



ČESKÁ REPUBLIKA

# ROZSUDEK

## JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci žalobce: **Město Žatec**, se sídlem Žatec, náměstí Svobody 1, zastoupený JUDr. Tomášem Těmínem, Ph.D., advokátem, Advokátní kancelář Těmín, s.r.o., se sídlem Praha 2, Karlovo náměstí 28, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R218/2014/VZ-40383/2015/323/KKř ze dne 23.11.2015,

### t a k t o :

- I. Žaloba se **zamítá**.
- II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení **nepřiznává**.

### O d ů v o d n ě n í :

Žalobce se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R218/2014/VZ-40383/2015/323/KKř ze dne 23.11.2015, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S495/2013/VZ-12054/2014/523/OPi ze dne 6.6.2014.

## I. Podstata věci

Žalobce zadával veřejnou zakázku „*Otevřené letní koupaliště v Žatci*“ a dne 30.11.2010 uzavřel s dodavatelem smlouvu. K této smlouvě následně smluvní strany uzavíraly dodatky (dodatek č. 1 ze dne 30.11.2010, dodatek č. 2 ze dne 28.2.2011 a dodatek č. 3 ze dne 28.2.2011).

V dodatku č. 2 si smluvní strany ujednaly, že termín zahájení plnění předmětu veřejné zakázky počíná dle této smlouvy dnem 1.5.2011, přičemž v souvislosti s rozšířením předmětu díla s využitím předem vyhrazeného (smluveného) opčního práva se termín úplného dokončení díla stanovuje na 274 kalendářních dnů (tzn. 174 dnů na realizaci plnění díla bez využití opce a 100 kalendářních dnů na realizaci plnění díla odpovídajícího opci) ode dne zahájení plnění v souladu s harmonogramem prováděných stavebních prací, který byl upraven o předmět plnění odpovídající opci. Termín dokončení plnění této smlouvy byl stanoven na 15.5.2012. Zároveň byla dodatkem č. 2 navýšena cena díla na 144 995 585 Kč bez DPH; to zahrnovalo původní cenu 122 379 505 Kč bez DPH a cenu připadající na předem vyhrazenou opci.

V dodatku č. 3 si smluvní strany sjednaly změny rozsahu prací na díle o „méněpráce“ v celkové hodnotě 22 215 466 Kč bez DPH, zároveň si sjednaly provedení „víceprací“ spočívajících ve zvětšení plochy parkoviště v hodnotě 1 719 881 Kč bez DPH. Celková cena za zhotovení díla tak byla sjednána (po uzavření dodatků č. 2 a č. 3) v celkové výši 124 500 000 Kč bez DPH.

Žalovaný ve správním řízení dospěl k závěru, že žalobce uzavřením dodatků č. 2 a 3 spáchal správní delikty podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“); žalobce podle žalovaného při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 ZVZ, když neuzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče ze dne 11.6.2010, neboť ke smlouvě uzavřené dne 30.11.2010 s vybraným uchazečem uzavřel dne 28.2.2011 dodatek č. 2, jímž změnil dodací lhůtu pro plnění předmětu veřejné zakázky, a dodatek č. 3, jímž podstatným způsobem změnil rozsah předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl v obou případech podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za to byla žalobci uložena pokuta ve výši 150 000 Kč.

## II. Shrnutí žaloby a procesního postoje žalovaného

Podle žalobce v době, kdy žalobce dodatky uzavíral a kdy žalovaný správní řízení zahajoval, neobsahoval ZVZ zákaz změn smluv uzavřených v zadávacích řízeních, neobsahoval ani rozdělení změn na podstatné a nepodstatné. Aplikoval-li žalovaný rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 19.6.2008 ve věci C-454/06, *Presstext*, ten není podle žalobce pramenem práva, nepůsobí erga omnes, navíc jej žalovaný aplikoval podle žalobce nesprávně a nevysvětlil, proč je žalobcovo jednání

protiprávní a v rozporu s jakou právní normou žalobce postupoval. To je podle žalobce protiústavní.

Pokud jde o dodatek č. 2, ten smlouvu podle žalobce neměnil, neboť vycházel z podmínek zadávacího řízení (174 dnů + 100 dnů při využití opce, přitom zahájení plnění je vázáno na výzvu zadavatele); termín dokončení plnění „15.5.2012“ není podle žalobce druhým termínem pro dokončení plnění, jak dovodil žalovaný, jde o termín neúčinný a nadbytečný.

Pokud jde o dodatek č. 3, ten také podle žalobce smlouvu neměnil; plnění zahrnuté do „méněprací“ zůstalo stále stejné i cena připadající na toto plnění zůstala stejná, jinak bylo plnění jen částečně upraveno. Argumentace žalovaného je spekulativní; ze žádné právní normy nevyplývá, co je ještě přípustnou změnou smlouvy a co již nikoli, ani tu žalovaný nemohl oprávněně aplikovat závěry z rozsudku ve věci *Pressetext*, neboť ten se „méněprací“ netýkal. To podle žalobce vylučuje, aby změna smlouvy v důsledku uzavření dodatku č. 3 mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Žalobce tedy ze shora uvedených nosných důvodů, v žalobě podrobně argumentovaných, navrhuje napadené rozhodnutí zrušit. Na tomto procesním postoji setrval v průběhu celého řízení před zdejší soudem, a to i na jednání soudu, které ve věci proběhlo.

Žalovaný ve vyjádření k žalobě argumentuje k jednotlivým žalobním námitkám věcně shodně jako v napadeném rozhodnutí; jeho procesní postoj tedy odpovídá závěrům obsaženým v napadeném rozhodnutí. Podle žalovaného je proto žaloba nedůvodná a navrhuje její zamítnutí. I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před soudem, a to i na jednání soudu, které ve věci proběhlo.

### III. Posouzení věci

Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68, § 70 s.ř.s.).

#### III.1.

Žalobce především zpochybňuje východiska, jež vzal při svém rozhodování za svá žalovaný; jednak rozporuje aplikaci závěrů rozsudku ve věci *Pressetext*, nadto tvrdí, že ZVZ na věc použitelný zákaz změn smluv uzavřených v zadávacích řízeních neobsahoval, a tedy žalovaný při svém rozhodování překročil meze právních předpisů.

V žádném z těchto výchozích žalobních argumentů nedává zdejší soud žalobci zapravdu.

Žalobce byl potrestán za to, že nedodržel § 82 odst. 2 ZVZ, který stanoví povinnost uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče. Vyjma jednacního řízení s uveřejněním (o tento případ se však v nyní posuzované věci nejedná) zadavatel nesmí s dodavatelem o jimi předloženém návrhu smlouvy, který je součástí jejich nabídky (§ 68 odst. 2 ZVZ) a který odpovídá zadávací dokumentaci (ať už je samotný „vzor“ či „text“ smlouvy součástí zadávací dokumentace či ať už jsou podmínky smlouvy v zadávací dokumentaci uvedeny v jiné formě než „vzoru“ či „textu“ smlouvy) jakkoli dále jednat a tento návrh smlouvy upravovat. Tím spíše to platí o takových obchodních podmínkách, jež mají vliv na hodnocení nabídek (tj. tyto obchodní podmínky jsou samotnými kritérii pro hodnocení nabídek, popř. tyto obchodní podmínky na hodnocení nabídek v jednotlivých hodnotících kritériích mohou mít alespoň nepřímý vliv). Jazykovým výkladem dopadá § 82 odst. 2 ZVZ na dobu do skončení zadávacího řízení uzavřením smlouvy, tedy fakticky zakazuje smlouvu (její návrh) měnit v době běžícího řízení. Zdejší soud však souhlasí se žalovaným, že změny návrhu smlouvy obsaženého v nabídce nejsou ve skutečnosti přípustné ani po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky ve formě nejružnějších změn již uzavřené smlouvy, jde-li o změny podstatné. Z § 82 odst. 2 ZVZ tedy lze dovodit pravidlo, podle něhož má zadavatel povinnost uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče a do ní poté nezasahovat takovými následnými změnami smlouvy, které by měly charakter změn podstatných.

Jestliže tedy žalovaný vyšel z toho, že na dodatky smlouvy na veřejnou zakázku je třeba nahlížet jako na nedílnou součást smlouvy (dodatky smlouvy samy o sobě neobstojí a smlouvu je třeba vykládat ve znění dodatků), a proto povinnost nezměnitelnosti návrhu smlouvy vyplývající z § 82 odst. 2 věty druhé ZVZ se nevztahuje pouze na okamžik uzavření smlouvy, nýbrž dopadá i na uzavírání všech jejích případných dodatků, jde podle zdejšího soudu o východisko respektující smysl ZVZ i smysl pravidla o nezměnitelnosti závazku vzniklého na základě návrhu smlouvy obsaženého v nabídce později vybraného uchazeče. Naopak jasně v rozporu s tím by podle zdejšího soudu bylo dovozovat, že zadavatel je sice v průběhu zadávacího řízení vázán relativně přísnými pravidly zadávání, jež obsahují i zákaz změny návrhu smlouvy, avšak po formálním uzavření smlouvy může v takové smlouvě dodatkem „cokoli“ změnit, neboť zadávací řízení (zadávací řízení), na něž pravidla pro postup zadavatele směřujícího k uzavření smlouvy dopadají, končí právě uzavřením smlouvy. Jestliže tedy žalovaný, vycházející z právního stavu na věc aplikovatelného (tedy před účinností zákona č. 55/2012 Sb., který zákaz podstatných změn smlouvy po jejím uzavření výslovně stanovil v § 82 odst. 7 ZVZ), na možnost změn smlouvy na veřejnou zakázku i po jejím uzavření nahlížel prostřednictvím pravidla podávaného z § 82 odst. 2 věty druhé ZVZ a jestliže toto pravidlo interpretoval ve smyslu zákazu podstatných změn smlouvy po jejím uzavření, pak s takovým postupem žalovaného zdejší soud souhlasí.

Činí tak zdejší soud ostatně i proto, že ačkoli povinnost kontrahovat plnění, jež je veřejnou zakázkou, podle pravidel stanovených v ZVZ je samozřejmě všeobecně

přijímána, výslovná kodifikace takové povinnosti v ZVZ (odlišně od § 2 odst. 3 věty první nyní účinného zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek) chybí a zpravidla se dovozuje z § 21 odst. 2 ZVZ; ve vztahu k tomuto ustanovení, bylo-li by aplikováno a bylo-li by uzavřením dodatků dovozeno jeho porušení a nikoli porušení § 82 odst. 2 ZVZ, by však žalobce mohl namítat, že § 21 odst. 2 ZVZ obsahuje pouze výčet postupů, jaké zadavatel „může“ použít. Za současného (nyní účinného) právního stavu by bylo možno pro žalobce zřejmě mnohem srozumitelněji dovozovat, že uzavřením dodatků se plnění co do charakteru změnilo natolik, že jde již o plnění jiné, aniž by ve vztahu k takto změněnému plnění proběhlo zadávací řízení, a proto byl porušen § 2 odst. 3 věta první zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Aplikoval-li by žalovaný ZVZ ve znění zákona č. 55/2012 Sb., mohl by své závěry opírat o § 82 odst. 7 ZVZ. Ve vztahu k právní úpravě na věc použitelné (ZVZ před účinností zákona č. 55/2012 Sb.) ale nebylo chybou žalovaného, jestliže aplikoval § 82 odst. 2 větu druhou ZVZ tak, jak v napadeném a jemu předcházejícím rozhodnutí učinil.

Zákaz podstatné změny smlouvy uzavřené v zadávacím řízení po jejím uzavření je tedy podle zdejšího soudu natolik klíčovým a v zadavatelském prostředí samozřejmým pravidlem, jež naplňuje smysl veškerého zákonodárství v oblasti zadávání veřejných zakázek, že toto pravidlo je třeba aplikovat i na ZVZ ve znění účinném před 1.4.2012 (tj. před účinností zákona č. 55/2012 Sb.) a žalobce rozumně nemohl vycházet z východiska jiného. Zákaz podstatné změny smlouvy uzavřené v zadávacím řízení po jejím uzavření se tedy v nyní posuzované věci uplatnil i přesto, že to výslovně stanovil až později účinný § 82 odst. 7 ZVZ ve znění zákona č. 55/2012 Sb., a podle zdejšího soudu by se tento zákaz navíc uplatnil i bez toho, že tak judikoval Soudní dvůr Evropské unie v rozsudku ze dne 19.6.2008 ve věci C-424/06, *Pressetext*. Opřel-li žalovaný svůj závěr o dílčí východiska tohoto rozsudku, vadou to podle zdejšího soudu jistě není; dovodil-li totiž Soudní dvůr Evropské unie nepřípustnost podstatných změn smluv uzavřených v zadávacích řízeních (smluv na veřejné zakázky) a nebylo-li toto pravidlo v ZVZ obsaženo výslovně, pak východisko žalovaného opírající se o uvedený rozsudek smysl rozhodovací praxe Soudního dvora Evropské unie naplňuje nejlépe, jak může. Ostatně uvedený rozsudek Soudní dvůr Evropské unie vydal za situace, kdy vnitrostátní soud pokládal za nezbytné nalézt odpověď na otázku, zda provedené změny smlouvy byly proveditelné bez dalšího či zda mělo být zadavatelem zahájeno nové zadávací řízení, aniž by na tuto otázku poskytoval odpověď vnitrostátní právní řád předkládajícího soudu; jednalo se tudíž o srovnatelnou právní situaci, jaká je dána v nyní posuzované věci ve vztahu k právnímu řádu českému.

Zdejší soud tedy nesouhlasí se žalobcem v tom, že by snad celá doktrína zákazu podstatných změn smluv uzavřených v zadávacích řízeních po jejich uzavření za právního stavu podle ZVZ účinného před 1.4.2012 (před účinností zákona č. 55/2012 Sb.) byla protizákonná či dokonce protiústavní. Naopak zdejší soud souhlasí se žalovaným v tom, že lze sice připustit, aby po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku (a to i podle ZVZ účinného před 1.4.2012, tj. před účinností zákona č. 55/2012 Sb.)

byly měněny či doplňovány údaje výlučně formálního charakteru (kupř. údaje o kontaktní osobě, údaje o osobě oprávněné jednat za zadavatele či dodavatele apod.), případně ta ustanovení smlouvy, která nevycházejí ze zadávacích podmínek nebo ZVZ a která ani nikterak nesouvisela s hodnocením nabídek, ani zpětně nemohla mít na hodnocení nabídek jakýkoli vliv, tedy změny smlouvy nepodstatné, avšak nelze připustit změny smlouvy podstatné, pod něž je třeba řadit především jakoukoli změnu těch ustanovení smlouvy, jež vyjadřují požadavek zadavatele stanovený v zadávacích podmínkách promítající se v účasti dodavatele v zadávacím řízení nebo v hodnocení nabídek. Po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku jsou tedy nepřipustnými takové změny, které by mohly vyvolat nerespektování výsledku zadávacího řízení, neboť by zasahovaly do pravidel, za nichž se nabídka dodavatele, s níž je smlouva uzavírána, stala vítěznou. Již s ohledem na smysl zadávacích podmínek stanovených zadavatelem, smysl stanovení hodnotících kritérií a smysl hodnocení nabídek je třeba za nepřipustnou, a tedy odporující § 82 odst. 2 větě druhé ZVZ, považovat jakoukoli změnu ujednání, jež byla zadavatelem vymíněna v zadávacích podmínkách (a byla tak součástí pravidel, za nichž podávali jednotliví dodavatelé své nabídky) nebo jež byla předmětem hodnocení (a byla tak součástí pravidel nabídnutých vybraným uchazečem při respektování pravidel stanovených zadavatelem v zadávacích podmínkách).

### III.2.

Pokud jde o závěry žalovaného ohledně dodatku č. 2, pak žalobce tvrdí, že faktická realizace díla je – i po účinnosti tohoto dodatku – stále stanovena na 174 dnů (+ 100 dnů po využití předem vymíněného opčního práva), a tedy že dodatek č. 2 žádnou (natož podstatnou) změnu smlouvy nevyvolává. Žalovaný naopak vyšel z toho, že dodatek č. 2 dává vybranému uchazeči ve skutečnosti volbu termínu dokončení díla, když obsahuje dva rozporné údaje spočívající v určení dodací lhůty plnění, přitom z textu dodatku č. 2 nelze dovodit, že by smluvní strany jeden z termínů upřednostňovaly či pevně stanovený termín dokončení díla považovaly za maximálně přípustný, což je v rozporu s původní smlouvou i výsledky hodnocení nabídek za situace, kdy termín dokončení díla (dodací lhůta) byl jedním z dílčích hodnotících kritérií.

Ze správního spisu plyne, že podle čl. 7 zadávací dokumentace („Způsob hodnocení nabídek“) byla základním hodnotícím kritériem ekonomická výhodnost nabídky, dílčími hodnotícími kritérii byly nabídková cena (váha 60 %), dodací lhůta (váha 30 %) a smluvní pokuta za prodlení s termínem dokončení veřejné zakázky (váha 10 %). Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 8.10.2010 vyplývá, že vybraný uchazeč nabízel cenu 122 379 505 Kč, dodací lhůtu 174 dnů a smluvní pokutu 1 200 000 Kč; jeho nabídka se proto umístila jako první v pořadí. V čl. 5.1 návrhu smlouvy o dílo, součástí nabídky později vybraného uchazeče, je uvedeno „*Předpokládáný termín zahájení plnění dle této smlouvy je květen 2010...*“ a v čl. 5.2 návrhu smlouvy o dílo je uvedeno „*Zhotovitel je povinen provést dílo řádně a včas do 174 kalendářních dnů od zahájení plnění...*“, ve stejném znění byla uzavřena smlouva. V dodatku č. 2 bylo uvedeno, že tímto dodatkem se mění čl. 5.1 a čl. 5.2 smlouvy o

dílo následovně: „5.1 Termín zahájení plnění dle této smlouvy je 1. května 2011. Zhotovitel je povinen zahájit zhotovení díla ve výše uvedeném termínu na základě výzvy objednatele. 5.2 V souvislosti s rozšířením předmětu díla o opční právo se termín úplného dokončení díla stanovuje na 274 kalendářních dnů (tzn. 174 dnů na realizaci plnění díla bez opčního práva a 100 kalendářních dnů na realizaci plnění díla odpovídající opčnímu právu) ode dne zahájení plnění v souladu s harmonogramem provádění stavebních prací, který byl upraven o předmět plnění odpovídající opčnímu právu. Termín dokončení plnění dle této smlouvy se stanovuje na 15. 5. 2012.“.

Žalovaný z toho dovodil, že dodací lhůta činila dle čl. 5.2 návrhu smlouvy o dílo předloženého v nabídce vybraného uchazeče 174 dnů a dodatkem č. 2 došlo k posunutí termínu zahájení plnění na 1.5.2011. Současně bylo tímto dodatkem sjednáno, že termín úplného dokončení díla se stanovuje na 274 dnů, po odpočtu části odpovídající opčnímu právu tedy v délce 174 dní. Tím ještě ke změně smlouvy nedošlo.

Ve stejném bodu dodatku ke smlouvě však byl současně sjednán termín dokončení plnění podle smlouvy na pevné kalendářní datum 15.5.2012. Zdejší soud souhlasí se žalovaným, že obsah dodatku č. 2 obsahoval dva rozporné údaje spočívající v určení dodací lhůty plnění; jednak bylo stanoveno, že plnění má být dokončeno ve 274 dnech, a naproti tomu bylo stanoveno, že termín dokončení díla je dne 15.5.2012, tj. 380 dnů po dni zahájení plnění (1.5.2011). Text dodatku č. 2 je tedy vskutku vzájemně si odporující. Žalovaný z toho dovodil, že obsah dodatku č. 2 poskytuje smluvním stranám možnost volby mezi danými termíny dokončení plnění, když z daného dodatku není zřejmé, jakou dodací lhůtu si smluvní strany sjednaly, přitom jedna z těchto lhůt (která je stanovena pevným datem 15.5.2012) je o 106 dní delší než dodací lhůta, která byla uvedena v návrhu smlouvy obsaženém v nabídce vybraného uchazeče (174 dní). Smluvní strany tak mohly na základě smlouvy podle žalovaného vycházet z jakéhokoli ze dvou termínů dokončení plnění, přičemž znění dodatku č. 2 jim poskytovalo (a zejména vybranému uchazeči poskytujícímu dané plnění) možnost vycházet při poskytnutí plnění z termínu dokončení delšího. V případě, že by vybraný uchazeč plnění nedodal ve lhůtě 274 dnů, mohl by argumentovat termínem dokončení plnění 15.5.2012 dle znění bodu 5.2 smlouvy ve znění dodatku č. 2. Tím, že žalobce v rámci dodatku č. 2 umožnil rovněž termín dokončení díla až do 15.5.2012, tedy prodloužil původně vysoutěženou dodací lhůtu (174 kalendářních dní) na 280 kalendářních dnů (při nezapočítání 100 kalendářních dnů připadajících na realizaci plnění díla odpovídajícímu opci). Pokud by dodací lhůta byla v nabídce vybraného uchazeče nabídnuta v délce 280 dnů (při nezapočítání 100 dnů připadajících na realizaci plnění díla odpovídajícímu opci), pak by jeho nabídka byla hodnocena jinak; při takto nabízené dodací lhůtě by vybraný uchazeč skončil jako třetí v pořadí.

Pokud by tedy obstála úvaha žalovaného, podle které dodatek č. 2 reálně umožňoval dodat plnění ve lhůtě 280 dnů (při nezapočítání 100 dnů připadajících na

realizaci plnění díla odpovídajícímu opci), pak by obstál závěr žalovaného, že uzavřením dodatku č. 2 došlo k podstatné změně smluvního ujednání týkajícího se lhůty pro plnění díla, které bylo současně hodnotícím kritériem v rámci předmětného zadávacího řízení, neboť pokud by bylo provedeno hodnocení nabídek, včetně nabídky vybraného uchazeče s dodací lhůtou 280 dnů umožněnou sjednáním dodatku č. 2, byla by vyhodnocena jako nejvhodnější nabídka jiného uchazeče než vybraného. Pak by tedy obstál i závěr žalovaného, že uzavření dodatku č. 2 mělo vliv na výsledek hodnocení nabídek.

Zbývá tedy posoudit, zda dodatek č. 2 skutečně reálně umožňoval plnit v době 280 dnů (při nezapočítání 100 dnů připadajících na realizaci plnění díla odpovídajícímu opci). Tvrdí-li žalobce, že dodatek č. 2 neumožňoval plnit v době 280 dnů (při nezapočítání 100 dnů připadajících na realizaci plnění díla odpovídajícímu opci), neboť ustanovení bodu 5.2 smlouvy ve znění dodatku č. 2 je „nadbytečné a neúčinné“, pak podle zdejšího soudu především není pravděpodobné, že by se takový text ve smlouvě ocitl jasně vysvětlitelným omylem; tak by tomu mohlo být například tehdy, pokud by se tento text omylem „překopíroval“ z původního textu smlouvy nebo z jiného dokumentu, v původním textu smlouvy však takový text (ani jeho obdoba) obsažen není a existencí jiného dokumentu, v němž by tento text mohl mít původ a do textu smlouvy by se dostal chybným „překopírováním“, nikdo neargumentuje. Jde tedy podle zdejšího soudu o omyl značně nepravděpodobný, přesto se o omyl jednat mohlo. Proto si zdejší soud nechal od žalobce předložit listiny, z nichž by vyplýval skutečný termín předání a převzetí zhotoveného díla, a těmito listinami u jednání dokazoval.

Z dokazování vyplynulo, že stavba byla protokolárně předána žalobci dne 15.5.2012; plyne to jednak ze stavebního deníku (listy č. 12496 a 12697), nadto i z protokolu o odevzdání a převzetí díla, navíc to výslovně ve svém vyjádření potvrdil i žalobce. Připadl-li tedy skutečný termín předání a převzetí zhotoveného díla na den 15.5.2012, pak zdejší soud nemůže dospět k jinému závěru, než že dodatek č. 2 skutečně reálně umožňoval plnit v době 280 dnů (při nezapočítání 100 dnů připadajících na realizaci plnění díla odpovídajícímu opci); žalobce tedy v rámci dodatku č. 2 umožnil termín dokončení díla až do 15.5.2012, tedy prodloužil původně vysoutěženou dodací lhůtu (174 kalendářních dní) na 280 kalendářních dnů (při nezapočítání 100 kalendářních dnů připadajících na realizaci plnění díla odpovídajícímu opci), čemuž ve skutečnosti také odpovídalo chování smluvních stran po uzavření dodatku, tj. faktické předání zhotoveného díla dne 15.5.2012. Navíc žalobce ani v řízení před žalovaným, ani v řízení před zdejším soudem, a to ani k výslovnému dotazu soudu, netvrdil, že by předání zhotoveného díla ke dni 15.5.2012 bylo předáním opožděným, popř. že by pro opožděné předání díla byly ze strany žalobce uplatňovány vůči vybranému uchazeči jakékoli sankce. Předání plnění žalobci ke dni 15.5.2012 tudíž podle zdejšího soudu proběhlo v souladu se smlouvou ve znění jejího dodatku č. 2.



Tvrdí-li tedy žalobce, že dodatek č. 2 smlouvu neměnil, neboť vycházel z podmínek zadávacího řízení (174 dnů + 100 dnů při využití opce, přitom zahájení plnění je vázáno na výzvu zadavatele), a termín dokončení plnění „15.5.2012“ není druhým termínem pro dokončení plnění, nýbrž termínem „neúčinným a nadbytečným“, nedává mu zdejší soud zapravdu. Z dokazování u jednání soudu vyplynulo, že termín dokončení plnění „15.5.2012“ byl termínem, v němž plnění dokončeno ve skutečnosti bylo. Smlouvením termínu dokončení plnění podle bodu 5.2 smlouvy ve znění dodatku č. 2 představuje tudíž změnu smlouvy. Nadto jde o změnu podstatnou, neboť pokud by dodací lhůta byla v nabídce vybraného uchazeče nabídnuta v délce 280 dnů (při nezapočítání 100 dnů připadajících na realizaci plnění díla odpovídajícímu opci), tj. shodně, jak vyplývá nakonec z bodu 5.2 smlouvy ve znění dodatku č. 2, čemuž poté odpovídalo i faktické plnění vybraného uchazeče, pak by jeho nabídka byla hodnocena jinak; při takto nabízené dodací lhůtě by vybraný uchazeč skončil jako třetí v pořadí. Pak tedy závěry žalovaného ohledně dodatku č. 2 ob stojí a žaloba ani v tomto žalobním bodu není důvodná.

### III.3.

Pokud jde o uzavření dodatku č. 3, žalovaný dovodil, že jeho uzavřením došlo k podstatné změně předmětu plnění, jež bylo sjednáno smlouvou. To žalobce také pokládá za nesprávné a spekulativní.

Z obsahu správního spisu plyne, že původní smlouva zahrnovala plnění podle položkového rozpočtu v ceně 122 379 505 Kč bez DPH (bez plnění připadající na opci), dodatkem č. 2 byla mimo jiné navýšena cena díla na 144 995 585 Kč bez DPH (původní cena + opce). Dodatkem č. 3 pak byla cena díla ponížena o „méněpráce“ ve výši 22 215 466 Kč bez DPH a navýšena o „vícepráce“ ve výši 1 719 881 Kč bez DPH. „Méněpráce“ se týkaly kromě jiného zrušení úpravny dusičnanů v hodnotě 1 550 314 Kč bez DPH (položka F.2.14 Úpravna dusičnanů), stavebního objektu trafostanice v hodnotě 1 224 118 Kč bez DPH (položka TRAFOSTANICE SO06), ponížení stavebních prací v hodnotě 6 112 000 Kč bez DPH na konstrukci těla bazénu (položka F.1.1.1 Konstrukce bazénu - tělo bazénu - technologie a atrakce atd.), šatnové části v hodnotě 2 125 218 Kč (položka F.1.1.1 Architektonické a stavebně technické řešení - šatnová část, SO01 kabiny), a tedy po uzavření smlouvy bylo upuštěno od úpravny dusičnanů, objektu trafostanice, podzemní části objektu – suterénu kromě betonových nádrží pro akumulaci jímky, zrušení druhého podlaží objektu, došlo ke změně tvaru střechy, ke změně tvaru bazénu. ke změně počtu kabin atd.

Jestliže žalovaný dovodil, že se nejednalo o marginální úpravy, nýbrž o významné změny spočívající kromě jiného ve zrušení celých objektů zahrnutých v položkovém rozpočtu jako součást plnění veřejné zakázky, pak zdejší soud v tomto hodnocení se žalovaným souhlasí. Takto změněný předmět plnění nevyjadřuje pouze potřebu dílčích změn plnění v důsledku okolností vyjevených v průběhu výstavby, nýbrž o změnu plnění v nosných parametrech. Pak tedy plnění, jež bylo předmětem původní zadavatelovy poptávky a jež se po proběhlém zadávacím řízení stalo

předmětem uzavřené smlouvy na straně jedné, a plnění, jež bylo nakonec podle dodatku č. 3 realizováno, jsou plněními svým charakterem se významně odlišujícími, byť i nadále, jak tvrdí žalobce, se jednalo o stavbu koupaliště. Pokud tyto faktické změny po uzavření smlouvy žalovaný poměřoval se změnou ceny a dovodil, že podstatná změna plyne i ze snížení ceny plnění bez zohlednění opce o 17 710 650 Kč bez DPH, tj. o 14,47 %, a se zohledněním opce o 22 215 466 Kč bez DPH, tj. o 15,32 %, pak i tu zdejší soud se žalovaným souhlasí.

Zpochybňuje-li žalobce, že tím došlo k podstatné změně rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky do té míry, že mohlo dojít k vyloučení účasti jiných dodavatelů, kteří by se zúčastnili zadávacího řízení v rozsahu předmětu plnění vymezeného nakonec dodatkem č. 3, popř. že by nabídky mohly být podány při tak podstatném zásahu do původně poptávaného plnění jinak, a tedy mohly by být i jinak hodnoceny, pak zdejší soud ani v tomto ohledu se žalobcem nesouhlasí. Podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ nemusí být přímo prokázán, stačí pouhá reálná možnost takového vlivu. Zdejší soud ji přitom za reálnou má, neboť byl-li by objem stavebních prací menší, jak nakonec plyne z dodatku č. 3, mohli se zadávacího řízení účastnit i jiní dodavatelé, přitom ti, kteří nabídku podali, by ji za takového stavu mohli modifikovat nejen co do ceny v rámci jednotlivých položek, nýbrž podle zdejšího soudu především v dílčích hodnotících kritériích dodací lhůta s vahou 30 % a na ni navázané smluvní pokutě za prodlení s termínem dokončení s vahou 10 %.

Zdejší soud souhlasí se žalobcem, že ZVZ neobsahuje přesnou kvantifikaci změn v tom směru, zda se ještě jedná o „uznatelnou a přípustnou hranici“ změny smlouvy, uznal-li shora zdejší soud jako oprávněný koncept zákazu podstatné změny smlouvy po jejím uzavření i podle ZVZ ve znění před účinností zákona č. 55/2012 Sb., a to nikoli pouhým upínáním se k aplikaci rozsudku *Pressetext*, pak zároveň musí pokládat za legitimní, aby změny smluv na veřejné zakázky po jejich uzavření z pohledu jejich podstatnosti byly pod kognicí žalovaného; na žalovaném pak je, aby v konkrétním případě odůvodnil, proč posuzovanou změnu pokládá za natolik podstatnou, že by mohla přivodit v zadávacím řízení jiné hodnocení nabídek. Této povinnosti žalovaný podle zdejšího soudu dostal; svůj závěr opřel nejen o peněžité vyjádření změn, nýbrž především o jejich věcnou náplň (věcný charakter). Zdejší soud s úvahami i se závěrem žalovaného souhlasí.

Pokud jde tedy o hodnocení dodatku č. 3 coby podstatné změny smlouvy, zdejší soud ani v tomto žalobním bodu nepokládá žalobu za důvodnou. Tím jsou žalobní body vyčerpány.

#### III.4.

Zdejší soud tedy ze shora uvedených důvodů na věc nahlíží v nosných ohledech zcela shodně jako žalovaný v napadeném a jemu předcházejícím rozhodnutí; závěry žalovaného jsou podle zdejšího soudu opřeny o odpovídající skutkový podklad, ten byl

navíc dokazováním u jednání zdejšího soudu doplněn, a tyto závěry nevykazují žádnou chybu v hodnocení skutkového podkladu. Žádný ze žalobních bodů, jak byly v žalobě uplatněny, zdejší soud nepokládá za důvodný a nad jejich rámec nelze ve vztahu k napadenému rozhodnutí dovodit ani žádný nedostatek, který by vyvolával vadu, k níž by musel zdejší soud přihlédnout z úřední povinnosti. Proto zdejší soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

#### IV. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, proto právo na náhradu nákladů řízení nemá. Úspěšný byl žalovaný, tomu však podle obsahu správního spisu nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti a náhradu žádných nákladů řízení ani nepožadoval, a proto bylo rozhodnuto, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává.

#### **P o u č e n í :**

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). Případně-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 § 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.

V Brně dne 27. dubna 2017

Za správnost vyhotovení:  
Romana Lipovská

David Raus, v.r.  
předseda senátu