, jednak termínem jejich provedení. Podle žalobkyně i prodloužení termínu plnění, je-li vyvoláno např. nepředvídatelnou okolností ve smyslu § 222 odst. 6 zákona o zadávání veřejných zakázek, je přípustnou změnou smlouvy, jehož hodnota je vyjádřena hodnotou dodatečného plnění.
- 17 Žalobkyně současně upozornila, že směrnice č. 2014/24/EU v čl. 72 používá pojmu „cenový nárůst“, nikoli pojmu „hodnota dodatečných“ plnění, resp. „hodnota změny“,

jako je tomu v ust. § 222 odst. 5 a 6 zákona o zadávání veřejných zakázek. Podle žalobkyně žalovaný volbou nepřiměřeně restriktivního výkladu pojmu přípustných změn ve smlouvě zcela popřel uplatnění základních zásad veřejného zadávání, zejména principu efektivnosti a přiměřenosti, a tento výklad aplikuje zcela v rozporu se smyslem dané právní úpravy a současně v rozporu s ustanovením čl. 72 směrnice č. 2014/24/EU.

- 18 Ve třetí žalobní námitce žalobkyně odmítla závěr žalovaného, že by žalobkyně porušila zásadu transparentnosti, nesouhlasila, že provedené změny termínu a splátkového kalendáře, pokud by byly známy v době zahájení výběrového řízení, by mohly přimět další uchazeče k účasti na řízení. Takový argument je dle žalobkyně v podmínkách takto komplikovaného projektu EPC zcela nepřiměřený a reflektuje přístup, podle něhož zásadně každá změna smlouvy by byla nepřípustná. Žalobkyně zdůraznila, že není možné prokazovat, že na trhu nefigurovalo více dodavatelů schopných zakázku vůbec plnit. Uložení takové povinnosti by bylo v rozporu s negativní důkazní teorií. Naopak ten, kdo tvrdí, že nějaké subjekty mohly existovat, by měl toto tvrzení dokázat, což žalovaný neučinil. Žalovaný sice odkázal na seznam členů Asociace poskytovatelů energetických služeb, nezkoumal však již, co je vlastně předmětem činnosti členů tohoto sdružení. Z 28 členů, kteří jsou uvedeni na seznamu, se tři společnosti výběrového řízení účastnily. Dalšími členy jsou však mimo jiné společnosti, které vůbec neposkytují technické služby (dvě advokátní kanceláře, několik administrátorů dotačních a výběrových řízení), nebo se věnují výzkumu, nikoli komerční realizaci (dvě vysoké školy) nebo poskytují služby pouze v omezeném dílčím segmentu (např. pouze osvětlení, aj.). Není tedy rozhodné, kolik subjektů se hlásí ve sdružení APES nebo kdekoli jinde k poskytování služeb typu EPC, pokud nejsou zakázku tohoto rozsahu skutečně schopny splnit.
- 19 Rovněž poukaz na to, že žalobkyně nastavila relativně mírné požadavky na splnění technické kvalifikace k účasti ve výběrovém řízení, svědčí spíše ve prospěch tvrzení žalobkyně. Pokud totiž žalovaný uvádí, že nastavená kritéria by mohlo splnit více zájemců, pak již sama skutečnost, že se soutěže účastnili reálně pouze dva uchazeči, svědčí o tom, že zakázka nebyla pro jiné subjekty na trhu z hlediska jejich možností zajímavá.
- 20 Dále se žalobkyně ohradila proti názoru žalovaného, že okruh potenciálních uchazečů o zakázku se může nacházet v celém prostoru EU. Dle žalobkyně jde o přílišný formalismus, taková možnost by byla relevantní pouze v případech zakázek, u nichž je obvyklé s ohledem na běžnou tržní praxi, že o ně budou mít zájem i zahraniční subjekty. Stavebně – technické zakázky tohoto druhu jsou však zpravidla pro zahraniční subjekty nerentabilní již s ohledem na náklady, jež by neslo vysílání zaměstnanců k práci v zahraničí či zajištění adekvátního dohledu. Žalobkyně tedy trvá na tom, že v rámci výběrového řízení komunikovala se všemi potenciálními zájemci o zakázku tohoto rozsahu a pozdější změny, vyvolané na základě ověření skutečného stavu objektu, kterými by čelil každý dodavatel, na okruhu potenciálních zájemců nemohl mít vliv.
- 21 Ve čtvrté žalobní námitce žalobkyně brojila proti tvrzení žalovaného, že prodloužením časového harmonogramu vznikla na straně dodavatele ekonomická výhoda. Podle ní nedošlo prodloužení harmonogramu, ale pouze k jeho odsunutí v čase. Celková doba plnění zakázky zůstala zachována, a to přesto, že po úvodním průzkumu stavu objektu bylo zjištěno, že práce budou výrazně náročnější. Namísto plnění zakázky a pravidelných splátek probíhala pouze jednání s nejistým výsledkem, přičemž kapacity dodavatele byly rezervovány na tuto zakázku v cenových hladinách roku 2018. Žalobkyně vysvětlila, že termíny plnění nebyly stanoveny jako fixní, nýbrž jako předpokládané, v souladu se

zadáním a následnou nabídkou dodavatele. V rámci EPC projektu není možné ihned od počátku stanovit přesné parametry a rozsah prací, které bude dodavatel realizovat, a trvat na nich. Žalobkyně při zadávání z povahy věci nemohla mít konkrétní představu o druhu ani náročnosti prací, které budou potřeba k energetické úspoře při provozu starší budovy. V první fázi plnění zakázky bylo tedy nutné provést hloubkový průzkum stavu budovy za účelem ověření aplikovatelnosti navrhovaného řešení. V rámci průzkumu však byl zjištěn horší než předpokládaný stav některých částí konstrukcí, který si vyžádal výraznější zásahy dodavatele. Není tak pravdou, že by dodavatel měl více času na přípravu realizace. V daném čase probíhala jednání o tom, zda v projektu vůbec pokračovat, přičemž následná příprava realizace stavební části projektu byla výrazně rozsáhlejší a náročnější. Žalovaný nezohlednil individuální okolnosti daného případu a i přes z dokumentace (rozsah projektu) zjevné nebo obecně známé skutečnosti (např. cenový růst, patrný z veřejně dostupných cenových indexů) argumentuje tím, že prodloužení lhůty plnění obecně znamená zmírnění podmínek pro dodavatele. Tento argument žalovaného žalobkyně považuje nejen za nesprávný, ale též za nepřezkoumatelný.

- 22 V páté žalobní námitce žalobkyně namítla, že její postup byl transparentní, již v zadávací dokumentaci transparentně vyhradila právo změnit termín realizace s ohledem na provozní potřeby objektu. Smlouva pak obsahuje několik zmínek o nutnosti respektovat nepřerušování provozu hotelu a činnost nájemců. Ve smlouvě byla dále uvedena výhrada posunutí harmonogramu v návaznosti na posun při předání staveniště a úprava harmonogramu prací v návaznosti na zjištění, která budou v rámci úvodního ověření stavu objektů učiněna. Výkladem smlouvy postupem dle § 556 občanského zákoníku lze v kombinaci s výhradou uvedenou v zadávací dokumentaci dospět k závěru, že bylo úmyslem smluvních stran v době hlavní sezóny určité práce neprovádět. Z těchto důvodů lze dovozovat, že v dodatku plánované odsunutí realizace prací na září je realizací smluvní výhrady ve smyslu § 222 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek, jež je za použití shora uvedeného výkladu dostatečně určitá. Ustanovení smlouvy jsou tedy transparentní ve smyslu čl. 2.1.1 písm. a) Pokynů, jelikož se týkají až následného plnění podle uzavřené smlouvy na plnění veřejné zakázky. Současně tato skutečnost nijak neovlivnila okruh uchazečů, který se o zakázku ucházel. Pro nikoho z okruhu uchazečů tato ustanovení nebyla nijak problematická nebo nesrozumitelná.
- 23 V šesté žalobní námitce žalobkyně argumentovala strmým nárůstem cen stavebních prací a materiálů v daném období, namítala, že přes tento zjevný, obecně známý a z veřejně dostupných zdrojů ověřitelný fakt však žalovaný trvá na tom, že díky posunu časového harmonogramu je plnění pro zhotovitele méně ekonomicky zatěžující. Svým postupem žalobkyně ve skutečnosti vybraného dodavatele nijak nezvýhodnila, ale naopak, dosáhla úspory veřejných prostředků. Pokud by žalobkyně po provedení úvodních průzkumů stavu stavby zadávací řízení zrušila a vyhlásila nové výběrové řízení, bezpochyby by celková cena zakázky byla výrazně vyšší. Pokud tedy došlo ke změně ekonomické rovnováhy, pak pouze ve prospěch žalobkyně. Nemůže tak být naplněn čl. 2.13.1 písm. b) Pokynů, jelikož podle něj nejsou dovoleny změny pouze ve prospěch dodavatele. Žalobkyně tedy neporušila čl. 2.13.1 písm. b) Pokynů a tvrzení žalovaného, že kterých je takové porušení dovozováno, nejsou pravdivá a neberou v potaz ekonomickou realitu.
- 24 V sedmé žalobní námitce žalobkyně namítala, že změnou splátkového kalendáře nemohlo dojít k ovlivnění okruhu zájemců, neboť u takto specifických projektů je okruh potenciálních dodavatelů dán od počátku. Změnu si vyžádaly objektivní okolnosti nastalé

po vyhlášení výběrového řízení v červenci 2017, kdy již žalobkyně nemohla upravovat zadávací podmínky. Úprava financování projektu byla provedena tak, aby mohly být uplatněny v rámci přiznané dotace veškeré způsobilé výdaje, přičemž závazky vybraného dodavatele byly v plné míře zachovány. Ke zrychlení plateb bylo dále přistoupeno s ohledem na související potřebu uplatnění DPH ze strany příjemce. V celkovém kontextu průběhu projektu nevedla první zrychlená splátka k vychýlení ekonomické rovnováhy ve prospěch vybraného dodavatele. Žalobkyně tímto krokem dosáhla toho, že realizace projektu vůbec pokračuje, a zároveň uplatnila výdaje, které by se jinak (mj. i z důvodu zdržení projektu) staly neuplatnitelnými. Proto ani v tomto případě nedošlo k umožnění podstatné změny ve smyslu čl. 2.13.1 Pokynů.

- 25 Žalobkyně žádá, aby soud žalobou napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného

- 26 Žalovaný ve vyjádření k žalobě shrnul, že žalobkyně pochybila, když dne 19. 6. 2019 uzavřela s vybraným dodavatelem dodatek ke smlouvě, kterým došlo mimo jiné ke změně harmonogramu plnění předmětné veřejné zakázky. Výsledkem změny harmonogramu bylo odložení skutečné realizace zakázky o cca jeden kalendářní rok. Dle podkladů poskytnutých žalobkyní došlo ze strany dodavatele k prodlení s předáním předběžné zprávy a ze strany žalobkyně k prodlení s předáním staveniště. Žalobkyně si v zadávacích podmínkách a ve smlouvě vyhradila provedení změn nejednoznačným způsobem, což má za následek nesplnění podmínek stanovených pro legitimní vyhrazenou změnu závazku. Aby byla taková výhrada dostatečně transparentní, musí v ní být uvedeno, za jakých podmínek může změna nastat, a současně musí přesně definovat, co bude obsahem změny. Dle žalobkyně měla výhrada v zadávací dokumentaci pokrývat možnost odložení předání staveniště, aby nebyl narušen letní provoz hotelu. Nic takového si však žalobkyně v zadávacích podmínkách nevyhradila, naopak, s každoroční letní sezónou mohla a měla při sestavování harmonogramu počítat. Dále žalobkyně pochybila, když výše uvedeným dodatkem provedla změnu splátkového kalendáře, přičemž vybranému dodavateli ke dni 30. 9. 2020 kromě pravidelné splátky poskytne také mimořádnou splátku ve výši 78.785.000 Kč bez DPH namísto původní pravidelné splátky 2.808.220,43 Kč bez DPH, a to za současného snížení pravidelných splátek na 1.871.008,16 Kč bez DPH. Ačkoliv rozložení splátek nebylo hodnotícím kritériem, je způsob úhrady ceny důležitým faktorem při rozhodování, zda se dodavatel bude o zakázku ucházet či nikoli. Provedená změna splátkového kalendáře pak především vede ke změně ekonomické rovnováhy závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, neboť tento obdrží od dodavatele podstatnou část ceny za předmět plnění již v rámci první plánované splátky.
- 27 K první žalobní námitce žalovaný uvedl, že zásady zadávání veřejných zakázek stanovené v § 6 zákona o zadávání veřejných zakázek se týkají jednání zadavatele v rámci postupů dle tohoto zákona, nikoli postupů žalovaného v rámci řízení o poskytnutí dotace či administrace dotace. Byla to tedy naopak žalobkyně, kdo byl povinen dodržovat zmiňované zásady zadávání veřejných zakázek, jak je stanoví obecně zákon o zadávání veřejných zakázek ve svém § 6, a rovněž je stanoví Pokyny v bodu 2.1. Dle názoru žalovaného je nutno za primární účel veřejného zadávání považovat vynakládání veřejných prostředků v souladu se zásadami hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti, jak jsou upravena

v § 4 zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o finanční kontrole“). Žalovaný je tedy povinen řídit se mj. zásadami řádného finančního řízení a výkonností stanovenými v čl. 33 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU, Euratom) 2018/1046 (nařízení č. 2018/1046“) a požadavky na transparentnost stanovenými v nařízení č. 2018/1046, stejně jako zásadami péče řádného hospodáře a pravidly dodržování 3E ve veřejné správě, jak je stanoví zákon o finanční kontrole, což se projevuje v jeho postupech v rámci administrace dotačních řízení. Žalovaný v této souvislosti upozornil na judikaturu Nejvyššího správního soudu, v níž je akcentováno vrchnostenské postavení poskytovatele dotace, z čehož plyne, že může autoritativně rozhodovat o podmínkách poskytnutí dotace, a dále na judikaturu Nejvyššího správního soudu, dle níž za dodržení všech podmínek dotací jsou výlučně odpovědní příjemci podpor. Žalovaný dále obhajoval zásadu transparentnosti jako zásadní pro průběh zadávacího řízení. Poznamenal, že pochybení, která žalovaný žalobkyni vytýkal, se týkají nedostatku transparentnosti a změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, což jsou záležitosti, které žalovaný v rámci administrace operačního programu dlouhodobě řeší a posuzuje, a to v nejrůznějších souvislostech a situacích. Žalovaný popřel, že by žalobkyni předepsal konkrétní varianty možného postupu. Žalobkyní zmiňované alternativy pro ni vyplynuly právě z právních předpisů, a to, že žalovaný identifikoval porušení zákona, bylo pouze deklarováním stavu.

- 28 K druhé žalobní námitce žalovaný uvedl, že směrnice EU nemají přímý právní účinek, pro žalovaného je vždy závazná úprava v právním řádu ČR; směrnice EU mohou být tedy užity maximálně pro účely správné teleologické interpretace předpisů. K restriktivnímu výkladu § 222 odst. 4 až 6 zákona o zadávání veřejných zakázek žalovaný uvedl, že dle jeho názoru vychází důraz na kvantitativní kritéria u změn závazků ze smlouvy na veřejné zakázky ze základního cíle právní úpravy veřejného zadávání, kterým je hospodárné, efektivní a účelné vynakládání veřejných prostředků. Žalobkyní zmiňované „kvalitativní“ úpravy je pak dle názoru žalovaného možné realizovat např. v rámci vyhrazených změn závazku v souladu s § 100 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek.
- 29 K třetí žalobní námitce žalovaný uvedl, že pro jednoznačnost a transparentnost výhrady provedení změn v zadávacích podmínkách a ve smlouvě je třeba, aby bylo uvedeno, za jakých podmínek může změna nastat, a současně aby bylo přesně definováno, co bude obsahem změny. Žalovaný odmítl, že by výhrada v zadávací dokumentaci měla pokrývat možnost odložení předání staveniště, aby nebyl narušen letní provoz hotelu. Nic takového si žalobkyně fakticky v zadávacích podmínkách nevyhradila.
- 30 K čtvrté žalobní námitce, v níž žalobkyně namítala, že posun harmonogramu plnění neměl a nemohl mít žádný vliv na okruh dodavatelů účastnících se zadávacího řízení, neboť se všechny subjekty na trhu schopné projekt realizovat soutěže zúčastnily, žalovaný uvedl, že žalobkyně toto své tvrzení o účasti všech potenciálních dodavatelů nijak nedoložila. Zadávacího řízení zúčastnily pouze dva, resp. tři subjekty. Žalovaný je si samozřejmě vědom existence negativní důkazní teorie, nicméně má za to, že žalobkyně mohla argumentovat např. odkazem na členy sdružení APES, k osvědčení, že ani mezi členy takové asociace nebylo možné další potenciální soutěžitele nalézt. Žalovaný vyslovil názor, že mezi členy APES je jistě celá řada společností, které by byly či mohly být schopny projekt realizovat za podmínek, které vyplynuly z přijetí dodatku ke smlouvě, a namátkou jmenoval šest subjektů. Argumentaci žalobkyně nezajímavostí zakázky pro jiné subjekty na trhu označil žalovaný za spekulativní. Žalovaný totiž hodnotí nikoli situaci samotného

průběhu veřejné zakázky, ale situaci, která vznikla po uzavření předmětného dodatku ke smlouvě o dílo, kdy se dle názoru žalovaného lze důvodně domnívat, že by soutěž o zakázku mohla mít jinou podobu a vnitřní dynamiku plynoucí z možného rozšíření počtu účastníků. Obdobně odmítl argumentaci žalobkyně, že úvahy žalovaného o účasti zájemce z jiného členského státu EU jsou projevem nepřiměřeného formalismu. Tato úvaha žalovaného je totiž naprosto v souladu se smyslem právní regulace oblasti veřejných zakázek, která je ostatně na území celé EU prostřednictvím směrnice č. 2014/24/EU právně harmonizována. Žalovaný podotkl, že pokud by žalobkyně v souladu s § 16 zákona o zadávání veřejných zakázek správně (či přesněji) určila předpokládanou hodnotu veřejné zakázky (v zadávacím řízení ji uvedla ve výši 20.000.000 Kč, zatímco dohodnutá cena zakázky ve smlouvě tuto částku překračuje takřka pětinasobně), je možné předpokládat, že by další změněné podmínky veřejné zakázky mohly zaujmout i další dodavatele.

- 31 K páté žalobní námitce žalovaný uvedl, že v článku 7.3 smlouvy uzavřené mezi žalobkyní a vybraným dodavatelem je mimo jiné stanoveno, že zhotovitel vypracuje upřesněný časový plán provádění základních opatření, který však musí být v souladu s harmonogramem dle přílohy č. 8 smlouvy. Tento upřesněný časový plán – harmonogram tak musí reflektovat základní milníky určené konkrétními časovými údaji, které jsou dle smlouvy výslovně neměnné, což si žalobkyně stanovila sama ze své vůle. Dodatkem změněný harmonogram realizace projektu, jímž žalobkyně přistoupila na změnu, kterou původně odmítala připustit, vedl k tomu, že vybraný dodavatel získal daleko delší čas na přípravu samotné realizace projektu, čímž evidentně došlo k vychýlení ekonomické rovnováhy závazku ze smlouvy v jeho prospěch. Zároveň je díky časovému posunu harmonogramu plnění pro zhotovitele méně ekonomicky zatěžující, přičemž došlo k podstatnému zmírnění jeho povinností původně stanovených v zadávacích podmínkách. Pokud jde o nutnou alokaci kapacit, vybraný dodavatel po uzavření dodatku věděl, že se celá realizace posunula zhruba o rok a mohl tak alokaci svých kapacit náležitě upravit a velmi pravděpodobně nemusel veškeré své kapacity alokovat pro daný projekt po celou dobu a mohl je tedy v mezidobí využít pro realizaci dalších zakázek. V této souvislosti nelze rovněž vyloučit dopad na okruh potenciálních dodavatelů, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně, jak ostatně vyplývá z rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, který změny v harmonogramu rovněž považuje za podstatné změny závazku ze smlouvy. Žalovaný se domnívá, že pokus o výklad smlouvy předestřený žalobkyní v žalobě nemůže obstát. Ustanovení smlouvy jednoznačně hovoří o tom, že projekt bude realizován za provozu hotelu. Posun harmonogramu pak byl sjednán pouze s ohledem na možné prodlení s předáním staveniště. Obecně formulovaná výhrada změny termínu realizace, tzv. s ohledem na provozní potřeby hotelu (např. filmový festival, kongres apod.), jak ji žalobkyně zmiňuje, není dle názoru žalovaného v souladu s požadavkem § 100 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, který stanoví požadavek jednoznačného vymezení podmínek pro tuto změnu a jejího obsahu. Argument, že výhrada byla formulována obecně záměrně, jelikož nelze předem odhadnout, jaké provozní potřeby nastanou, nelze dle žalovaného akceptovat – jeho přijetí by znamenalo souhlas s naprostou libovůlí žalobkyně coby zadavatele. V takovéto výhradě by mělo být jasně uvedeno, za jakých podmínek může změna nastat, a současně musí výhrada přesně definovat, co bude obsahem změny. Žalovaný trval na tom, že žalobkyně mohla a měla s každoročním filmovým festivalem a letní sezónou počítat již při sestavování zadávacích podmínek a zejména časového harmonogramu postupu prací. Pokud jde o případnou poptávku většího množství hostů, mohla ji konkrétně definovat a naformulovat do

vyhrazené změny závazku tak, aby podmínky transparentnosti byly naplněny. Právě s ohledem na kombinaci charakteru své podnikatelské činnosti a projektu měla žalobkyně postupovat obezřetně a nastavit si závazné milníky s dostatečnou rezervou, nebo lépe závazných milníků nestanovovat takové množství či je nestanovovat vůbec a upřesnit je až v průběhu řízení, případně před uzavřením smlouvy, event. si tyto změny vyhradit v souladu s § 100 odst. 1 a § 222 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek. Žalovaný se tak domnívá, že obecně formulovaná výhrada nenaplnuje požadavky na transparentnost zadávacích podmínek a souvisejících úkonů žalobkyně.

- 32 K šesté žalobní námitce žalovaný uvedl, že nepovažuje žalobní argumentaci ohledně strmého nárůstu cen stavebních prací či materiálů za nijak průkaznou. Strmost křivky na grafu je vždy dána měřítkem, které je v grafu použito. Při pohledu na hodnoty, z nichž je graf tvořen, pak lze dle názoru žalovaného snadno shrnout, že celkový index cen stavebních děl se mezi 4. čtvrtletím roku 2018 a rokem 2019 změnil v rozmezí necelého jednoho procentního bodu, jak je zřejmé z podkladů zveřejněných na webových stránkách Českého statistického úřadu. Není rovněž zřejmé, jaké úspory veřejných prostředků bylo či mělo být dosaženo – tuto žalobní argumentaci tedy žalovaný má za zcela irelevantní. Možné výhody pro dodavatele (možnost delšího času na přípravu a realizaci projektu, možnost využít své kapacity u jiných zakázek) žalovaný vnímá jako změnu ekonomické rovnováhy ve prospěch dodavatele. Žalovaný trval na tom, že změna závazku ze smlouvy ve formě úpravy harmonogramu projektu měla za důsledek změnu ekonomické rovnováhy ve prospěch vybraného dodavatele, a že jde o podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, která je v rozporu s požadavkem čl. 2.13.1 Pokynů.
- 33 K sedmé žalobní námitce žalovaný uvedl, že dle jeho názoru provedenou změnou ve formě mimořádné splátky došlo ke změně ekonomické rovnováhy závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, neboť tento bude již při první splátce disponovat několikanásobně vyššími finančními prostředky, než bylo stanoveno ve smlouvě, a plnění ze smlouvy se tak pro něj stane výrazně méně ekonomicky zatěžující. Navíc byly podmínky, za nichž bylo možno žádat o poskytnutí dotace, zveřejněny od 3. 4. 2017, tedy více než tři měsíce před začátkem zadávacího řízení, a žalobkyně se tedy s nimi mohla včas seznámit, případně, pokud zjistila, že zadávací dokumentace neodpovídá požadavkům poskytovatele dotace, mohla snadno a s relativně nízkými transakčními náklady zadávací řízení zrušit a vyhlásit znovu. Dle názoru žalovaného i fakt, že žalobkyně zahájila zadávací řízení, ač k tomu nebyla ze zákona povinna, nasvědčuje tomu, že plánovala na svůj projekt čerpat dotace z veřejných prostředků. Žalovaný tak má i v tomto případě za to, že změna závazku ze smlouvy ve formě úpravy splátkového kalendáře projektu měla za důsledek změnu ekonomické rovnováhy ve prospěch vybraného dodavatele, a kvalifikovat tuto změnu jako podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, která je v rozporu s požadavkem čl. 2.13.1 Pokynů.
- 34 Žalovaný žádá, aby soud žalobu zamítl.

IV. Posouzení žaloby Městským soudem v Praze

- 35 Městský soud v Praze přezkoumal napadené rozhodnutí v rozsahu žalobních bodů, kterými je vázán (srov. ust. § 75 odst. 2 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů - dále jen „s.ř. s.“), včetně řízení, které jeho vydání předcházelo. Při přezkoumání tohoto rozhodnutí městský soud vycházel ze skutkového a

právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu (srov. ust. § 75 odst. 1 s. ř. s.). Vady, k nimž by byl povinen přihlédnout z moci úřední, soud neshledal. O žalobě soud rozhodl v souladu s ust. § 51 odst. 1 s. ř. s. bez jednání, neboť účastníci řízení na výzvu soudu nesdělili, že trvají na nařízení jednání. Jednání nebylo třeba nařizovat ani za účelem dokazování, jelikož soud nepokládal za potřebné provádět důkazy na rámec toho, co plyne ze správního spisu.

36 O podané žalobě městský soud uvažil takto.

37 Předně je třeba k čtvrté žalobní námitce konstatovat, že napadené rozhodnutí je přezkoumatelné, neboť z něj lze zřetelně seznat, jakým způsobem bylo rozhodnuto (krácení dotace ve vymezeném rozsahu), na základě jakých důvodů (žalobkyně porušila ust. čl. 2.13.1 Pokynů tím, že po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku odložila termín realizace o cca jeden kalendářní rok a poskytla vybranému dodavateli oproti ve smlouvě sjednanému splátkovému kalendáři v rámci první splátky mimořádnou splátku v nově sjednané výši namísto původní pravidelné splátky, a to za současného snížení pravidelných splátek, umožnila tak podstatnou změnu závazku ze smlouvy na zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového výběrového řízení). Povinností správního orgánu není zabývat se každou dílčí jednotlivostí či detailně reagovat na každé námitkové tvrzení, postaví-li své závěry na ucelené argumentaci, která věcně pokryje všechny argumentační okruhy účastníka řízení. (K tomu srov. například nálezy Ústavního soudu ze dne 17. 12. 2008, sp. zn. I. ÚS 1534/08, či rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 12. 2015, č. j. 2 As 44/2013 - 125, a ze dne 3. 4. 2014, č. j. 7 As 126/2013 - 19). Městský soud v Praze má přitom za to, že výše uvedená kritéria přezkoumatelnosti napadené rozhodnutí splňuje. Městský soud nesouhlasí s žalobkyní v tom, že by žalovaný nezohlednil individuální okolnosti daného případu. Názor, že posunem časového harmonogramu došlo ke změně ekonomické rovnováhy závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, naopak žalovaný odůvodnil zcela individualizovaně ve vztahu k skutkové situaci žalobkyně (viz str. 2 prvostupňového rozhodnutí, které z hlediska soudního přezkumu tvoří s napadeným rozhodnutím jeden celek (např. dle usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 10. 2004, č.j. 5 Afs 16/2003-56, publikováno pod č. 534/2005 Sb. NSS), str. 7 napadeného rozhodnutí). To, že žalovaný zároveň vyslovil názor, že jakýkoliv posun termínu plnění obecně vede, resp. může vést k rozšíření okruhu potenciálních dodavatelů, nelze považovat za nedostatek odůvodnění, naopak jde o zcela případné doplnění argumentace žalovaného, jak bude uvedeno dále. Městský soud tedy uzavírá, že napadené rozhodnutí není nepřezkoumatelné.

38 Dále je vhodné konstatovat, že klíčové námitky, které žalobkyně vznáší proti napadenému rozhodnutí, se ve velké míře shodují s námitkami vyjádřenými ve správním řízení. Jak správní orgán 1. stupně, tak žalovaný se s nimi vypořádali. Žalobkyně v podané žalobě u většiny námitek nepolemizuje se závěry žalované, pouze setrvává na již vyřčené argumentaci. Správní soud ovšem přezkoumává především rozhodnutí a postup žalovaného správního orgánu, žalobkyně je proto povinna uvést konkrétní argumentaci zpochybňující závěry vyslovené v napadeném rozhodnutí správního orgánu, nikoli opakovat námitky vznesené ve správním řízení (srov. např. rozsudky ze dne 15. 2. 2017, č.j. 1 Azs 249/2016–38, odst. 12, nebo ze dne 29. 1. 2015, č.j. 8 Afs 25/2012–351, odst. 140).

39 Městský soud je přitom toho názoru, že žalobkyni se v napadeném rozhodnutí dostalo dostatečné a srozumitelné odpovědi na veškeré její námitky. Vzhledem k tomu, že není smyslem soudního přezkumu stále dokola podrobně opakovat již jednou vyřčené a pouze

tak žalobkyni poskytnout „jinou“ či „lepší“ odpověď na její námitky, městský soud v plném rozsahu odkazuje na odůvodnění napadeného rozhodnutí, které považuje za řádné a věcně správné, ztotožňuje se s ním a bere jej za své. K námitkám, které se netýkají polemiky s žalovaným, se proto městský soud vyjádří pouze obecně (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 7. 2007, č.j. 8 Afs 75/2005-130 publikovaný pod č. 1350/2007 Sb. NSS, či rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 7. 2007, č.j. 4 As 11/2006-86, ze dne 29. 5. 2013, č.j. 2 Afs 37/2012-47). K tomu lze ještě uvést, že povinnost posoudit všechny žalobní námitky neznamená, že správní soud je povinen reagovat na každou z dílčí argumentace a tu obsáhle vyvrátit, jeho úkolem je vypořádat se s obsahem a smyslem žalobní argumentace (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 4. 2014, č.j. 7 As 126/2013-19).

- 40 Při posouzení věci samé Městský soud v Praze vyšel zejména z následující právní úpravy.
- 41 Podle § 14e rozpočtových pravidel poskytovatel nemusí vyplatit dotaci nebo její část, domnívá-li se důvodně, že její příjemce v přímé souvislosti s ní porušil povinnosti stanovené právním předpisem nebo nedodržel účel dotace nebo podmínky, za kterých byla dotace poskytnuta.
- 42 Právním předpisem ve smyslu § 14e rozpočtových pravidel je v posuzované věci zákon o zadávání veřejných zakázek, a to do skončení zadávacího řízení, které končí uzavřením smlouvy s vybraným dodavatelem (§ 2 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek).
- 43 Právním předpisem ve smyslu § 14e rozpočtových pravidel po skončení zadávacího řízení, tj. po uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem, jsou v posuzované věci Pokyny účinné ke dni zahájení zadávacího řízení, které jsou součástí Pravidel pro žadatele a příjemce podpory z Operačního programu Životní prostředí 2014 – 2020.
- 44 Městský soud v Praze na tomto místě připomíná, že k jednání, které je žalobkyni vytýkáno, došlo po ukončení zadávacího řízení, neboť má svůj původ v dodatku k uzavřené smlouvě. Proto se v dané věci jako relevantní právní předpis k posouzení, zda žalobkyně porušila nebo neporušila povinnosti jím stanovené, uplatní Pokyny.
- 45 Podle čl. 2.13.1 Pokynů nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového výběrového řízení.
- 46 V posuzované věci je spor o to, zda změna závazku, která spočívá v odložení termínu realizace o cca jeden kalendářní rok a v poskytnutí vybranému dodavateli oproti ve smlouvě sjednanému splátkovému kalendáři mimořádnou první splátku ve výši 78.785.000 Kč bez DPH namísto původní pravidelné splátky 2.808.220,43 Kč bez DPH, a to za současného snížení pravidelných splátek na 1.871.008,16 Kč bez DPH, je nebo není změnou podstatnou ve smyslu čl. 2.13.1 Pokynů.
- 47 Základní charakteristika podstatných změn závazku byla definována v rozhodnutí Soudního dvora EU ve věci C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku, podle něhož platí, že *„[z]měna veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata. Změna původní veřejné zakázky může být rovněž považována za podstatnou, pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány. Změna může být rovněž považována za podstatnou, jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách*

původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána“.

- 48 Pro posouzení charakteru změny závazku lze dále analogicky použít ust. § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek. Odkazované ustanovení totiž přímo rozlišuje dva druhy následné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, a to změnu podstatnou a změnu nepodstatnou.
- 49 Podle odst. 3 odkazovaného ustanovení se podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku rozumí taková změna smluvních podmínek, která by a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně, b) měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.
- 50 V odst. 4 až 7 odkazovaného ustanovení zákon dále negativně vymezuje přípustnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku tím, že stanoví znaky, jež se nepovažují za podstatnou změnu.
- 51 Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se tedy nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je nižší než zákonem stanovené finanční limity pro nadlimitní veřejnou zakázku a zároveň nižší než částka, jež odpovídá 10 % hodnoty původního závazku nebo 15 % hodnoty původního závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, která není koncesí (4).
- 52 Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažují dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou nezbytné a změna v osobě dodavatele a) není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení, b) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů a c) hodnota dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku (5).
- 53 Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna, a) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, b) nemění celkovou povahu veřejné zakázky a c) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku (6).
- 54 Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy dle odstavce 3 na veřejnou zakázku, jejímž předmětem je provedení stavebních prací, se nepovažuje záměna jedné nebo více položek soupisu stavebních prací jednou nebo více položkami, za tam uvedených předpokladů (7).
- 55 Zákon o zadávání veřejných zakázek dále v ust. § 222 odst. 2 za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje ty změny, které si zadavatel vyhradil v zadávacích podmínkách podle § 100 odst. 1. Zadavatel si tak může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a její obsah jednoznačně vymezeny a změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky.
- 56 Podle judikatury Nejvyššího správního soudu se za podstatnou (a tedy zásadně nepřípustnou) změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se považuje taková změna,

kteřá by (i pouze hypoteticky) umožnila účast jiných dodavatelů v původním zadávacím řízení - tedy taková změna, která by odstranila omezující požadavek zadavatele nebo zlepšila postavení dodavatele, čímž by došlo k „zatraktivnění“ veřejné zakázky v očích (nekonkrétních) potenciálních dodavatelů (srovnej: rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 8. 2018 č.j. 9 As 195/2017-47). Dle odborné literatury půjde z povahy věci „zejména o změny v předmětu plnění (jeho rozšíření, příp. zúžení) či ve smluvních ujednáních (ve prospěch dodavatele - typicky prodloužení termínu plnění či odstranění požadavku na poskytování plnění výlučně osobami disponujícími v zadávací dokumentaci požadovanými certifikáty o vzdělání)“ (K. Jelínek a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek, Praktický komentář. Wolters Kluwer, Praha, 2022; výklad § 222).

- 57 Městský soud v Praze s přihlédnutím k uvedenému přisvědčuje žalovanému, že změna smlouvy byla v posuzovaném případě podstatná.
- 58 K vymezení jiného termínu realizace spočívajícího v odložení termínu o cca jeden kalendářní rok městský soud připomíná datum uzavření smlouvy: 13. 11. 2018, a uvádí, že dle přílohy č. 8 smlouvy je předmět plnění zakázky rozdělen do dvou fází: fáze I zahrnuje činnosti spojené s vlastní realizací prací, fáze II zahrnuje činnosti spojené s garantovanou návratností a úsporou. V rámci fáze I byl zejména sjednán termín ověření a analýzy skutečného stavu objektu na listopad a prosinec 2018, a v návaznosti na to by sjednán termín kompletní dodávky, montáže a uvedení do provozu úsporných opatření na dobu od ledna 2019 do srpna 2019, na srpen 2019 bylo sjednáno odzkoušení opatření. V rámci fáze II byl zejména sjednán termín předání opatření žalobkyni v srpnu 2019 a provádění servisních činností a kontrol od září 2019 do srpna 2029. Dle přílohy č. 2 dodatku byl v rámci fáze I zejména změněn termín ověření a analýzy skutečného stavu objektu na listopad a prosinec 2019, a v návaznosti na to byl změněn termín kompletní dodávky, montáže a uvedení do provozu úsporných opatření na dobu od listopadu 2019 do května 2020, na květen 2020 bylo sjednáno odzkoušení opatření. V rámci fáze II byl zejména změněn termín předání opatření žalobkyni v srpnu 2019 a provádění servisních činností a kontrol od června 2020 do května 2030. To zjednodušeně znamená, že doba dodávky byla původně naplánována na 8 měsíců s dokončením do devíti měsíců od podpisu smlouvy, po změně byla naplánována na 7 měsíců s dokončením do osmnácti měsíců od podpisu smlouvy. Harmonogram činností tedy po změně poskytl dodavateli přibližně o 50 % více času na samotnou dodávku opatření.
- 59 Ke změně splátkového kalendáře spočívající v poskytnutí vybranému dodavateli v rámci první splátky mimořádnou splátku městský soud uvádí, že dle přílohy č. 7 smlouvy bylo sjednáno celkem 40 splátek počínaje 30. 9. 2019 a dále datovaných vždy 31. 12., 31. 3., 30. 6. a 30. 9., až do 30. 6. 2029, v jednotné výši 2.808.220,43 Kč bez DPH. Celková cena zakázky dle smlouvy činila 113.828.817 Kč bez DPH. Dle přílohy č. 2 dodatku byla sjednána první splátka ke dni 30. 9. 2020 ve výši 78.785.000 Kč bez DPH, následných 39 splátek bylo sjednáno ve výši 1.811.008 Kč vždy 31. 12., 31. 3., 30. 6. a 30. 9. do 30. 6. 2030. To zjednodušeně znamená, že výše první splátky (i následných 39 splátek) činila dle přílohy č. 7 smlouvy cca 2,5 % z celkové ceny, a dodatkem byla zvýšena na cca 70 % z celkové ceny u první mimořádné splátky, a to za současného snížení následných pravidelných 39 splátek, při posunutí termínu splátek o jeden rok.
- 60 Městský soud je přesvědčen, že uvedená ujednání jsou natolik odlišná od zadávací dokumentace a původně uzavřené smlouvy, že lze předpokládat, že pokud by byla součástí původních zadávacích podmínek, mohli se do zadávacího řízení přihlásit i jiní uchazeči.

Původní vymezení harmonogramu realizace zakázky a stanovení režimu splátek byly dodatkem upraveny k prospěchu vybraného dodavatele. Pokud by tímto způsobem byly podmínky nastaveny již v zadávací dokumentaci, mohlo se přihlásit více uchazečů a stávající či noví uchazeči mohli přijít s výhodnějšími nabídkami. Každý z potenciálních uchazečů si musel ujasnit, zda bude schopen dodržet časový harmonogram realizace zakázky, a nakolik pro něj bude plnění ze smlouvy v průběhu zakázky ekonomicky zatěžující. Tyto úvahy pak byly podstatné pro rozhodnutí, zda a s jakou cenou podat nabídku. Následná změna uvedených podmínek všem potenciálním uchazečům upřela možnost na ni reagovat a přijít s výhodnější nabídkou než ostatní.

- 61 Změna smluvních podmínek vychýlila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, neboť ten získal o 50 % více času na splnění ekonomicky nejnáročnější části závazku, a ihned po první splátce z celkového počtu čtyřiceti splátek disponoval cca 70 % celkové ceny namísto původně sjednaných cca 2,5 % celkové ceny. Součástí ekonomické rovnováhy smlouvy je nepochybně i riziko smluvních stran ohledně realizace opatření na straně jedné a úhrady sjednané ceny na straně druhé. Změnu ekonomické rovnováhy mírní skutečnost, že termín této mimořádné první splátky byl v souvislosti se změnou harmonogramu prací změněn na 30. 9. 2020, kdy již měla být dokončena kompletní dodávka, montáž a uvedení do provozu úsporných opatření. I tak je však ekonomická nerovnováha ve prospěch dodavatele značná. Původní platební podmínky si bezesporu kladly vyšší nároky týkající se finanční síly dodavatele a jeho schopnosti financovat dílčí fáze projektu z vlastních prostředků, případně ve smyslu metody EPC z úspor na provozních nákladech žalobkyně, použitých na splácení ceny za zakázku.
- 62 Pojem „ekonomická rovnováha závazku“ ve smyslu ust. § 222 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek se vztahuje k rozložení hospodářského rizika, přičemž toto rozložení plyne z konkrétního nastavení zadávacích podmínek a smlouvy na veřejnou zakázku. Výraz „rovnováha“ tedy nutně nenese příznak vyváženosti, přiměřenosti, ekvivalence poskytovaných plnění či spravedlivého rozložení rizik. Pokud je tedy určitá smluvní podmínka (například splatnost ceny zakázky) nastavena ve smlouvě na veřejnou zakázku určitým způsobem, nelze ji zpětně „zmírnit“ ve prospěch vybraného dodavatele, a to ani tehdy, pokud se taková podmínka jeví v důsledku plynutí času a určitých vnějších okolností tvrdší, než bylo původně zamýšleno. K takové změně v posuzované věci došlo. Lze uzavřít, že změna smlouvy tedy byla jednoznačně podstatná.
- 63 Městský soud nesouhlasí s žalobní námitkou, dle níž s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem případu žalobkyně ve skutečnosti dodavatele nezvýhodnila, naopak, podařilo se jí zachovat smluvní ujednání o výši ceny i přes jejich strmý nárůst v mezidobí. Městský soud i přes možné zvýšení cen v rozhodném období (které soud z důvodu procesní ekonomie blíže neověřoval) konstatuje, že i nadále vnímá vychýlení ekonomické rovnováhy ve prospěch dodavatele, neboť na jeho straně došlo k významnému prodloužení termínu pro splnění ekonomicky nejnáročnější části závazku, nadto získal podstatnou část ceny za dílo již v první splátce. V porovnání s původně sjednanými podmínkami jde o výhodu.
- 64 Městský soud v Praze nemůže přisvědčit žalobkyni, že žalovaný kladl přílišný důraz na konkurenční prvek, postupoval přehnaně formalisticky a v rozporu se zásadou hospodárnosti a přiměřenosti. Městský soud je toho názoru, že žalovaný zcela správně akcentoval především zásadu transparentnosti, když měl za to, že žalobkyně mohla a měla

od počátku stanovit co nejpřesnější parametry a rozsah prací, a to i v rámci EPC projektu. Zásadu transparentnosti přitom žalovaný správně řadí k hlavním principům zákona o zadávání veřejných zakázek, v souladu s důvodovou zprávou k uvedenému zákonu (viz důvodová zpráva k návrhu zákona o zadávání veřejných zakázek, sněmovní tisk č. 363/0). Argumentuje-li žalobkyně zásadami zakotvenými v ust. § 6 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, které mají zadavateli umožnit pořídit co nejlevnější a nejadekvátnější plnění při zachování co nejširší a nejotevřenější soutěže, musí městský soud konstatovat, že žalobkyni se vybalancovat požadavek na hospodárnost při pořizování plnění s požadavkem na zajištění otevřené soutěže nepodařilo, neboť svým postupem dosáhla toho, že princip hospodárnosti byl ve výsledku nadřazen principu otevřenosti soutěže.

- 65 V této souvislosti soud nemůže akceptovat ani dílčí námitky, že tak specifický projekt je schopno realizovat jen velmi omezené množství subjektů, přičemž pro subjekty z jiných členských států EU by zakázka ani nebyla rentabilní. Je vcelku nerozhodné, a ostatně to ani nelze zpětně zjistit, kolik subjektů by se do soutěže skutečně přihlásilo, pokud v zadávacím řízení byly obsaženy podmínky specifikované až v dodatku. Podstatné je, že nelze vyloučit, že by v takové situaci mohla mít soutěž o zakázku jinou podobu.
- 66 Městský soud v Praze nemůže přisvědčit ani žalobní námitce, dle níž žalovaný nesprávně vyložil ust. § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek, zejména odst. 4 až 6, kde dle žaloby nepřiměřeně restriktivně vyložil pojem přípustných změn ve smlouvě. Podle názoru městského soudu žalovaný vyložil předmětné normy zcela řádně, v souladu s cíli právní úpravy veřejného zadávání. Soud nezjistil, že by žalovaný dosah normy nepřipustně zúžil. Soud je ve shodě s žalovaným, že na posuzovaný případ nelze právní dikci ust. § 222 odst. 4 až 6 aplikovat, neboť podmínky dané uvedenými ustanoveními nebyly v případě žalobkyně naplněny. Namítá-li žalobkyně, že uvedená ustanovení mají zadavateli umožnit vyšší flexibilitu v průběhu smlouvy řešit nepředvídatelné komplikace, aniž by musel vynakládat další náklady na realizaci nových výběrových řízení, musí městský soud poukázat na to, že bagatelnost změny nebyla v posuzované věci shledána (jak je odůvodněno výše) a ani existence nepředvídatelných komplikací nebyla zjištěna. Ani doplňující argument směrnicí č. 2014/24/EU není v tomto případě případný, neboť směrnice byla transponována do českého právního řádu a nemá tak přímý právní účinek.
- 67 Městský soud v Praze pak nemůže přisvědčit žalobkyni ani v tom, že v dodatku naplánované posunutí realizace prací je realizací smluvní výhrady ve smyslu § 222 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Není tomu tak, neboť žalobkyně si v zadávacích podmínkách nevyhradila změnu zakázky ze smlouvy natolik jednoznačně, aby splnila zákonné podmínky stanovené pro vyhrazenou změnu závazku. Žalobkyně v zadávacích podmínkách neuvedla, za jakých podmínek může změna nastat, nedefinovala předem přesně, co bude obsahem změny, tj. možnost posunu termínu předání staveniště až po skončení letního provozu hotelu. Naopak, po prostudování smlouvy se soudu jeví, že jasným úmyslem smluvních stran bylo od počátku postupovat tak, aby práce probíhaly za současného provozu hotelu (povinnost dodavatele snášet omezení vyplývající z nepřerušování provozu, povinnost provádět práce takovým způsobem, aby nebyla narušena činnost nájemců prostor atd.); soud nenalezl ve smlouvě žádné ustanovení, které by vyhradilo možnost změnit závazek z důvodu vyčkáání na ukončení letního provozu.
- 68 Městský soud v Praze k tomu připomíná, že ust. § 100 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek stanoví podmínky, které musí být všechny kumulativně naplněny, aby vyhrazená

změna závazku byla platná, tak, že a) zadavatel si musel změnu závazku vyhradit již v zadávací dokumentaci, b) v zadávací dokumentaci musí být podmínky pro změnu a obsah této změny závazku vymezeny jednoznačně, c) změna nesmí měnit celkovou povahu veřejné zakázky. (Srov.: V. Podešva a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. Wolters Kluwer, Praha 2016, § 100). Těmto podmínkám žalobkyně nedostála.

- 69 Městský soud v Praze shrnuje, že žalobkyně ve své argumentaci pomíjí, že charakter změny smlouvy je třeba hodnotit výhradně optikou potenciálního vlivu na výsledek zadávacího řízení. Takový potenciální vliv městský soud shledal, neboť došlo k změně závazného milníku vyplývajícího z harmonogramu plnění, jakož i k změně splátkového kalendáře, v obou případech ve prospěch dodavatele, aniž byly takové změny vyhrazeny postupem dle § 100 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Městský soud uzavírá, že výplata části již přiznaného nároku na udělení dotace ve výši 25 % přiznané výplaty byla žalobkyni v posuzované věci odeprána důvodně.

V. Závěr

- 70 Žalobkyně se svými námitkami tedy neuspěla; jelikož v řízení o žalobě nevyšly najevo žádné vady, k nimž je nutno přihlížet z úřední povinnosti, městský soud zamítl žalobu jako nedůvodnou.
- 71 O náhradě nákladů řízení rozhodl soud v souladu s § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobkyně neměla ve věci úspěch, a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení; žalovanému pak v řízení o žalobě nevznikly žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v ust. § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

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.

Soudní poplatek za kasační stížnost vybírá Nejvyšší správní soud. Variabilní symbol pro zaplacení soudního poplatku na účet Nejvyššího správního soudu lze získat na jeho internetových stránkách: www.nssoud.cz.

Praha 30. listopadu 2022

JUDr. Ladislav Hejtmánek v. r.
předseda senátu