



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Kaniové a soudců JUDr. Josefa Baxy a JUDr. Ivo Pospíšila v právní věci žalobce: **THERMAL-F, a.s.**, se sídlem I. P. Pavlova 2001/11, Karlovy Vary, zastoupen JUDr. Radovanem Bernardem, advokátem se sídlem 28. října 767/12, Praha 1, proti žalovanému: **Ministerstvo životního prostředí**, se sídlem Vršovická 1442/65, Praha 10, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2020, č. j. MZP/2020/330/1305, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 30. 11. 2022, č. j. 6 A 16/2021-50,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á**.
- II. Žalobce **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **n e p ř i z n á v á**.

Odůvodnění:

I.

Vymezení věci

[1] Poskytovatel dotace (Ministerstvo životního prostředí) opatřením ze dne 10. 7. 2020 rozhodl o finanční opravě ve výši 25 % z celkové možné částky dotace použité na financování veřejné zakázky „Poskytování energetických služeb metodou EPC“. Námitky žalobce proti tomuto opatření neshledal žalovaný důvodnými a rozhodnutím ze dne 21. 12. 2020, č. j. MZP/2020/330/1305, toto opatření potvrdil.

[2] Dospěl přitom k závěru, že při zadávání nadlimitní veřejné zakázky došlo k porušení čl. 2.13 Pokynů operačního programu, neboť žalobce umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Toho se dopustil tím, že dne 19. 6. 2019 uzavřel s vybraným dodavatelem dodatek č. 1 ke smlouvě na veřejnou zakázku, kterým došlo mimo jiné ke změně harmonogramu plnění veřejné zakázky. Výsledkem změny harmonogramu bylo odložení skutečného dokončení zakázky o cca jeden kalendářní rok. Dále uvedeným dodatkem provedl změnu splátkového kalendáře, přičemž vybranému dodavateli ke dni 30. 9. 2020 kromě pravidelné splátky poskytl 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.

[3] Tomu se žalobce bránil žalobou podanou k Městskému soudu v Praze, který ji však shora označeným rozsudkem zamítl.

[4] Soud uzavřel, že harmonogram činností po změně poskytl dodavateli přibližně o 50 % více času na samotnou dodávku plnění. Vyšel přitom z toho, že předmět plnění zakázky byl rozdělen do dvou fází: fáze I zahrnovala činnosti spojené s vlastním prováděním prací, fáze II zahrnovala 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 byl 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 žalobcem 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 žalobcem 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.

[5] Ke změně splátkového kalendáře spočívající v poskytnutí mimořádné splátky, soud uvedl, 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.

[6] Tyto změny smluvních podmínek vychýlily ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele (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), a soud je proto vyhodnotil jako podstatné.

II.

Kasační stížnost a vyjádření žalovaného

[7] Rozsudek městského soudu napadl žalobce (stěžovatel) kasační stížností.

[8] Předně namítl, že soud i žalovaný hodnotili jeho námitky nepřiměřeně formalisticky; napadené rozhodnutí je tak v rozporu se zásadou hospodárnosti a přiměřenosti. 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, přičemž posuzované změny nelze hodnotit jako podstatné.

[9] Dále argumentoval, že EPC projekt je schopno uskutečnit jen velmi omezené množství subjektů. Po zjištění nepředvídaných okolností, které měly původ ve stavu objektu, se zadavatel dostal do situace, ve které 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 nebyla řešením – přistoupil proto k uzavření dodatku. Žalovaný (potažmo soud) přílišným zdůrazněním požadavku na transparentnost postupu aplikoval přístup, jenž ve výsledku vede k zásadnímu potlačení ostatních principů veřejného zadávání, tj. hospodárnosti a přiměřenosti. Pokud byl nucen přistoupit k novému zadání celé zakázky, vyvolalo by to nejen zdržení celého projektu, ale též dodatečné náklady na nové řízení. Současně by byla celá realizace vzhledem k posunu cen na trhu výrazně dražší.

[10] Stěžovatel zopakoval, že všechny změny smlouvy, které připustil posuzovaným dodatkem ke smlouvě, byly bagatelní a současně vynucené (tj. nepředvídatelné či jinak nezbytné). Nesouhlasí pak ani s výkladem § 222 odst. 4, 5 a 6 zákona o zadávání veřejných zakázek, které soud spojuje pouze s „*kvantitativní změnou závazku*“ – tj. vyjádřitelnou v penězích, nikoliv například se změnou termínu plnění. I prodloužení termínu plnění, je-li vyvoláno např. nepředvídatelnou okolností, pak dle něj je přípustnou změnou smlouvy, jehož hodnota je dle něj vyjádřena hodnotou dodatečného plnění.

[11] Rovněž nesouhlasil s hypotetickým omezením soutěže, které je mu vytýkáno, přičemž není zohledněno, že k omezení reálné soutěže dojít nemohlo. Pokud totiž správní orgán (a následně soud) uvedl, že daná kvalifikační 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 zajímavá, a to zejména z hlediska jejich možností, nikoli z hlediska termínu či *cash flow*.

[12] Závěrem pak uvedl, že prodloužením časového harmonogramu uskutečnění projektu ani změnou splátkového kalendáře nevznikla na straně dodavatele žádná ekonomická výhoda; rozporoval též, že si ve smlouvě nevyhradil dostatečně určité možnost posunu doby plnění.

[13] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že podanou kasační stížnost považuje za nedůvodnou, přičemž setrval na závěrech uvedených ve vyjádření k žalobě

a v napadeném rozhodnutí, a které odpovídají posouzení soudu uvedeným v napadeném rozsudku. Navrhl proto zamítnutí kasační stížnosti.

III.

Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[14] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že kasační stížnost byla podána včas, směřuje proti rozhodnutí, proti němuž je přípustná, a stěžovatel je řádně zastoupen v souladu s § 105 odst. 2 s. ř. s. Poté přezkoumal napadený rozsudek městského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů, ověřil přitom, zda netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti, a dospěl k následujícímu závěru.

[15] Kasační stížnost **není** důvodná.

[16] Soud, s ohledem na způsob, jakým je v dané věci v převážné části formulována kasační argumentace, považuje za nutné úvodem připomenout, že řízení ve správním soudnictví je ovládáno dispoziční zásadou, což platí i v řízení o kasační stížnosti. S výjimkami uvedenými v § 109 odst. 4 větě za středníkem s. ř. s., je soud vázán důvody vymezenými v kasační stížnosti (§ 109 odst. 4 věta před středníkem s. ř. s.), a proto jasnost a konkrétnost formulace stížnostních bodů a jejich odůvodnění v kasační stížnosti do značné míry předurčuje obsah rozhodnutí kasačního soudu (srov. rozsudek ze dne 23. 6. 2005, č. j. 7 Afs 104/2004 - 54). Rozsudek krajského (městského) soudu je přezkoumáván v intencích kasačních námitek, se zřetelem k důvodům obsaženým v § 103 odst. 1 s. ř. s.

[17] Kasační soud konstatuje, že rozsudek městského soudu (a ani jemu předcházející rozhodnutí žalovaného) není nepřezkoumatelný. Z jeho odůvodnění je plně seznatelné, jaké důvody soud vedly k výroku o zamítnutí podané žaloby (příčemž všechny nosné námitky žalobce soud vypořádal, vždy alespoň implicitně – viz např. rozsudek NSS z 27. 5. 2015, č. j. 6 As 152/2014 - 78, bod 23). Nepřezkoumatelnost nelze vnímat jako subjektivní představu o tom, jak měl městský soud o podané žalobě rozhodnout. O nepřezkoumatelnost nejde tehdy, pokud je námitka, kterou soud hypoteticky pominul, pro posouzení věci zjevně irrelevantní (viz rozsudek NSS ze dne 29. 10. 2020, č. j. 1 Afs 68/2020 - 3). Jde o objektivní překážku, která by Nejvyššímu správnímu soudu bránila závěry městského soudu řádně přezkoumat. Tuto překážku kasační soud neshledal. To platí též pro namítanou nepřezkoumatelnost závěru o zvýhodnění dodavatele (viz strana 10 kasační stížnosti), ke kterému se soud řádně vyjádřil v bodě 63 napadeného rozsudku.

[18] Pro úplnost lze dodat, že účelem řízení o kasační stížnosti není obšírně vyvracet opakující se a prolínající se argumentaci stěžovatele, kterou se již dostatečně zabýval městský soud v napadeném rozsudku (a před ním též žalovaný). Místo toho proto bude kasační soud stručně formulovat své právní závěry k jednotlivým stížnostním celkům (rozčleněno dle obsahu). Ostatně shodně v bodě 36 napadeného rozsudku soud připomněl judikaturu Nejvyššího správního soudu a Ústavního soudu, která se zabývala problematikou přezkoumatelnosti rozhodnutí a z níž vyplývá, že soud není povinen vypořádat každou dílčí námitku, pokud proti jednotlivě vzneseným námitkám vystaví

pokračování

vlastní ucelený argumentační systém, v jehož konkurenci žalobní body jako celek neobstojí.

[19] Nejvyšší správní soud dále uvádí, že námitky shodně vznesené v odvolání (námitkách) a žalobě lze za určitých okolností vypořádat též souhlasným odkazem na to, jakým způsobem byly vypořádány v napadeném rozhodnutí. Shodně viz například rozsudek ze dne 27. 7. 2007, č. j. 8 Afs 75/2005 - 130, č. 1350/2007 Sb. NSS, kde kasační soud řešil naznačenou situaci ve vztahu k přezkoumatelnosti rozsudku krajského soudu; žalobní a odvolací námitky se shodovaly a soud zde odkázal na rozhodnutí žalovaného. Je-li rozhodnutí žalovaného přezkoumatelné a zákonné, není praktické týmiž nebo jinými slovy říkat totéž. Naopak je vhodné správné závěry si osvojit se souhlasnou poznámkou.

[20] Kasační soud předesílá, že stěžovateli se již v předcházejícím řízení (nejpozději pak před městským soudem – viz body 35 a následující napadeného rozsudku) dostalo dostatečné a srozumitelné odpovědi na shora rekapitulované námitky. Stěžovatel v kasační stížnosti nepřináší žádné nové relevantní argumenty, kterými by zpochybňoval vyřčené právní a skutkové závěry městského soudu, namísto toho téměř doslovně opakuje svou již dříve uplatněnou argumentaci, aniž by věcně reflektoval její vypořádání ze strany žalovaného, nebo následně soudu. Řízení o kasační stížnosti před Nejvyšším správním soudem nemůže být „*jakýmsi druhým pokusem ještě jednou a z pohledu stěžovatele lépe uvážit o tomtéž*“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 7. 2019, č. j. 1 Afs 44/2019 - 41). Takto zvolená „*argumentační strategie*“ má v souzené věci své zcela konkrétní důsledky (k tomu viz dále).

[21] Podle čl. 2.13.1 Pokynů operačního programu nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového výběrového řízení.

[22] Podstata nyní souzené věci (těžiště argumentace stěžovatele) pak spočívá v posouzení, zda změny provedené zmíněným dodatkem představují podstatnou nebo nepodstatnou změnu závazku. Pro posouzení charakteru změny závazku lze analogicky použít § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek. Dle odstavce 1 uvedeného ustanovení platí, že „*Není-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákon*“. Odkazované ustanovení rozlišuje dva druhy následné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, a to změnu podstatnou a změnu nepodstatnou.

[23] Podle § 222 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek platí, že „*za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 1*“.

[24] 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*“.

[25] Jak uvedl Nejvyšší správní soud již v rozsudku ze dne 27. 2. 2019, č. j. 6 As 255/2018 - 40, v § 82 odst. 7 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (jenž obsahově odpovídá nyní aplikovanému § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek) byla promítnuta obecná zásada, že zadavatel má povinnost uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku v souladu se zadávacími podmínkami a tyto podmínky není ani následně oprávněn podstatným způsobem měnit. Toto ustanovení bylo do zákona vloženo novelou provedenou zákonem č. 55/2012 Sb. a reprodukuje výklad pojmu „podstatná změna smlouvy“ provedený Soudním dvorem EU v rozsudku ze dne 19. 6. 2008, C-454/06 (Pressetext). *„Změnu 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“* (body 35 – 37 citovaného rozhodnutí) – shodně viz rozsudek městského soudu.

[26] V posuzovaném případě žalovaný (a posléze též soud) shledal změny původní smlouvy provedené dodatkem č. 1 jako podstatné, neboť by v případě použití v původním zadávacím řízení mohly umožnit účast jiných dodavatelů. Stěžovatel v kasační stížnosti proti tomuto závěru argumentuje tím, že provedené změny jsou nepodstatné a nemohly fakticky ovlivnit účast jiných dodavatelů v zadávacím řízení.

[27] Otázka rozlišení podstatné a nepodstatné změny byla judikaturou Nejvyššího správního soudu řešena opakovaně. Ve vztahu k úpravám termínu plnění lze odkázat například na rozsudek ze dne 31. 1. 2019, č. j. 10 As 39/2018 - 37, ve kterém kasační soud potvrdil, že změna v obchodních podmínkách, konkrétně následná úprava termínu plnění, může představovat podstatnou změnu smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách (analogicky lze použít i v nyní souzené věci), která by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast jiných dodavatelů. Určujícím je přitom posouzení, 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 nezhodnotili svou účast v zadávacím řízení.

[28] Shodně v rozsudku ze dne 8. 8. 2019, č. j. 9 As 153/2019- 73, kasační soud uvedl, že *termín dodání (včetně smluvních sankcí za jeho nedodržení) představuje jeden ze zásadních parametrů veřejné zakázky, na základě něhož dodavatelé zvažují svou účast v zadávacím řízení a podobu svých nabídek. Jakákoliv významnější změna těchto parametrů veřejné zakázky by měla být s ohledem na smysl a účel ustanovení § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách v zásadě vyloučena. Jak přeléhavě konstatoval krajský soud, je taktéž zásadně nepřípustné do uzavřené smlouvy zasahovat změnami komplexního charakteru v různých smluvních otázkách, neboť tyto změny by mohly vést k širokým a často zpochybnitelným disputacím o tom, nakolik se jednotlivé změny ve smlouvě vzájemně „vykřívají“. Takto změněná smlouva se poté ještě více odlišuje od smlouvy, která byla v souladu se zadávacími podmínkami s vybraným uchazečem uzavřena. Nejvyšší správní soud nepochybně, že z předmětného dodatku plynou*

pokračování

pro stěžovatelku taktéž určitá pozitiva (zejména zkušební provoz s cestujícími a rozšíření záruky). V důsledku provedené změny byl nicméně režim dodání 4 jednotek, které měly být dle smlouvy dodány nejdříve, výrazným způsobem odlišný od toho, který byl s vybraným dodavatelem sjednán ve smlouvě uzavřené v souladu se zadávacími podmínkami. Ostatní dodavatelé, kteří mohli zvažovat svou účast v zadávacím řízení, přitom tuto okolnost nemohli v době podávání nabídek předpokládat. Skutečnost, že stěžovatelka za úpravu termínu dodání a vzdání se sankce za jeho nedodržení získala určitou protihodnotu, tedy pro posouzení věci nemá zásadní význam. V citovaném rozsudku kasační soud rovněž připomněl, že „Porušení povinnosti zadavatele podstatně nezměnit smlouvu na veřejnou zakázku může být taktéž důsledkem určité neobrátlosti či objektivně nevhodného nastavení zadávacích podmínek.“

[29] Konečně pak tento závěr zaznívá i v rozsudku ze dne 28. 2. 2022, č. j. 7 As 165/2020 - 10, v němž soud posuzoval obdobnou situaci, ve které stěžovatel jednak posunul termín plnění veřejné zakázky, a zároveň prodloužil celkovou dobu, po kterou mohla být veřejná zakázka plněna, o jednu pětinu oproti původně stanovené době plnění. Kasační soud zde uzavřel, že *uvedené faktory jsou z pohledu dodavatelů bezpochyby zásadní v otázkách, jakou podají nabídku, respektive zda ji vůbec podají (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 8. 2019, č. j. 9 As 153/2019 - 73).*“ V podrobnostech pak odkázal na zcela přílehlavou argumentaci krajského soudu, dle níž: *„v případě, že by pravidla ohledně termínu zahájení plnění, termínu ukončení plnění a především celkové doby plnění, jak plynula nakonec ze smlouvy, byla takto stanovena již v zadávací dokumentaci, pak by tato pravidla mohla vést k účasti i jiných dodavatelů, což vede k tomu, že by mohla být vybrána jiná nejvýhodnější nabídka. Byl-li by termín plnění prodloužen už zadávací dokumentací, resp. její změnou před uplynutím lhůty pro podání nabídek např. v důsledku dodatečných informací, na což by dodavatelé svými nabídkami mohli reagovat (už tím, že ji podají), a tedy není vyloučena možnost, že by se jiná doba plnění (společně s jiným termínem zahájení a ukončení plnění) projevila na počtu podaných nabídek i na jejich výhodnosti. Došlo-li ke změně termínu zahájení plnění, termínu ukončení plnění a především celkové doby plnění po podání nabídek pouze ve vztahu k nabídce vybraného uchazeče, mohlo to znemožnit podání nabídek jinými dodavateli, kteří mohli původně stanovený termín plnění a jeho délku považovat za nevyhovující (k faktickému prodloužení lhůt k plnění coby podstatné změně smlouvy též rozsudek zdejšího soudu č. j. 62 Af 10/2017 - 63 ze dne 14. 6. 2018).“*

[30] Výše uvedené závěry se plně uplatní i v nyní souzené věci; kasační soud souhlasí s žalovaným a městským soudem, že posuny termínů plnění shrnuté výše představovaly „podstatnou změnu smlouvy“, která by dle § 222 odst. 3 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně. Opačná argumentace stěžovatele je v této souvislosti zcela obecná a ničím nepodložená. Již na stranách 2 a 4 samotného opatření ze dne 10. 7. 2020 poskytovatel dotace uvedl, že jakkoliv příjemce dotace tvrdí, že posun termínu harmonogramu nemohl mít výše popsáný vliv, neboť všichni dodavatelé schopni dotčenou veřejnou zakázku uskutečnit se zadávacího řízení zúčastnili, tuto skutečnost ničím nepodložil ani neprokázal (shodně pak strana 9 napadeného rozhodnutí, kde žalovaný odkázal na možné další subjekty, u kterých účast nelze *a priori* zcela vyloučit). Tuto námitku pak stěžovatel toliko „zopakoval“ i v kasační stížnosti (viz její strana 9), aniž

by tato svá tvrzení jakkoliv doložil. Nerozhodný je přitom jeho odkaz na selektivně zvolené subjekty daného sdružení (výzkumné instituce), které by se o tuto zakázku z povahy své činnosti neucházely.

[31] Výše uvedený závěr o „podstatné změně smlouvy“ je v nyní posuzované věci nadto umocněn též výraznou změnou platebních podmínek (v podrobnostech viz například bod 59 napadeného rozhodnutí nebo shrnutí provedené výše). Původní platební podmínky bezesporu kladly vyšší nároky týkající se ekonomické síly dodavatele a jeho schopnosti financovat dílčí fáze projektu z vlastních prostředků. Jejich změna výrazně zasáhla do ekonomické rovnováhy, která byla nastavena původní smlouvou. Zcela nedůvodná je argumentace stěžovatele, který poukazuje na dílčí prospěch a úsporu (mimo jiné pak zásadu hospodárnosti), kterých tím dosáhl. Ostatně již v citovaném rozsudku ze dne 8. 8. 2019, č. j. 9 As 153/2019- 73, kasační soud výslovně uvedl, že *„skutečnost, že stěžovatelka za úpravu termínu dodání a vzdání se sankce za jeho nedodržení získala určitou protihodnotu, tedy pro posouzení věci nemá zásadní význam“*. Při posuzování charakteru změny závazku ze smlouvy není tedy na místě poměřovat jednotlivá „pozitiva“ a „negativa“, která změna přinesla, či jejich vzájemnou kompenzaci, neboť tím by jen docházelo k utvrzení závěru, že se výsledná pravidla smluvního vztahu začala od původních smluvních pravidel odlišovat v mnoha směrech (lhostejno, zda ve prospěch zadavatele či nikoli).

[32] Nejvyšší správní soud tedy nesouhlasí s přesvědčením stěžovatele že *„skutečnost, že se soutěže účastnili pouze dva uchazeči, svědčí o tom, že zakázka nebyla pro jiné subjekty na trhu zajímavá, a to zejména z hlediska jejich možností, nikoli z hlediska termínu či cash flow“*. Naopak, ve shodě s žalovaným a městským soudem má za to, že právě časový harmonogram, včetně průběhu první části projektů a požadované ekonomické síly mohly být rozhodujícím kritériem, které vyústily v účast toliko dvou uchazečů. S ohledem na skutkový stav věci nelze minimálně tento závěr vyloučit a stěžovatel opačný závěr mimo obecná tvrzení nijak nedoložil.

[33] Kasační soud se naopak ztotožňuje s městským soudem, že *„charakter změny smlouvy je třeba hodnotit výhradně optikou potenciálního vlivu na výsledek zadávacího řízení“*. Po žalovaném tudíž nelze požadovat, aby zevrubně prokazoval, že v inkriminované době existoval konkrétní dodavatel, který se předmětného zadávacího řízení účastnil, a za upravených podmínek v důsledku dodatku by podal nabídku. V takovém případě by totiž fakticky neprokazoval ohrožení výběru nejvhodnější nabídky, ale již skutečné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, resp. skutečné ovlivnění okruhu účastníků zadávacího řízení (srov. též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 6. 2016, č. j. 4 As 61/2016 - 34).

[34] Naopak argumentace stěžovatele je značně obecná a v principu ničím nepodložená (jak již bylo řečeno výše). V bodě 66 napadeného rozsudku městský soud zcela správně konstatoval, že ze strany příjemce dotace nebylo ani najisto prokázáno, že v souzené věci došlo k *„nepředvídatelné komplikaci“* (shodně též žalovaný na straně 10 napadeného rozhodnutí). Ostatně již na straně 4 opatření ze dne 10. 7. 2020 poskytovatel dotace ve vztahu k uplatněné argumentaci uvedl, že *„ve zmíněném čl. 7 odst. 3 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*

pokračování

údaji, které jsou dle smlouvy výslovně neměnné, což si zadavatel stanovil sám ze své vůle. Právě s ohledem na charakter předmětného řízení měl zadavatel 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, příp. před uzavřením smlouvy. Jestliže si to situace vyžadovala a reálný stav objektu hotelu Thermal nebyl kompatibilní s původně nabízeným řešením, měl zadavatel možnost smlouvu ukončit a zahájit nové zadávací řízení“. Navazující argumentace stěžovatele však zůstala v rovině obecných, ničím nepodložených tvrzení.

[35] Nejvyšší správní soud přitom připomíná (viz rozsudek ze dne 8. 8. 2019, č. j. 9 As 153/2019- 73), že pojem *nepředvídané okolnosti* (uvedený v § 222 odst. 6 zákona o zadávání veřejných zakázek nebo též bod 2.13.4 pokynů operačního programu) se týká okolností, jež nemohl zadavatel předpokládat ani přes přiměřeně pečlivou přípravu zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku při zohlednění jemu dostupných prostředků, povahy a vlastností konkrétního projektu, osvědčených postupů v dotčené oblasti a potřeby zajistit vhodný poměr mezi zdroji vynakládanými na přípravu zadání zakázky a její odhadovanou hodnotou. Zpravidla se bude jednat o okolnosti objektivního charakteru (nepředvídané technologické, legislativní, přírodní či společenské změny), nelze však vyloučit, že k nepředvídaným okolnostem může dojít též na straně zadavatele či vybraného uchazeče. Kupříkladu změnu platebního rozvrhu však stěžovatel bez vazby na výše uvedené odůvodňoval tím, že *„úprava financování projektu byla provedena tak, aby mohly být uplatněny v rámci přiznané dotace veškeré způsobilé výdaje. Ke zrychlení plateb bylo dále přistoupeno s ohledem na související potřebu uplatnění DPH ze strany příjemce“*.

[36] Souhlasit lze i se závěrem městského soudu uvedeným v bodě 67 napadeného rozsudku, že stěžovatel nemohl využít ani 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. To mimo jiné s ohledem na nastavení zadávacích podmínek, které nebyly natolik jednoznačné, aby jejich využití v tomto případě umožnily (v podrobnostech viz dále zcela shodně též strana 4 opatření poskytovatele dotace ze dne 10. 7. 2020, nebo strana 10 rozhodnutí žalovaného). Ustanovení zadávací dokumentace, v němž si zadavatel *„vybrazuje právo změnit termín realizace s ohledem na potřeby zajištění provozu objektu“*, v tomto ohledu neobstojí. Právě § 100 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek přitom umožňuje změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku; to však za podmínky řádného a jednoznačného vymezení (a zachování celkové povahy veřejné zakázky), přičemž uvedené ustanovení vyloženě odkazuje na možnou změnu rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek. V režimu vyhrazených změn závazku pak jde o taková ujednání, která umožňují i změnu kvalitativních parametrů dohody, za současného dodržení požadavku na předvídatelnost a tedy transparentnost ve vztahu jak k příčinám, tak i následkům pro zájemce o danou zakázku (shodně viz body 68 a 69 napadeného rozsudku).

[37] Na výše uvedeném pak nemůže nic změnit ani opakované odkazy na směrnici č. 2014/24/EU a dovolávání se eurokonformního výkladu. Jak správně uvedl již městský soud v bodě 66 napadeného rozsudku, směrnice byla do českého právního řádu plně transponovaná, a nemá tak přímý účinek. Samotné posouzení „významnosti“ posuzovaných změn Nejvyšší správní soud provedl s ohledem na svou ustálenou

rozhodovací praxi; ve vztahu k uplatnění argumentaci kasačnickému soudu není jasné, z čeho stěžovatel dovozuje její nesprávnost, nezákonnost a že by „správné“ uplatnění eurokonformního výkladu vedlo v souzené věci k opačnému závěru.

[38] Podstatnou část žalobní (viz strana 6 a následující) a následně též kasační (viz též strana 6 a následující) argumentace věnuje stěžovatel obecně výkladu § 222 odst. 4 – 6 zákona o zadávání veřejných zakázek. Ačkoliv se jí městský soud dílem věnoval (nad rámec posouzení rozhodných skutečností v této věci), kasační soud tuto polemiku považuje za irelevantní. Uvedené ustanovení představuje sadu kumulativních podmínek dovolených změn závazku (shodně viz rozsudek ze dne 28. 11. 2019, č. j. 2 As 265/2018 - 43). Jedná se o výjimky, jejichž splnění musí nejenom tvrdit, ale též prokázat zadavatel (stěžovatel).

[39] V nyní souzené věci však stěžovatel poskytovateli dotace aplikaci uvedených ustanovení, potažmo odpovídajícího bodu 2.13.4 Pokynu operačního programu, netvrdil (mimo níže uvedené) ani naplnění jednotlivých podmínek neprokázal – a žalovaný se hypotetickými úvahami ani věcně nemohl zabývat. Toliko v posledním odstavci námitek příjemce dotace k posuzovanému opatření ze dne 28. 7. 2020 stroze uvedl, že *„jsme navíc přesvědčeni, že popsány změnami smluvní dokumentace nedošlo k umožnění podstatné změny ve smyslu čl. 2.13.1 Pokynů. Naopak jsou zcela naplněny podmínky dle odst. 2.13.4 Pokynů, podle nichž za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na zakázku nelze považovat změnu (i) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, (ii) nemění celkovou povahu zakázky (iii) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku“*, aniž by uvedené jakkoliv rozvedl či doložil (k tomu viz bod 33 tohoto rozsudku). Naopak po celou dobu správního řízení jeho argumentace směřovala k posouzení „podstatnosti“ změn ve smyslu bodu 2.13.1 Pokynu operačního programu, potažmo § 222 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek.

[40] Na odkazovaných stranách žaloby a následně kasační stížnosti stěžovatel obecně poukázal na restriktivní výklad uvedených ustanovení ze strany poskytovatelů dotace a Úřadu na ochranu hospodářské soutěže (který v této věci nadto ani nijak nevystupuje), aniž by tato argumentace měla přímou vazbu na nyní posuzovaný případ, neřkuli že by naplnění těchto podmínek stěžovatel jakkoliv doložil. Z tohoto důvodu se kasační soud uvedenou argumentací mimo níže uvedené dále nezabýval.

[41] Žalovanému nelze vytýkat, že se nezabýval aplikací § 222 odst. 4 – 7 zákona o zadávání veřejných zakázek na nyní posuzovaný případ již proto, neboť žadatel o dotaci příslušnou argumentaci řádně ani neuplatnil (shodně též rozsudek ze dne 28. 12. 2022, č. j. 10 As 120/2021 - 48, dle kterého *„Nelze ale od soudu žádat, aby označil za nezákonné závěry úřadu, pokud sám zadavatel neposkytl úřadu před vydáním rozhodnutí všechny potřebné informace“*). Skutečnosti, na jejichž základě zadavatel dotčené změny provedl, může zpravidla prokázat jen on sám, neboť jen on ví, co jej k provedení změny vedlo. Mimo teoretickou polemiku s výkladovou praxí žalovaného a Úřadu na ochranu hospodářské soutěže tak stěžovatel ostatně neučinil ani v řízení před městským soudem.

[42] Kasační soud tedy uzavírá, že bylo svobodným rozhodnutím stěžovatele o dotaci požádat a následně je jeho povinností, stejně jako jakéhokoliv jiného subjektu v jeho postavení, podmínky této dotace dodržovat. Ve shodě s citovaným rozsudkem ze dne 8. 8. 2019, č. j. 9 As 153/2019- 73, lze dodat, že příjemce dotace, zde v postavení zadavatele veřejné zakázky, má relativní volnost v tom, jaké podmínky plnění, včetně finančního

pokračování

rozvrhu v rámci zadávacího řízení zvolí. Je však následně jeho povinností tato pravidla, která si sám nastavil (a která vůči zájemcům o danou zakázku avizoval), dodržovat. Jejich následná změna je vyhrazena za splnění zákonných podmínek (které musí zadavatel prokázat) pro výjimečné případy. V případě nevhodně nastavených podmínek a přistoupení dalších skutečností pak mnohdy nelze postupovat jinak, než provést nové zadávací řízení.

[43] Nelze přitom přistoupit na obecný argument, že provedení nového zadávacího řízení by vedlo ke zdržení a znamenalo by dodatečné náklady, neboť to platí vždy - univerzálně. Naopak přitakáním této argumentaci by došlo k nepřipustnému rozšíření situací (zákonem přísně regulovaných), ve kterých může zadavatel dodatečně změnit původní „pravidla hry“, a současně *de facto* vyprázdnění § 222 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, dle něhož zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení.

IV. Závěr a náklady řízení

[44] Nejvyšší správní soud neshledal námitky stěžovatele důvodnými. Jelikož v řízení nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž musí soud přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s.).

[45] O náhradě nákladů řízení soud rozhodl podle § 60 odst. 1 za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti, neboť ve věci neměl úspěch. Žalovanému žádné náklady nad rámec jeho úřední činnosti nevznikly, a proto mu soud náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznal.

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

V Brně dne 18. dubna 2023

JUDr. Lenka Kaniová
předsedkyně senátu