



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Radana Malíka a soudců JUDr. Štěpána Výborného a JUDr. Tomáše Herce v právní věci žalobkyně: **a) Inženýring dopravních staveb a.s.**, se sídlem Branická 514/140, Praha 4, zast. Mgr. Vítém Plichtou, advokátem se sídlem Strossmayerovo náměstí 977/2, Praha 7, **b) Inženýring TKB a.s.**, se sídlem Branická 514/140, Praha 4, zast. Mgr. Ing. Janem Procházkou, advokátem se sídlem Ovocný trh 572/11, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 3. 4. 2023, č. j. ÚOHS-12479/2023/161, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost**, se sídlem Sokolovská 42/217, Praha 9, zast. Mgr. Františkem Korbelem, advokátem se sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně a) a žalobkyně b) proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 4. 4. 2024, č. j. 62 Af 15/2023-197,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků řízení ani osoba zúčastněná na řízení **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Osoba zúčastněná na řízení (dále jen „zadavatel“) jako veřejný zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“), zahájila dne 18. 7. 2022 otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „*Výkon kontrolní a supervizní činnosti investora*“ (dále jen „veřejná zakázka“ nebo „zadávací řízení“).

[2] Předmětem plnění veřejné zakázky byl výkon nezávislé a externí kontroly Technického dozoru investora (dále jen „TDI“). Tento aktuálně zabezpečuje dozorovou, inženýrskou a poradenskou činnost pro zadavatele v rámci vybraných úseků stavby metra

D (dále též „akce“). Součástí veřejné zakázky byla opce umožňující zadavateli požadovat od vybraného dodavatele úpravu charakteru nebo rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky jakožto vyhrazená změna závazku podle § 100 zákona o zadávání veřejných zakázek. Obsah opce lze shrnout tak, že v případě právního nebo faktického ukončení činnosti stávajícího dodavatele TDI by namísto kontroly TDI měla být poskytována služba samotného TDI. Neboli veřejná zakázka odlišila výkon činnosti revizora TDI jakožto „základní plnění“ a výkon činnosti TDI jako „opční plnění“.

[3] Dne 7. 9. 2022 podala žalobkyně b) námitku proti postupu zadavatele podle § 241 zákona o zadávání veřejných zakázek. Namítla, že požadavky na členy realizačního týmu jsou diskriminační, nemají relevanci pro poskytnutí plnění a nedůvodně omezují dodavatele podílet se na veřejné zakázce. Dále namítala porušení § 100 zákona o zadávání veřejných zakázek, protože případná změna závazku dle vyhrazené opce by změnila celkovou povahu veřejné zakázky. Rovněž rozporovala způsob, jakým je konstruována nabídková cena. Zadávací podmínky jsou rovněž neurčité, bez zákonné opory diskriminují určitý okruh dodavatelů a není z nich zřejmá četnost stanovisek předávaných zadavateli. Stejně tak žalobkyně a) podala námitku proti postupu zadavatele, v níž namítla, že jí zadavatel nepřiměřenými, diskriminačními a nerovnými zadávacími podmínkami znemožňuje podat řádnou nabídku a účastnit se zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Žalobkyně a) brojila především proti zadávací podmínce, podle které smlouva nesměla být uzavřena s osobou, která se podílela či podílí na přípravě projektové dokumentace akce nebo na této akci vykonává TDI pro zadavatele (z tohoto důvodu se sama nemohla zadávacího řízení zúčastnit). Zadavatel záměrně sloučil dvě odlišná plnění, přestože realizace jednoho plnění (předmět veřejné zakázky) ze své podstaty vylučuje druhé plnění (opční plnění).

[4] Zadavatel námitky žalobkyň odmítl, a to zčásti pro opožděnost, věcnou neopodstatněnost a zčásti pro neprokázání vzniklé či hrozící újmy. Podle zadavatele je vyhrazená změna závazku v souladu s § 100 zákona o zadávání veřejných zakázek. Celková povaha veřejné zakázky musí být chápána jako věcná charakteristika plnění veřejné zakázky v kontextu s potřebou zadavatele, kterou má naplňovat. Případné plnění závazku ve smyslu vyhrazené změny má navíc být pouze dočasné, přičemž základní plnění by po tuto dobu nemohlo být poskytováno (dodavatel by neměl koho kontrolovat). Zadávací podmínky nejsou ani v rozporu se zásadami nediskriminace a přiměřenosti. Rovněž podmínky bránící střetu zájmů považoval za odůvodněné a přiměřené s tím, že odráží objektivní potřeby zadavatele.

[5] Obě žalobkyně podaly k žalovanému návrhy na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, které spojily s návrhy na nařízení předběžného opatření spočívajícího v uložení zakazu pokračovat v zadávacím řízení, resp. zakazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení. Žalovaný rozhodnutími ze dne 12. 10. 2022, č. j. ÚOHS-35613/2022/500 a č. j. ÚOHS-35616/2022/500, návrhy na nařízení předběžného opatření zamítl. Usnesením ze dne 1. 11. 2022, č. j. ÚOHS-38462/2022/535, spojil řízení o návrzích do jednoho řízení.

[6] Rozhodnutím ze dne 13. 1. 2023, č. j. ÚOHS-01899/2023/500 (dále jen „rozhodnutí o návrzích“), žalovaný oba návrhy zamítl. Žalovaný dospěl k závěru, že žalobkyni a) mohla hrozit či vzniknout újma, a proto byla oprávněna podat své námitky i následný návrh. Neztotožnil se se závěrem zadavatele o opožděnosti některých námitek. Zadavatel se ovšem

pokračování

i k těmto námitkám věcně vyjádřil, žalovanému tudíž nic nebránilo, aby v těchto otázkách věcně posoudil správnost rozhodnutí o námitkách. Žalovaný nepovažoval požadavky na jednotlivé členy realizačního týmu dodavatele vzhledem k charakteru, rozsahu a složitosti veřejné zakázky týmu za excesivní. Ve vztahu k zahraničním osobám jsou rovněž zadávací podmínky nastaveny v souladu se zákonem a nepůsobí vůči nim diskriminačně. Žalovaný dále shledal, že obsah plnění je v zadávací dokumentaci popsán dostatečně, takže umožňoval dodavatelům předložit kvalifikované a porovnatelné nabídky. K vyhrazené změně závazku žalovaný uvedl, že náplň činností spadajících pod supervizi TDI a náplň činností v případě vyhrazené změny závazku je obdobný. Pojem „celková povaha veřejné zakázky“ je obsahově širší než pojem „povaha předmětu veřejné zakázky“ a reflektuje potřebu zadavatele, kterou se snaží uspokojit zadáním veřejné zakázky. Odlišné určení ceny plnění v případě vyhrazené změny závazku nemá za následek změnu celkové povahy veřejné zakázky. Žalovaný považoval za odůvodněnou i zadávací podmínku, která zakazuje uzavření smlouvy se subjekty, u nichž by vznikl střet zájmů.

[7] K rozkladům žalobkyně předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 3. 4. 2023, č. j. ÚOHS-12479/2023/161, rozhodnutí o návrzích potvrdil a rozklady zamítl. Vyhrazená změna závazku splňuje podle předsedy žalovaného podmínky § 100 zákona o zadávání veřejných zakázek. Potřebou zadavatele je v posuzované věci řádný průběh stavební akce a vyhrazená změna závazku představuje transparentní dočasné řešení případného výpadku služeb TDI. Tvrzená nezákonnost vyhrazené změny závazku navíc není takovou vadou zadávacího řízení, která by měla vést k jeho zrušení. Nejedná se totiž o výhradu excesivní. Požadavky na personál podílející se na zakázce (praxe a znalost českého jazyka) považoval předseda žalovaného za přiměřené a nároky na personál se zahraničním vzděláním za nediskriminační. Požadavek na uvedení předpokládané časové dotace jednotlivých činností nezpůsobuje neporovnatelnost nabídkových cen. Rozdíly v nabídkových cenách s ohledem na jejich absolutní výši nepovažoval předseda žalovaného za natolik významné, aby založily pochybnosti o porovnatelnosti nabídek. Zadávací podmínky nejsou ani ve vztahu k zamezení střetu zájmů neurčité či přehnaně přísné, stejné osoby by mohl zadavatel ze zadávacího řízení vyloučit podle § 79 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Povinnost poskytnout zadavateli v případě potřeby stanovisko, ačkoliv nejsou předem jasné dány četnost a rozsah takové povinnosti, pak nepředstavuje ujednání, které by bránilo v ocenění předmětu plnění, natož v účasti v zadávacím řízení.

[8] Žalobkyně proti rozhodnutí předsedy žalovaného brojily žalobami, s nimiž spojily návrhy na předběžná opatření. Krajský soud v Brně (dále jen „krajský soud“) předběžným opatřením zadavateli zakázal uzavřít smlouvy na veřejnou zakázku. Žaloby následně spojil ke společnému projednání a shora specifikovaným rozsudkem je zamítl.

[9] Krajský soud neshledal, že by vyhrazená změna závazku měnila celkovou povahu veřejné zakázky. Pojem „povaha předmětu zakázky“, na který odkazují žalobkyně, není shodný s pojmem „celková povaha veřejné zakázky“. Ten je třeba vykládat širěji podle materiálního obsahu zadavatelova požadavku a dominantní povahy popotávaného plnění. Primární potřebou zadavatele je v dané věci zajistit výkon kontrolní (revizní) činnosti, resp. také činnosti inženýrské a poradenské na stavební akci, přičemž jednotící účel základní i opční činnosti je totožný. Shodně sledují primární zájem zadavatele na výkonu kontrolní (revizní) činnosti nad průběhem stavby a činí tak obdobným způsobem (kupř. kontrolou

faktur, harmonogramů, souladu s technickými normami apod.), ve shodných oblastech (technický dohled nad řádným průběhem stavební akce) a na základě totožné odborné způsobilosti (dle čl. 8.4 zadávací dokumentace zadavatel považuje za rovnocenné referenční zakázky, na nichž se dodavatelé podíleli buď na výkonu činnosti TDI, anebo revizora TDI). Poptávané služby je schopen splnit stejný okruh dodavatelů. Krajský soud shrnul, že jde o služby věcně shodného charakteru, které uspokojují tutéž primární potřebu zadavatele, a proto vyhrazená změna závazku nemění celkovou povahu veřejné zakázky ve smyslu § 100 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek.

[10] Žalobkyněmi zpochybněné zadávací podmínky (délka zkušeností členů realizačního týmu, znalost českého jazyka na úrovni B2 u klíčových členů týmu a způsob prokazování kvalifikace zahraničních členů týmu) považoval krajský soud za přiměřené, odůvodněné a nediskriminační. Zadávací podmínky v části týkající se střetu zájmů pak mají stejné účinky jako § 79 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Zadávací podmínky nejsou neurčité ani stran určení nabídkové ceny. Krajský soud nepřisvědčil námitce žalobkyně a), podle které byl zadavatel veden zjevným úmyslem vyloučit ji z jakékoli účasti na realizaci stavební akce. Její argumentace je obecná a nepodložená důkazními prostředky a vyjadřuje její subjektivní dojmy. Navíc směřuje ke skutkovým okolnostem existujícího smluvního vztahu výkonu činnosti TDI, který není předmětem nyní posuzované věci.

II. Kasační stížnost stěžovatelky a)

[11] Žalobkyně a) [dále jen „stěžovatelka a)“] podává proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“).

[12] Stěžovatelka a) předně namítá, že se krajský soud nevypořádal s porušením krajským soudem uloženého předběžného opatření zadavatelem. Krajský soud také stěžovatelku a) zkrátil na jejích právech, jelikož jí spojením věcí odejmul oprávnění osoby zúčastněné na řízení v řízení o žalobě žalobkyně b).

[13] Krajský soud podle stěžovatelky pochybil při posouzení vyhrazené změny závazku. Krajský soud nezohlednil evropskou právní úpravu, přestože bod 109 preambule směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/24/EU, o zadávání veřejných zakázek a zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „směrnice o zadávání veřejných zakázek“), dává jasný výklad pojmu „*povaha veřejné zakázky*“. Vyhrazená změna závazku v posuzované věci mění povahu veřejné zakázky a bylo možno předpokládat její dopad na výsledek zadávacího řízení i na okruh dodavatelů. Stěžovatelka a) doložila, že jde o odlišná plnění obsahem i způsobem nacenění a argumentace potřebou zadavatele je nedostatečná. Potřeba zadavatele navíc nebyla definována v zadávacích podmínkách. Názor krajského soudu, podle něhož je okruh dodavatelů v případě obou plnění totožný, je nesprávný. Rovněž podle komentářové literatury by nemělo vyhrazenou změnou závazku dojít k tomu, že předmětem plnění bude něco jiného, než bylo předmětem zadávacího řízení. Potřebou zadavatele byla kontrola TDI, předmětem vyhrazené změny závazku je ale samotná činnost TDI. Pokaždé tedy jde o jinou potřebu zadavatele, jedna činnost nahrazuje druhou a navzájem se vylučují. S ohledem na vyšší hodnotu plnění v případě činnosti TDI je navíc dodavatel motivován k tomu, aby nahradil současného dodavatele TDI. Jelikož jde o sektorovou zakázku, umožňuje § 173

pokračování

zákona o zadávání veřejných zakázek prakticky bez omezení navyšovat plnění vyhrazené změny závazku. Tuto argumentaci stěžovatelka uvedla již v žalobě, krajský soud ji ovšem nevypořádal. Stěžovatelka a) obsáhle cituje z rozhodnutí žalovaného ze dne 18. 2. 2020, č. j. ÚOHS-05497/2020/531/MHo. Stěžovatelka a) namítá, že cenu opčního plnění nelze podle zadávacích podmínek jednoznačně určit, a nesouhlasí s názorem krajského soudu, podle něhož není odlišná cenotvorba hlavního a opčního plnění pro posouzení celkové povahy veřejné zakázky důležitá. Nesouhlasí ani s tím, že vyjádření zadavatele v rozhodnutí o námitkách nevedlo ke změně zadávacích podmínek.

[14] Stěžovatelka a) namítá, že ustanovení zadávacích podmínek o střetu zájmů se od zákonné úpravy v § 79 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek liší, jelikož bez dalšího stanovují, jaký subjekt bude ze zadávacího řízení vyloučen, aniž by byly zkoumány protichůdné zájmy. Článek 5.15. návrhu příkazní smlouvy zahrnuje jakýkoliv subjekt, který kdy spolupracoval se stěžovatelkou, tedy většinu relevantního trhu. Krajský soud se také nedostatečně vypořádal s námitkou nesprávného nastavení kvalifikačních kritérií u požadované praxe členů realizačního týmu a znalosti českého jazyka. Realizace činnosti v tuzemsku bez dokladu vystaveného Českou komorou autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě (dále též „ČKAIT“) není možná, jakýkoliv doklad ze zahraničí tedy není akceptovatelný.

III. Kasační stížnost stěžovatelky b)

[15] Žalobkyně b) [dále jen „stěžovatelka b)“] podává proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s.

[16] Stejně jako stěžovatelka a) namítá i druhá stěžovatelka odlišnost zadávacích podmínek směřujících proti střetu zájmů od úpravy obsažené v § 79 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Oproti zákonné úpravě zadávací podmínky nepředpokládají dokazování ze strany zadavatele, což dokládá rozhodnutí o vyloučení stěžovatelky a) ze zadávacího řízení.

[17] Stěžovatelka b) považuje za nesprávné právní posouzení „celkové povahy veřejné zakázky“. Krajský soud pominul definiční ustanovení bodu 109 preambule směrnice o zadávání veřejných zakázek, z níž vyplývá, že záměna činnosti kontroly TDI za samotnou činnost TDI je změnou povahy veřejné zakázky. Není ani zřejmé, podle čeho krajský soud určil základní potřebu zadavatele, která měla být veřejnou zakázkou uspokojena. Základní potřebou je provozování metra D a stěžovatelce není zřejmé, z jakého důvodu krajský soud základní potřebu zadavatele zúžil jen na kontrolní činnost. Krajský soud nevypořádal námitku odkazující na rozhodovací praxi žalovaného, přestože z rozhodnutí žalovaného ze dne 18. 2. 2020, č. j. ÚOHS-05497/2020/531/MHo, vyplývá, že vyhrazená změna závazku nesplňuje podmínky § 100 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek.

[18] Stěžovatelka b) namítá, že se krajský soud nedostatečně vypořádal s námitkami nepřiměřenosti kvalifikačních požadavků. Délka praxe nemá s ohledem na povahu a předmět veřejné zakázky žádnou vypovídací hodnotu a je nedůvodně diskriminující. Zadávací podmínky jsou v otázce dokládání kvalifikace nejasné, což potvrzuje krajský soud, podle něhož zadavatel umožňuje požadovanou kvalifikaci doložit i zahraničními doklady,

tedy širěji než pouze osvědčením vydaným ČKAIT. Takové doklady ale nikdy nemohou povolení ČKAIT nahradit. Stěžovatelka trvá na tom, že každý dodavatel může z důvodu nedostatečné specifikace zadávacích podmínek dospět k jinému způsobu nacenění, pokud jde o časovou dotaci a cenu za hodinu práce, a přesto nabídnout shodnou cenu. Výrazné rozdíly mohou být v případě víceprací, protože každý z dodavatelů nabízí jiný rozsah plnění. Krajský soud se také nevypořádal s námitkou rozporných tvrzení zadavatele.

IV. Vyjádření žalovaného a osoby zúčastněné na řízení (zadavatele)

[19] Žalovaný ve vyjádření ke kasačním stížnostem uvádí, že řízení o žalobách obou stěžovatelek krajský soud spojil v souladu se zákonem a práva stěžovatelky a) nebyla nijak zkrácena. Proti uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky navzdory předběžnému opatření se stěžovatelka a) mohla bránit návrhem na uložení zákazu plnění smlouvy podle zákona o zadávání veřejných zakázek, na zákonnost nyní vedeného soudního řízení uzavření smlouvy nemůže mít vliv.

[20] V náhledu na celkovou povahu veřejné zakázky se žalovaný zcela ztotožňuje s posouzením krajského soudu. Odkazovaný bod 109 preambule směrnice se týká nepředvídaných změn a do českého právního řádu byl transponován § 222 zákona o veřejných zakázkách, netýká se tedy vyhrazené změny závazku a definice pojmu „*celková povaha veřejné zakázky*“ v něm není obsažena.

[21] Zadávací podmínky týkající se střetu zájmů stanoví, koho bude zadavatel považovat za subjekt s protichůdným zájmem, důkazního břemene jej nezbavují. Zadávací podmínky týkající se předchozí praxe a znalosti českého jazyka žalovaný považuje za spíše mírné a rozumně nastavené. Pokud jde o zadávací podmínku týkající se doložení oprávnění, stěžovatelka b) podle žalovaného zadávací podmínky uměle komplikuje, zadavatel primárně požaduje osvědčení o autorizaci vydané ČKAIT. U zahraničních osob pak požaduje doklady o kvalifikaci ze země získání kvalifikace, které by byly tak jako tak podkladem pro osvědčení o registraci.

[22] Zadavatel ke kasační argumentaci obecně uvádí, že stěžovatelky zákon o zadávání veřejných zakázek vykládají nejrigidnějším možným způsobem, který pomíní potřebu efektivního uspokojování potřeb zadavatelů a fakticky vyprazdňuje institut vyhrazených změn. Bod 109 preambule směrnice o zadávání veřejných zakázek podle zadavatele nepodává žádný univerzální výklad toho, co je míněno celkovou povahou veřejné zakázky. Zadavatel se ztotožnil s výkladem tohoto pojmu předestřeným krajským soudem. Ztráta postavení osoby zúčastněné na řízení, která nastala v důsledku spojení řízení o žalobách obou stěžovatelek v řízení před krajským soudem, je zákonem předvídaným důsledkem zákonného postupu krajského soudu.

V. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[23] Nejvyšší správní soud konstatuje, že kasační stížnosti jsou přípustné, byly podány osobami k tomu oprávněnými, včas a z důvodů, které zákon připouští. Stěžovatelky jsou zastoupeny advokáty. Kasační soud přezkoumal rozsudek krajského soudu v mezích

pokračování

rozsahu kasačních stížností a v nich uplatněných důvodů, jakož i z hlediska možných vad, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[24] Kasační stížnosti nejsou důvodné.

V.a Námitky nepřezkoumatelnosti a procesních vad v řízení před krajským soudem

[25] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil, zda je rozsudek krajského soudu přezkoumatelný. Nepřezkoumatelný rozsudek zpravidla vůbec nenabízí prostor k úvahám o námitkách věcného charakteru, a je tudíž nezbytné jej zrušit.

[26] Za nepřezkoumatelné (pro nedostatek důvodů) lze označit zejména takové rozhodnutí, v němž soud zcela opomene vypořádat některou z uplatněných námitek (viz například rozsudky NSS ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004-73, č. 787/2006 Sb. NSS), resp. pokud z jeho odůvodnění není zřejmé, proč soud nepovažoval za důvodnou právní argumentaci a proč námitky účastníka považuje za liché, mylné nebo vyvrácené, a to zejména tehdy, jde-li o právní argumentaci, na níž je postaven základ žaloby (viz rozsudek NSS ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005-44, č. 689/2005 Sb. NSS). Konstatování nepřezkoumatelnosti by mělo být vyhrazeno opravdu výjimečným případům, kdy není z odůvodnění napadeného rozhodnutí vůbec patrné hodnocení podstatných důvodů či skutečností (srov. usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 5. 12. 2017, č. j. 2 As 196/2016-123, č. 3668/2018 Sb. NSS, bod 29). Povinnost řádného odůvodnění přitom neznamená povinnost podrobně odpovědět na každý dílčí argument účastníka řízení, postačí proti námitkám účastníka řízení postavit vlastní argumentační celek, v jehož konkurenci námitky jako celek neobstojí (srov. nálezy ÚS ze dne 12. 2. 2009, sp. zn. III. ÚS 989/08, a ze dne 14. 8. 2019, sp. zn. II. ÚS 222/18, obdobně rozsudky NSS ze dne 27. 2. 2019, č. j. 8 Afs 267/2017-38, bod 16, nebo ze dne 30. 3. 2023, č. j. 9 As 123/2022-55, bod 12). S ohledem na tyto principy Nejvyšší správní soud považuje rozsudek krajského soudu za přezkoumatelný.

[27] Stěžovatelky namítají, že se krajský soud nevypořádal s částmi jejich argumentace, dle níž vyhrazená změna závazku měla za následek změnu v předmětu plnění. Krajský soud se ovšem v bodech 18 až 24 napadeného rozsudku obsáhle zabýval tím, proč pojem „celková povaha veřejné zakázky“ nelze zaměňovat s pojmem „povaha předmětu plnění“. V této části odůvodnění předestřel vlastní ucelenou argumentaci k výkladu pojmu „celková povaha veřejné zakázky“, ze které je mimo jiné zřejmé, že změna předmětu plnění nutně nemusí znamenat změnu celkové povahy veřejné zakázky. Krajský soud rovněž zřetelně vysvětlil, proč v posuzované věci vyhrazená změna závazku odpovídala zákonným parametrům. Krajský soud se zabýval povahou základního i opčního plnění a dospěl k závěru, že jejich sloučení v jedné veřejné zakázce prostřednictvím vyhrazené změny závazku není v rozporu se zákonem, výslovně se v bodu 26 napadeného rozsudku zabýval i odlišnou finanční odměnou v případě opčního plnění. V tomto ohledu tedy napadený rozsudek nelze považovat za nepřezkoumatelný, na čemž nic nemění, nevypořádal-li krajský soud každé dílčí žalobní tvrzení.

[28] Stěžovatelka b) dále namítá, že se krajský soud nevypořádal s rozporem obecného vyjádření žalovaného a následného posouzení věci. Krajský soud se přísně vzato k tomuto

rozporu skutečně nevyjádřil, současně však v bodu 29 napadeného rozsudku zřetelně konstatoval, že vychází z předpokladu, že veškeré zadávací podmínky vážící se k účasti dodavatele v zadávacím řízení omezují okruh potenciálních dodavatelů, přičemž následně posoudil přiměřenost takových podmínek v přezkoumávaném (konkrétním) zadávacím řízení. Krajský soud výslovně akceptoval stěžovatelkou b) namítaný rozpor jako nevyhnutelný důsledek určitých zadávacích podmínek, přičemž stěžovatelkou b) zpochybněné zadávací podmínky posoudil z hlediska jejich přiměřenosti i důvodnosti. Nejvyšší správní soud tak ani ve vztahu k tomuto žalobnímu důvodu neshledal nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku, neboť i zde se uplatní pravidlo, že opomenutí dílčí žalobní námitky nezpůsobuje nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku, pokud proti žalobní argumentaci soud postaví vlastní argumentační celek.

[29] Nejvyšší správní soud neshledal v řízení před krajským soud ani namítané procesní vady.

[30] Stěžovatelka a) vytýká krajskému soudu, že se v napadeném rozsudku nijak nevyjádřil k tvrzenému porušení předběžného opatření zadavatelem. Zadavateli bylo předběžným opatřením krajského soudu zakázáno uzavřít smlouvu s vybraným dodavatelem. Smlouva byla v den doručení usnesení o předběžném opatření přesto uzavřena a následně zveřejněna v registru smluv, čímž nabyla účinnosti. Soud ovšem přezkoumává v mezích žalobních bodů napadené výroky rozhodnutí (§ 75 odst. 2 s. ř. s.), a činí tak na základě skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). Stěžovatelkou popisované jednání stojí zcela mimo rozhodnutí žalovaného a současně nastalo až po vydání rozhodnutí žalovaného. Uvedené jednání zadavatele tedy nespadá do rozsahu přezkumu žalovaného rozhodnutí. Krajský soud nepochybil, pokud se k uvedeným skutečnostem v napadeném rozsudku nevyjádřil.

[31] Procesní vadu v řízení před soudem spatřuje stěžovatelka a) rovněž ve spojení řízení o žalobách obou stěžovatelek. Zatímco před spojením věcí každá z obou stěžovatelek v jednom řízení vystupovala jako žalobkyně a ve druhém jako osoba zúčastněná na řízení, po spojení věcí o postavení osob zúčastněných na řízení přišly. Tento postup krajského soudu však nepředstavuje vadu řízení. Žaloby obou stěžovatelek směřovaly proti témuž rozhodnutí žalovaného, zákonný důvod pro spojení věcí ve smyslu § 39 odst. 1 s. ř. s. tak byl dán. Pozbytí postavení osoby zúčastněné na řízení je zákonným důsledkem takového postupu. Současně je třeba uvést, že smyslem postavení osoby zúčastněné na řízení je poskytnout v řízení před soudem prostor k ochraně práv osobě, která byla přímo dotčena ve svých právech a povinnostech vydáním napadeného rozhodnutí a která není účastníkem řízení. Tento prostor je nicméně užší než prostor zákonem poskytovaný samotným účastníkům řízení. Spojením věcí tak sice stěžovatelka a) pozbyla postavení osoby zúčastněné na řízení o žalobě stěžovatelky b), toto postavení však bylo nahrazeno jejím postavením za účastníka řízení ve vztahu ke spojeným věcem jako celku. V důsledku vedení společného řízení tak stěžovatelka a) nebyla nijak zkrácena na svém procesním právu, naopak i po spojení věcí se mohla k podstatě řízení nadále vyjádřit, a to ve smyslu doplnění svých žalobních tvrzení, tak reakce na žalobní tvrzení druhé ze stěžovatelek. V postupu krajského soudu, který spojil obě žaloby do společného řízení, nelze seznat procesní vadu, natož vadu, která by měly vliv na zákonnost napadeného rozsudku krajského soudu.

pokračování

V.b Vyhrazená změna závazku

[32] Podle § 100 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek *zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a její obsah jednoznačně vymezeny a změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Taková změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek.*

[33] Z citovaného ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek vyplývá, že pro případ výhrady změny závazku musí zadavatel v zadávací dokumentaci (vedle samotné výhrady změny závazku) v první řadě jednoznačně stanovit podmínky, za kterých změna nastane, a dále musí vymezen obsah změněného závazku. O splnění těchto požadavků v posuzované věci není sporu. Spornou je druhá podmínka, dle níž vyhrazená změna závazku nesmí měnit „celkovou povahu veřejné zakázky“.

[34] Jde-li o změnu závazku v případě veřejných zakázek, je nutno vycházet z obecné zásady, že zadavatel má povinnost uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku v souladu se zadávacími podmínkami a tyto podmínky není ani následně oprávněn podstatným způsobem měnit (srov. rozsudek NSS ze dne 8. 8. 2019, č. j. 9 As 153/2019-73, bod 35). Tato zásada plyne z podstaty zadávání veřejných zakázek, kterou je snaha o získání nejvhodnější nabídky na určité zadání. Proto má být obsah závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku zásadně shodný s obsahem závazku, který byl předmětem zadávacího řízení. Změní-li se následně závazek, nelze již zaručit, že takto změněný závazek byl sjednán se subjektem, který by předložil nejvhodnější nabídku k takto změněnému závazku. Dodavatelé, kteří nebyli vybráni, jsou v takovém případě připraveni o možnost učinit nabídku ke změněnému závazku. Naposledy uvedený následek se ale plně uplatní pouze v případě změn, které nebyly v zadávací dokumentaci vyhrazeny. Vyhradí-li si zadavatel změnu závazku v zadávací dokumentaci, mohou na ni ve svých nabídkách všichni uchazeči reagovat, a proto je třeba vyhrazené změny závazku odlišit od jiných změn závazků. Tato výhrada není *a priori* v rozporu s principy zadávání veřejných zakázek již proto, že ji připouští samotný zákon o zadávání veřejných zakázek a stanoví pro ni specifické podmínky.

[35] Výčet podmínek, za kterých jsou obecně přípustné změny závazku, obsahuje § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek, který umožňuje změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud je vynucena nepředpokládanými okolnostmi, které nemohly být zohledněny v zadávací dokumentaci. Přípustnost změny je v tomto ohledu podmíněna omezeními zejména co do rozsahu této změny tak, aby se nejednalo o změny podstatné. Tuto změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku zákon o zadávání veřejných zakázek výslovně odlišuje od vyhrazené změny závazku, kterou vyjímá z působnosti § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek s tím, že se nepovažuje za změnu podstatnou (§ 222 odst. 2 citovaného zákona). Z dikce zákona je tedy zřejmé, že § 100 zákona o zadávání veřejných zakázek umožňuje i změny rozsahem jinak podstatné za splnění podmínek předpokládaných zákonem, tj. že byly dostatečně konkrétně upraveny v původní zadávací dokumentaci a neměnily by celkovou povahu veřejné zakázky. Obdobně také čl. 72 odst. 1 písm. a) směrnice o zadávání veřejných zakázek stanoví, že vyhrazené změny závazků jsou přípustné za předpokladu dostatečně konkrétní úpravy těchto změn a podmínek,

za kterých nastanou, v původní zadávací dokumentaci, a rozsah změn je omezen pouze tím, že nesmí změnit celkovou povahu veřejné zakázky nebo rámcové dohody. Při splnění těchto podmínek je možná změna smlouvy na veřejnou zakázku, a to bez ohledu na peněžní hodnotu těchto změn.

[36] V zákoně ani ve směrnici o zadávání veřejných zakázek není obsaženo bližší vymezení pojmu „*celková povaha závazku*“. Určité přiblížení k tomuto neurčitému právnímu pojmu umožňují pouze příklady uvedené v bodu 111 preambule směrnice o zadávání veřejných zakázek. Nejvyšší správní soud však s ohledem na výše uvedené souvislosti chápe smysl neurčitého právního pojmu „*celková povaha veřejné zakázky*“ tak, že má zabránit výhradám excesivních změn, které by zásadním způsobem měnily předmět veřejné zakázky. Smyslem veřejné zakázky je snaha uspokojit určitou potřebu zadavatele, přičemž ani v důsledku vyhrazených změn se změněný předmět veřejné zakázky nemůže naprosto míjet s původním smyslem veřejné zakázky. Kasační soud takto ve shodě s krajským soudem považuje za určující pro celkovou povahu veřejné zakázky primární potřebu zadavatele, která má být prostřednictvím dané veřejné zakázky uspokojena, spolu s charakteristikou plnění. Celková povaha veřejné zakázky se nezmění, bude-li veřejná zakázka i ve smyslu její vyhrazené změny směřovat k uspokojení stejné primární potřeby zadavatele prostřednictvím obdobného plnění ze strany dodavatele. V tomto ohledu je nutno odlišit „*povahu předmětu plnění*“ a „*celkovou povahu veřejné zakázky*“, jak přílehlavě stěžovatelkám vysvětlil již krajský soud (viz body 20 až 23 napadeného rozsudku).

[37] Stěžovatelky se mýlí, že výklad neurčitého právní pojmu „*celková povaha veřejné zakázky*“ plyne z bodu 109 preambule směrnice o zadávání veřejných zakázek a tento výklad znemožňuje záměnu plnění. Stěžovatelkami odkazovaný bod 109 směrnice se týká změn reagujících na nepředvídatelné změny okolností, tedy nikoliv změn vyhrazených. Jak vyplývá z výše uvedeného, směrnice o zadávání veřejných zakázek shodně jako zákon o zadávání veřejných zakázek klade specifické požadavky na připuštění změn, které nebyly obsaženy v zadávací dokumentaci, a to stanovením konkrétních omezení těchto změn co do jejich důvodů [např. nemožnost změny dodavatele podle čl. 72 odst. 1 písm. b) citované směrnice nebo nepředvídatelná změna okolností v čl. 72 odst. 1 písm. c) téže směrnice] i rozsahu (viz též výše). V ostatních případech musí být zahájeno nové zadávací řízení (čl. 72 odst. 5 téže směrnice). Pokud zadavatel nemůže změnu okolností předvídat, nemůže ji ani zapracovat do zadávací dokumentace a tuto změnu si vyhradit. Příklad uvedený v bodu 109 preambule směrnice tedy nemůže nijak přispět k výkladu pojmu „*celková povaha veřejné zakázky*“ pro účely posouzení vyhrazené změny závazku.

[38] Nejvyšší správní soud připouští, že vyhrazená změna závazku může klást na dodavatele určité materiální či personální nároky a může mít nemalý vliv na celkovou hodnotu veřejné zakázky. Tyto důsledky však vyvolává již v průběhu zadávacího řízení, tedy v době, kdy dodavatelé mohou podávat nabídky. Jednoznačné vymezení vyhrazené změny závazku je, oproti změně závazku ve smyslu § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek, od počátku součástí zadávacích podmínek. Vyhrazená změna závazku je tedy sama jednou ze zadávacích podmínek. Dodavatelé takovou změnu (přestože není jisté, zda nastane) mohou zohlednit při svém rozhodování o účasti v zadávacím řízení a přizpůsobit jí své nabídky. Ke změně zadávacích podmínek v tomto případě nedochází zpětně, jako je tomu v případě změn podle § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek. Tento závěr

pokračování

podporuje i zařazení § 100 zákona o zadávání veřejných zakázek v dílu „*Společná ustanovení o zadávacích podmínkách pro nadlimitní režim*“. Stejný závěr učinil Nejvyšší správní soud již v rozsudku ze dne 30. 10. 2023, č. j. 8 As 284/2022-32 (bod 26), ve vztahu k vyhrazené změně dodavatele (§ 100 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek). S ohledem na výše uvedené neshledal kasační soud důvod, pro který by se ve vztahu k vyhrazené změně závazku podle § 100 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek měl od tohoto závěru odchýlit.

[39] Z naposledy uvedeného ovšem zároveň vyplývá, že vyhrazená změna závazku musí dostát požadavkům obecně kladeným na zadávací podmínky, zejména požadavku vyplývajícímu z § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, podle něhož „*zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže*“. Zvýhodnění (konkurenční výhoda) nebo znevýhodnění (překážka hospodářské soutěže) určitých dodavatelů stanovením konkrétní zadávací podmínky je přípustné pouze tehdy, je-li odůvodněné a opírá-li se o legitimní potřebu zadavatele (srov. rozsudek NSS ze dne 23. 2. 2022, č. j. 6 As 295/2020-143, č. 4327/2022 Sb. NSS). Hodnocení vyhrazené změny závazku z těchto hledisek vždy podmíní konkrétní okolnosti přezkoumávaného zadávacího řízení.

[40] Nejvyšší správní soud shrnuje, že vyhrazená změna závazku podle § 100 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek je omezena jen tím, že nesmí měnit celkovou povahu veřejné zakázky. Tu je nutno nahlížet skrze bezprostřední účel veřejné zakázky a souhrn hlavních vlastností zakázky. Jde nicméně o jednu ze zadávacích podmínek, a proto musí současně splňovat požadavky obecně kladené na zadávací podmínky.

V.c Vyhrazená změna závazku v posuzované věci

[41] Krajský soud „*celkovou povahu veřejné zakázky*“ správně vymezil „*primární potřebou zadavatele zajistit výkon kontrolní (revizní) činnosti, resp. také činnosti inženýrské a poradenské, na úsecích stavby „Metro I.D.“*“. Krajský soud identifikoval společný účel základního a opčního plnění v zajištění dozoru nad řádným průběhem stavby jednotlivých úseků „*Metra I.D.*“, přičemž obě plnění mají být poskytována „*obdobným způsobem (kupř. kontrolou faktur, harmonogramů, souladu s technickými normami apod.), ve shodných oblastech (technický dohled nad řádným průběhem stavby „Metro I.D.“) a na základě totožné odborné způsobilosti (dle čl. 8.4 zadávací dokumentace zadavatel považuje za rovnocenné referenční zakázky, na nichž se dodavatelé podíleli buď na výkonu činnosti TDI, anebo revizora TDI)*“. Toto vymezení primární potřeby zadavatele Nejvyšší správní soud nepovažuje za nadmíru rozšiřující. Naopak s ohledem na vzájemnou podobnost obou plnění v krajském soudem uvedených oblastech lze konstatovat, že vyhrazená změna závazku nemění celkovou povahu veřejné zakázky.

[42] Nejvyšší správní soud uznává, že výklad neurčitého právního pojmu „*celková povaha veřejné zakázky*“ odkazem na uspokojovanou primární potřebu zadavatele skutečně umožňuje širokou škálu vymezení této primární potřeby. Současně je však třeba zkoumat i způsob naplnění této potřeby. Pokud by potřeba uspokojovaná základním plněním byla pojata příliš široce, zpravidla by nebylo možné tuto potřebu uspokojit stejným nebo

obdobným způsobem. Kromě toho Nejvyšší správní soud v souladu s bodem 111 preambule směrnice o zadávání veřejných zakázek zdůrazňuje, že tento neurčitý právní pojem má zabránit tomu, aby vyhrazená změna závazku poskytovala zadavatelům neomezenou volnost. V tomto ohledu lze žalovaným i krajským soudem přijaté vymezení primární uspokojované potřeby zadavatele považovat spíše za konzervativní. Hypotetické příklady uváděné stěžovatelkami naopak pojmají primární potřebu zadavatele nesrovnatelně širěji, a přestože demonstrují, že by uspokojovanou potřebu zadavatele bylo možno pojmout příliš extenzivně, krajský soud správně konstatoval, že v posuzované věci správní orgány nevyložily uspokojovanou primární potřebu zadavatele příliš široce.

[43] Zohlednění primární uspokojované potřeby nebrání skutečnost, že primární potřeba zadavatele nebyla v zadávacích podmínkách výslovně definována. Zákon o zadávání veřejných zakázek nestanoví zadavateli povinnost definovat primární uspokojovanou potřebu. Učinit si úsudek o tom, jaká primární potřeba má být veřejnou zakázkou uspokojena, bude zpravidla možné ze zadávací dokumentace. Žalovaný i krajský soud tak postupovali a správně uvážili, jaká potřeba má být naplněna prostřednictvím sporné veřejné zakázky. Kasační soud tento úsudek považuje za přiléhavý a řádně odůvodněný.

[44] Nejvyšší správní soud nepovažuje za významné, že se v případě základního a opčního plnění jedná o plnění odlišná jak obsahem, tak způsobem nacenění. Samotná odlišnost předmětu plnění, jak už bylo výše uvedeno, nemá za následek změnu celkové povahy veřejné zakázky. Jelikož vyhrazená změna závazku není limitována hodnotou (jako je tomu v případě jiných změn závazků), nepřináší ani odlišnost nacenění obou plnění změnu celkové povahy zakázky. Nejvyšší správní soud opakuje, že vyhrazená změna závazku nutně nemusí nastat, a pokud nastane, nelze s jistotou předpovědět trvání opčního plnění, a tudíž nelze ani toto plnění zahrnout do nabídkové ceny. V tomto ohledu je zásadní omezená doba, po kterou má být opční plnění poskytováno. V důsledku vyhrazené změny závazku tedy sice bude poskytnuto opční plnění dodavatelem, který by nutně nemusel ve vztahu k tomuto plnění podat nejlepší nabídku, stane se tak ale pouze pro případ splnění předpokládaných podmínek a na dobu nezbytně nutnou, než bude vybrán nový dodavatel činnosti TDI (viz též dále).

[45] Nejvyšší správní soud opakuje, že vyhrazená změna závazku přirozeně může ovlivnit okruh dodavatelů schopných podílet se na veřejné zakázce. K tomuto ovlivnění ale dochází již v průběhu zadávacího řízení, není tedy pouze hypotetické a nelze jej posuzovat stejně přísně, jako by tomu bylo v případě změn, které by byly s dodavatelem sjednány dodatečně po skončení zadávacího řízení. Ovlivnění okruhu uchazečů nelze považovat za nepřípustné, pokud určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo nezaručuje konkurenční výhodu nebo nevytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. V obecné rovině tedy Nejvyšší správní soud přisvědčuje tvrzení stěžovatelky a), že lze předpokládat dopad vyhrazené změny na okruh dodavatelů schopných splnit předmět veřejné zakázky, protože opční plnění svým rozsahem převyšuje rozsah původního plnění. Lze si představit, že ne každý potenciální dodavatel by byl schopný dodat i opční plnění, které je nepochybně personálně a časově náročnější. Při určitém zjednodušení představují dodavatelé schopní dodávat opční plnění podmnožinu dodavatelů schopných dodat původní plnění. Zahrnutí opčního plnění do veřejné zakázky tak mohlo představovat určitou překážku hospodářské soutěže, nicméně nezákonnost v postupu zadavatele by bylo možno konstatovat pouze za

pokračování

předpokladu, že by se jednalo o překážku bezdůvodnou. A takový závěr v posuzované věci učinit nelze.

[46] Zadavatelem byla veřejná zakázka zadána v době, kdy existovalo reálné riziko ukončení poskytování služeb TDI na základě mandátní smlouvy se stěžovatelkou a), což by zadavateli nepochybně přineslo komplikace. Ty by byly řešitelné buď nouzovým zadáním služeb v režimu jednacního řízení bez uveřejnění nebo konzervací akce. Vyhrazenou změnou závazku ve sporném zadávacím řízení zadavatel těmto komplikacím efektivně předcházel, aniž by to bylo na újmu efektivní hospodářské soutěži. Přijaté řešení poskytovalo prostor pro výběr nového dodavatele činnosti TDI, aniž by hrozilo zdržení akce. Vyhrazená změna závazku coby jedna ze zadávacích podmínek tedy sice představovala určitou překážku hospodářské soutěže, nebyla však bezdůvodná, nýbrž odrážela existující rizika zadavatele.

[47] Sporná vyhrazená změna závazku nezakládá bezdůvodnou konkurenční výhodu nebo naopak překážku hospodářské soutěže ani v souvislosti s vyloučením dodavatelů ve střetu zájmů. Nejvyšší správní soud uznává, že zahrnutí zadávacích podmínek týkajících se střetu zájmů má své opodstatnění výlučně v původním plnění a tyto zadávací podmínky nemají jakoukoliv souvislost s vyhrazenou změnou závazku. Takto nepřehlíží, že ve vztahu k opčnímu plnění není u stěžovatelek dán střet zájmů, neboť dosavadní výkon činnosti TDI by stěžovatelkám v účasti v případném novém zadávacím řízení na veřejnou zakázku spočívající ve výkonu činnosti TDI nebránil, přinejmenším ne v důsledku střetu zájmů. Vyhrazená změna závazku by tak mohla být hodnocena jako obcházení pravidel zákona o zadávání veřejných zakázek, pokud by dodavatel vybraný v posuzovaném zadávacím řízení měl TDI nahradit natrvalo. V takovém případě střet zájmů by mohl být s ohledem na hodnotu obou zakázek hodnocen jako zástupný důvod, který by znemožnil stěžovatelkám další účast na výkonu činnosti TDI. V tomto ohledu je ale zásadní, že vyhrazená změna závazku nastane pouze za předpokladu splnění vymezených podmínek a činnost TDI na základě vyhrazené změny závazku nemá být vykonávána trvale. Podle článku 14.5 závazného návrhu příkazní smlouvy má být opční plnění poskytováno „*pouze po nezbytně nutnou dobu, nejdéle však po dobu dvou (2) let od okamžiku zahájení poskytování Opčních služeb Příkazníkem*“. Ze zadávací dokumentace tedy plyne, že opční plnění má být poskytováno pouze v nezbytně nutném a jasně časově ohraničeném období, čímž zadavatel pouze v nezbytně nutném rozsahu řeší existující potřebu zajistit hladký průběh stavby i v případě ukončení výkonu činnosti TDI současným dodavatelem. Zahrnutí takto definované vyhrazené změny závazku do veřejné zakázky nelze považovat za porušení či obcházení pravidel vyplývajících ze zákona o zadávání veřejných zakázek. Otázka, zda bude dodavatel po skončení opčního plnění pokračovat v poskytování původního plnění nebo nikoliv, je v tomto ohledu nerelevantní. Zásadní je, že z titulu vyhrazené změny závazku nebude pokračovat v poskytování činnosti TDI bez dalšího na neurčito.

[48] Stěžovatelka a) rovněž namítá, že jde o sektorovou zakázku, a proto § 173 zákona o zadávání veřejných zakázek zadavateli umožní dodatečné prodlužování opčního plnění bez jakéhokoli dalšího omezení, takže dočasnost vyhrazené změny je tvrzena pouze účelově a virtuálně. Podle stěžovatelkou a) odkazovaného ustanovení se však pro změnu závazku ze smlouvy na sektorovou veřejnou zakázku toliko nepoužije § 222 odst. 9 věty druhé, který omezuje cenový nárůst související se změnami podle § 222 odstavců 5 nebo 6 zákona o zadávání veřejných zakázek. Jinými slovy u sektorové zakázky se v případě určitých změn

neuplatní omezení prostřednictvím vlivu těchto změn na celkovou cenu veřejné zakázky. Z toho však nelze dovozovat, že by zadavatel mohl takové změny umožnit bez dalšího, nadále platí podmínky těchto změn stanovené v § 222 odst. 5 a 6 zákona o zadávání veřejných zakázek. Případný postup zadavatele předjímaný stěžovatelkou a) by podléhal přezkumu ze strany žalovaného. Nejvyšší správní soud zároveň považuje za klíčové, že stěžovatelkou popsáný postup je pouze předpokládáný, přičemž k hypotetickým námitkám nelze v tomto řízení přihlídnout.

[49] Stěžovatelka a) nesouhlasí s tvrzením krajského soudu, že odlišná cenotvorba obou plnění není pro posouzení zákonnosti a celkové povahy zakázky důležitá. Jakoukoliv argumentaci, o kterou by toto přesvědčení opřela, však v kasační stížnosti neuvádí a pouze odkazuje na žalobu. K tomu kasační soud uvádí, že „*se nelze v řízení o kasační stížnosti zabývat námitkami, jež byly uplatněny v jiném řízení (správním či soudním), byť na ně stěžovatel v podané kasační stížnosti sumárně odkázel, ale je třeba, aby stěžovatel tvrzené důvody nezákonnosti v podané kasační stížnosti explicitně uvedl a vymezil tak rozsah a meze přezkumu rozhodnutí v kasačním řízení*“ (srov. rozsudek NSS ze dne 8. 10. 2004, č. j. 5 Afs 31/2003-81). Tuto námitku proto Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou.

[50] Pro úplnost Nejvyšší správní soud doplňuje, že posouzení vyhrazené změny závazku žalovaným ani krajským soudem se nezakládá na předpokladu, že po skončení opčního plnění budou obnoveny dodávky původního plnění. Souhlasí proto s krajským soudem, že tato skutečnost nemá vliv na zákonnost vyhrazené změny závazku podle § 100 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Konečně také nelze shledat jakýkoli rozpor nyní přezkoumávaných závěrů žalovaného se stěžovatelkami citovanými pasážemi rozhodnutí žalovaného ze dne 18. 2. 2020. Obecné úvahy vyslovené žalovaným v tehdejších a nyní posuzovaném rozhodnutí se v zásadě neliší a pro posouzení nynější věci jsou stěžejní konkrétní okolnosti, za kterých byla vyhrazená změna závazku zanesena do zadávacích podmínek.

V.d Povaha dalších zadávacích podmínek

[51] Obě stěžovatelky v kasačních stížnostech brojí proti zadávacím podmínkám, podle nichž smlouva nesmí být uzavřena zejména s osobou, jež se podílela či podílí na přípravě projektové dokumentace nebo vykonává technický dozor investora pro zadavatele v rámci stavby Metro I.D, nebo s osobou, jež je přímo či nepřímo ovládána takovou osobou. Stěžovatelky mají za to, že oporu takových podmínek nelze z důvodu odlišného rozložení důkazního břemene spatřovat v § 79 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Krajský soud ovšem ke stejné žalobní námitce správně uvedl, že zadavatel je oprávněn vyloučit dodavatele ze zadávacího řízení, vyjde-li najevo, že je subjektem s protichůdnými zájmy. Tento institut může využít bez toho, že by si jeho využití v zadávacích podmínkách výslovně vyhradil, ať už přímým odkazem na § 79 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek či jinak. Ostatně stěžovatelky ani nenamítají, že by ustanovení o střetu zájmů v zadávací dokumentaci byla pojata širěji než výše uvedené zákonné ustanovení. Není zároveň pravdou, že by zadavatel nijak neodůvodnil protichůdné zájmy při vyloučení stěžovatelky a) ze zadávacího řízení. Věcná správnost tohoto rozhodnutí však nespadá do rozsahu přezkumu posuzované věci.

pokračování

[52] Stěžovatelka b) dále trvá na tom, že nastavené požadavky na technickou kvalifikaci personálu jsou nepřiměřené a diskriminační. Krajský soud se podrobně vyjádřil k požadavkům na délku praxe u členů realizačního v bodu 31 napadeného rozsudku. Nejvyšší správní soud se s jeho argumentací ztotožňuje a v podrobnostech na ni odkazuje. S ohledem na obecnost této kasační námitky pouze obecně uvádí, že „zadavatel má širokou možnost úvahy ohledně volby technických kvalifikačních předpokladů a není úkolem dozorových orgánů, resp. správních soudů, aby na místo zadavatele domýšleli vhodnější kvalifikační předpoklady a postihovali zadavatele za to, že požadavky na kvalifikační předpoklady neformuloval takto ‚vhodněji‘. Zásah dozorového orgánu tak připadá v úvahu především tehdy, kdy zadavatel technické kvalifikační předpoklady nastaví tak, že vůbec nemají vztah k předmětu veřejné zakázky (resp. ke schopnosti dodavatele veřejnou zakázku splnit) nebo jsou předmětu veřejné zakázky zcela nepřiměřené. Zadavatel též poruší své povinnosti, pokud požadavky na technické kvalifikační předpoklady zvolí tak, že vyloučí velkou skupinu dodavatelů objektivně schopných veřejnou zakázku splnit, popř. umožní účast v zadávacím řízení pouze konkrétnímu dodavateli či jejich malé skupině, kteří jediní jsou schopni splnění požadovaných technických kvalifikačních požadavků doložit.“ (rozsudek NSS ze dne 20. 10. 2022, č. j. 4 As 165/2022-29, bod 26). Požadavek na praxi určité délky v oboru, ve kterém má daný člen realizačního týmu působit v průběhu realizace veřejné zakázky, nepochybně má svou vypovídací hodnotu a lze jej považovat za důvodný kvalifikační požadavek. S ohledem na délku trvání stavební akce a její strategický význam proto požadavky zadavatele nelze považovat za nepřiměřené.

[53] Stěžovatelka b) považuje za problematické také prokazování kvalifikace zahraničních členů realizačního týmu. Podle stěžovatelky by jako rovnocenný dokument k osvědčení o autorizaci měl zadavatel akceptovat osvědčení o registraci vydané ČKAIT. Zadavatel však požaduje „jiný obdobný doklad vydaný v jiné zemi než v ČR, který v této jiné zemi opravňuje jeho držitele v uvedeném oboru k vedení realizace stavby“. Nejvyšší správní soud (kromě odkazu na výše uvedená východiska přezkumu stanovení kvalifikačních předpokladů) k této námitce konstatuje, že zadavateli může postačovat k prokázání kvalifikace jednotlivého člena realizačního týmu doklad vydaný v zahraničí, jde-li o doklad rovnocenný ve vztahu k prokazování kvalifikace. Požadavky zadavatele přitom nemohou nijak umenšit veřejnoprávní nároky kladené na osoby provádějící určité činnosti v České republice. Dodavatel k samotnému výkonu činnosti musí disponovat požadovanými osvědčeními. Jinými slovy dodavatel musí jednak prokázat kvalifikaci zadavateli, současně ale musí dbát splnění všech jeho veřejnoprávních povinností spojených s účastí na veřejné zakázce. Stěžovatelkami rozporovanou podmínku však nelze samu o sobě považovat za nezákonnou.

[54] Krajský soud podle Nejvyššího správního soudu rovněž správně vypořádal tvrzenou neporovnatelnost nabídek. Krajskému soudu nelze vytýkat, že k vypořádání této námitky přistoupil prostřednictvím věcného zkoumání fakticky učiněných nabídek. Příklad uvedený stěžovatelkou b) v tomto kontextu představuje ničím nepodloženou hypotézu, která plyne z chybného předpokladu, že za vícepráce budou považovány práce přesahující konkrétním zadavatelem předpokládanou časovou dotaci jednotlivých činností. Takto subjektivně nelze vícepráce pojímat. Smyslem rozpadu nabídkové ceny s uvedením předpokládané hodinové sazby a předpokládané časové dotace jednotlivých činností zadavatel požadoval pro případné objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny, nikoliv za účelem určení „hranice“ víceprací. Ta je dána výlučně rozsahem veřejné zakázky tak, jak byla uveřejněna.

[55] Nejvyšší správní soud konečně souhlasí se závěry krajského soudu vyřčenými k námitkám stěžovatelek, které se týkají požadavku zadavatele na znalost českého jazyka. Stěžovatelka a) v kasační stížnosti setrvává na žalobních tvrzeních, a proto Nejvyšší správní soud odkazuje k závěrům napadeného rozsudku (bod 32), s nimiž se ztotožňuje.

[56] Lze uzavřít, že zadávací podmínky, včetně vyhrazené změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, odrážejí existující potřeby zadavatele. Případné překážky hospodářské soutěže, které zadávací podmínky přinášejí, nelze považovat za bezdůvodné. V postupu zadavatele nebyl shledán rozpor se zásadami transparentnosti a přiměřenosti, ani jinými zákonnými požadavky.

VI. Závěr a náklady řízení

[57] Nejvyšší správní soud neshledal kasační stížnosti důvodné a nezjistil ani žádnou z vad, ke které by musel přihlédnout z úřední povinnosti. Kasační stížnost proto zamítl podle § 110 odst. 1 věty poslední s. ř. s.

[58] O nákladech řízení o kasační stížnosti Nejvyšší správní soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Vzhledem k tomu, že stěžovatelky neměly ve věci úspěch a žalovanému žádné náklady řízení nad rámec jeho obvyklé úřední činnosti nevznikly, Nejvyšší správní soud rozhodl tak, že stěžovatelky nemají právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti a žalovanému se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává. Osoba zúčastněná na řízení má v souladu s 60 odst. 5 s. ř. s. právo na náhradu jen těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinností, které jí soud uložil. Z důvodů zvláštního zřetele hodných jí může soud na návrh přiznat právo na náhradu dalších nákladů řízení. Taková situace ovšem v dané věci nenastala. Proto Nejvyšší správní soud rozhodl o tom, že ani osobě zúčastněné na řízení se právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 3. prosince 2025

JUDr. Radan Malík
předseda senátu