



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Petra Šebka a soudců Mgr. Petra Sedláka, Ph.D. a JUDr. Václava Štencla, MA ve věci

žalobce: **Statutární město Ostrava**
sídlem Prokešovo náměstí 8, 729 30 Ostrava

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 30. 8. 2021, č. j. ÚOHS-24031/2021/162/HSc,

takto:

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

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

1. Žalobou doručenou Krajskému soudu v Brně dne 29. 10. 2021 se žalobce domáhá zrušení rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 30. 8. 2021, č. j. ÚOHS-24031/2021/162/HSc (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým zamítl rozklad žalobce proti rozhodnutí žalovaného ze dne 26. 5. 2021, č. j. ÚOHS-17571/2021/500/AIv (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“). Prvostupňovým rozhodnutím žalovaný rozhodl tak, že žalobce se dopustil přestupku podle § 268

odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“), tím, že v rozporu s § 222 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek umožnil podstatnou změnu závazku ze „Smlouvy o dílo a smlouvy příkazní“ č. 0221/2017/OI/VZKÚ uzavřené dne 10. 2. 2017 bez provedení nového zadávacího řízení, když dne 3. 9. 2020 uzavřel dodatek č. 2 k citované smlouvě o dílo (dále jako „dodatek č. 2“), kterým ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) citovaného zákona změnil ekonomickou rovnováhu závazku ve prospěch dodavatele tím, že změnil platební podmínky pro část B tak, že k okamžiku uzavření dodatku č. 2 umožnil dodavateli vystavit fakturu na 40 % částky odpovídající plnění za projektovou dokumentaci pro územní řízení - tramvajové trasy I, a po předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení - tramvajové trasy I v požadovaném rozsahu umožní jmenovanému dodavateli vystavit fakturu na 20 % částky odpovídající příslušnému plnění, ačkoliv podle smlouvy o dílo mělo dojít k prvnímu vyplacení příslušné části smlouvené odměny až po předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení předmětné tramvajové trasy v požadovaném rozsahu, a to na základě vystavené faktury na 60 % částky odpovídající tomuto plnění, přičemž uvedený postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele. Za tento přestupek žalovaný uložil žalobci pokutu ve výši 100 000 Kč.

II. Obsah žaloby

2. Nezákonnost dle žalobce spočívá na prvním místě ve špatném posouzení skutkového stavu a nesprávném právním posouzení. Žalobce je přesvědčen, že tvrzenou nezákonnost postupu žalobce v souvislosti s uzavřením dodatku č. 2 žalovaný dovodil z nedostatečně a nesprávně zjištěného skutkového stavu, bez adekvátního zohlednění věcných a právních specifík daného případu. Žalovaný i jeho předseda svůj závěr dovodili pouze z vlastních úvah, ke kterým žalovaný využil nepřiléhavé podklady, a zároveň neprovedl žalobcem navrhovaný výslech svědků a nepracoval s podklady předloženými žalobcem. Žalobce považuje argumentaci žalovaného za právně nedostatečnou a napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné. Dále žalobce odkazuje na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci Priesetext a vyvozuje z něj, že se v projednávaném případě nejednalo o podstatnou změnu smlouvy, což rozvíjí v další části žaloby.
3. Dle žalobce nedošlo ke zvýhodnění dodavatele. Nebylo mu odpuštěno žádné plnění ani navýšena odměna; žalobce pouze umožnil částečnou fakturaci na již nesporně provedené plnění, a to s odstupem více než 3 let po uzavření samotné smlouvy z veřejné zakázky, která předpokládala fakturaci v období cca 36 týdnů od uzavření smlouvy. Žalobce rozporuje, že změna platebních podmínek dodatkem č. 2 je změnou ekonomické rovnováhy ze smlouvy. Zadavatel sice v rámci smlouvy přenesl „riziko spojené s překážkami plnění“ na dodavatele, ale to činil v rozsahu běžném a nikoliv extenzivním a nepředpokladatelném v době uzavření smlouvy. Nezodpovězenou otázkou je, jaká forma souhlasu v řízení EIA mohla být zadavatelem a dodavatelem očekávána v rámci realizace smlouvy z veřejné zakázky, a to mimo jiné s ohledem na to, že v té době účinné právní předpisy stanovily u staveb tramvajových drah nejnižší úroveň režimu posuzování potenciálního vlivu staveb na životní prostředí, a na skutečnost, že všechny záměry výstavby tramvajových tratí v období let 2007-2017 byly vždy ukončeny již v závěru zjišťovacího řízení. Žalovaný měl existenci nepředvídatelných okolností při uzavření dodatku č. 2 porovnávat se stavbami podobného charakteru a nikoli s projekty, u nichž probíhalo řízení EIA až v době po uzavření smlouvy a žalobce ani dodavatel je tak před podpisem smlouvy nemohli vzít v úvahu.
4. Dle žalobce jí provedená změna smlouvy dodatkem č. 2, vzhledem k okolnostem daného případu, nemohla mít nikdy žádný vliv na okruh uchazečů o veřejnou zakázku. Už vůbec nemohla měnit ekonomickou rovnováhu závazku ve prospěch vybraného dodavatele, jak tvrdí žalovaný v bodě 62 prvostupňového rozhodnutí a v bodě 31 a následujících napadeného rozhodnutí.

5. Žalovaný a jeho předseda nesprávně posoudili také (ne)splnění podmínek § 222 odst. 6 zákona o zadávání veřejných zakázek. Žalobce považuje úvahy uvedené v bodě 60 napadeného rozhodnutí za nepřezkoumatelné, učiněné na základě nedostatečně zjištěného skutkového stavu a nesprávné, neboť to byl právě zadavatel, komu vznikla potřeba vyhovět žádosti dodavatele, aby se vyvaroval přerušení prací na díle. Před podáním žádosti bylo řešení vzniklé situace předmětem osobních jednání mezi představiteli zadavatele a dodavatele, k čemuž žalobce za účelem zjištění skutkového stavu navrhoval výslech náměstkyň primátora a představitelů dodavatele.
6. Žalobce opakovaně zdůraznil, že skutkový stav považuje za nedostatečně zjištěný. Pokud měl žalovaný pochybnosti o skutečnostech uváděných žalobcem, mohl jej vyzvat k vysvětlení, což však neučinil. Ve spojení s nesprávným závěrem o podstatnosti změny závazku ze smlouvy a změně ekonomické rovnováhy má pochybení žalovaného za důsledek také nesprávný pohled na změnu platebních podmínek jako na zavedení záloh a ekonomické zvýhodnění dodavatele. Provedenou úpravou přitom došlo ke změně podmínek pro úhradu ceny dílčí části díla, kterou již dodavatel splnil, nikoli zavedení zálohových plateb. Nelze mít za to, že byl-li žalobci odevzdán koncept dokumentace pro územní řízení, jednalo se o plnění nekvalitní. Stejně tak nelze akceptovat tvrzení žalovaného o náležitě péči. V tomto směru žalobce poukazuje na to, že bez součinnosti zadavatele nemůže dodavatel dosáhnout účelu smlouvy, a na to, že specifika procesu posuzování vlivu záměru na životní prostředí neumožňují nahlížet na dodavatele jako na osobu, v jejíž moci je bez dalšího splnění samotného účelu realizace veřejné zakázky.
7. Za nezákonný pak žalobce považuje také výrok II. prvostupňového rozhodnutí, který předseda žalovaného taktéž potvrdil. Dle názoru žalobce míra přesvědčivosti argumentace žalovaného a jeho předsedy neodpovídá minimálním standardům plynoucích ze zásad a principů ovládajících správní řízení. Uložená pokuta je dle žalobce nejen neoprávněná, ale také zjevně nepřiměřená.

III. Vyjádření žalovaného

8. Žalovaný je oproti žalobci přesvědčen o tom, že zjistil stav věci, který byl nezbytný pro vydání rozhodnutí. V podrobnostech odkázal na napadené a prvostupňové rozhodnutí a setrval na svých závěrech. Ve svém vyjádření k žalobě předně upozornil, že nekonstatoval, že žalobce umožnil podstatnou změnu závazku podle § 222 odst. 3 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek, nýbrž to, že umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 odst. 3 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek, tj. takovou změnu, která mění ekonomickou rovnováhu ve prospěch vybraného dodavatele. Je to přitom zadavatel, kdo autoritativně definuje zadávací podmínky, načež je jimi v dalším průběhu zadávacího řízení, jakož i v průběhu plnění smlouvy o dílo, sám vázán. Zadávací podmínky zásadním způsobem ovlivňují rozhodování dodavatelů o jejich účasti v zadávacím řízení. Z povahy věci tedy změna ekonomické rovnováhy závazku ve prospěch vybraného dodavatele může mít též vliv na okruh účastníků zadávacího řízení, jakož i na výběr dodavatele.
9. Žalobce stanovil nevýhodné platební podmínky již na samém počátku zadávacího řízení, v jejichž rámci přenesl velkou část rizika na vybraného dodavatele, a to i výslovným ujištěním, že nebudou poskytovány zálohové platby, a vyloučením § 2611 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku. Dle názoru žalovaného tedy dodavatelé museli na základě stanovených zadávacích podmínek napevno kalkulovat s tím, že ani v případě pozdržení projektu z důvodů nezávislých na jejich vůli žádnou zálohovou platbu neobdrží.
10. K žalobcem odkazovanému rozsudku ve věci Pressetext žalovaný dodal, že souhlasí se žalobcem, že možné zkreslení výsledku původního zadávacího řízení představuje jeden z hlavních limitů možných nepodstatných změn závazku. Změna platebních podmínek však takové zkreslení v zásadě může představovat. V daném případě byla ve smlouvě o dílo splatnost díla navázána na předání čistopisu projektové dokumentace (a jemu předcházející získání souhlasu v řízení EIA a vypořádání vlastnických vztahů) a vydání pravomocného územního rozhodnutí ke stavbě.

Nelze opomenout, že při znalosti místního prostředí byly určité komplikace spojené s připomínkami dotčených osob a potřebou úpravy díla obecně předvídatelné a očekávatelné. Zadavatel přenesl riziko spojené s délkou řízení EIA, ale i s vypořádáním vlastnických vztahů, které měl dodavatel v rámci inženýrské činnosti provádět, na vybraného dodavatele již v zadávacích podmínkách, načež nebyl povinen ani oprávněn platební podmínky v důsledku tvrzených neočekávaných okolností měnit.

11. Uzavřením dodatku č. 2 zadavatel zmírnil nevýhodné platební podmínky. Pokud zadavatel uvádí, že v případě, že by dodavatelé průtahy předvíдали, nabídku by nepodali, potvrzuje to vliv stanovených platebních podmínek na výběr dodavatele v zadávacím řízení. Případná nezbytnost uzavření dodatku č. 2 a možnost vybraného dodavatele fakturovat částečnou platbu je tak přirozený důsledek nevhodného nastavení zadávacích podmínek. Pojem ekonomická rovnováha nelze vnímat jako jakési spravedlivé vypořádání mezi stranami. Onou ekonomickou rovnováhou bylo nastavení platebních podmínek v neprospěch dodavatele. Došlo-li změnou závazku k nastolení spravedlnosti mezi smluvními stranami tím, že se z nevyvážené strany stala strana vyvážená, neuniká taková situace zákazu učinit podstatnou změnu smlouvy.
12. Platební podmínky byly ve smlouvě o dílo nastaveny jednoznačně, načež průtahy v řízení EIA bylo možno s náležitou péčí předpokládat. Tím spíše bylo možno předvídat problémy s vypořádáním vlastnických vztahů k dotčeným nemovitostem, neboť toto téma je obecně vždy ožehavé. Dle názoru žalovaného tedy nebyla splněna již první z kumulativních podmínek dle § 222 odst. 6 zákona o zadávání veřejných zakázek, tj. že se jedná o změnu, jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat.
13. Žalovaný tak má žalobu jako celek za nedůvodnou.

IV. Posouzení věci krajským soudem

14. Krajský soud na základě včas podané žaloby přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „s. ř. s.“), jakož i řízení předcházející jeho vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). O žalobě soud rozhodl, aniž nařizoval jednání, za podmínek vyplývajících z § 51 odst. 1 s. ř. s.
15. Pokud jde o namítanou nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, v tomto krajský soud žalobci nedává zapravdu a konstatuje, že napadené rozhodnutí je přezkoumatelné.
16. Žalobce namítá nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů napadeného rozhodnutí vedoucích k závěru, že změna původní smlouvy co do změny platebních podmínek mohla mít vliv na okruh uchazečů o veřejnou zakázku, přestože změna spočívala v úhradě části předmětu plnění, které je splněno již několik let. Obecný příklad předseda žalovaného předestřel v bodě 41 napadeného rozhodnutí, kde uvedl, že „[p]okud by například smlouva, pro jejíž uzavření byl dodavatel vybrán v zadávacím řízení, byla uzavřena za použití smluvních podmínek, které by implikovaly schéma rozložení rizika A, následně by se s plynutím času či pro změnu okolností toto schéma stalo pro jednu ze stran značně nevýhodným, tedy nepřiměřeným a nespravedlivým, protože by strany přistoupily ke změně smluvních podmínek a dohodou by přijaly pro svůj závazkový vztah schéma rozložení rizika B, pak nelze vyloučit, že by za použití schématu B ve smluvních podmínkách v původním zadávacím řízení zvitězil jiný uchazeč. O budoucím použití schématu B však nikdo z potenciálních ani reálných účastníků zadávacího řízení nemohl vědět, což představuje prvek netransparentnosti.“ Vlivu na okruh možných uchazečů v konkrétní podobě se pak věnoval v několika bodech napadeného rozhodnutí, především v bodě 53, kde se ztotožnil s názorem žalovaného a uzavřel, že „vzhledem k tomu, že původní platební podmínky ve smlouvě o dílo si kladly vyšší nároky týkající se finanční síly dodavatele a schopnosti financovat provádění příslušných projekčních prací z vlastních prostředků než platební podmínky ve smyslu dodatku č. 2, pak nelze vyloučit, že v případě, že by zadavatel nastavil mírnější požadavky na platební podmínky již v zadávacích podmínkách veřejné zakázky, se

moblo zadávacího řízení na veřejnou zakázku účastnit více dodavatelů“. To považuje krajský soud za dostačující vypořádání námitky žalobce.

17. Nepřezkoumatelná jsou podle žalobce obě správní rozhodnutí také protože žalovaný nevzal v potaz další ustanovení smlouvy. Předseda žalovaného se v napadeném rozhodnutí výslovně zabýval také celkovým konceptem smlouvy a dalšími relevantními ustanoveními. Především upozornil na jedinou možnost zohlednění prodlení se získáním potřebných dokumentů, kterou lze shledat v části B, čl. II, bod 6 smlouvy o dílo (viz bod 37 napadeného rozhodnutí). Žalovaný se v prvostupňovém rozhodnutí taktéž zabýval dalšími ustanoveními smlouvy o dílo, a to především v části věnované skutečnostem vyplývajícím z dokumentace o zadávacím řízení. Výslovné nezmínění žalobcem citovaného čl. II odst. 4 smlouvy o dílo nezpůsobuje nepřezkoumatelnost správních rozhodnutí. Otázka, zda se svou povahou jednalo o zálohovou platbu, či platbu za dílčí plnění, nemá na výsledek projednávané věci vliv. Krajský soud neopomíjí žalobcem zdůrazňovanou argumentaci, že byla uhrazena pouze část plnění, které již dodavatel fakticky splnil. Původní platební podmínky však s takovým postupem nepočítaly, resp. nevázaly vyplacení ceny na splnění dílčího plnění v podobě konceptu projektové dokumentace.
18. O celkové přezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí pak svědčí především skutečnost, že žalobce s jeho závěry bez problémů věcně polemizuje, příslušné části cituje a uvádí vlastní argumentaci k jejich vyvrácení. Pouhý nesouhlas žalobce se závěry žalovaného nezpůsobuje jejich nepřezkoumatelnost. Pro úplnost krajský soud uvádí, že ověřil, že předseda žalovaného vypořádal všechny stěžejní rozkladové námitky žalobce, uvedl, proč je považoval za liché a z odůvodnění napadeného rozhodnutí je seznatelné, na základě jakých skutečností a jak rozhodl.
19. Nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí žalobce vyvozuje také z nedostatečně zjištěného skutkového stavu a brojí proti postupu žalovaného, který neprovedl žalobcem navrhované výslechy svědků a neověřil jim uváděné skutečnosti u jiných potencionálních dodavatelů.
20. I v řízení o přestupku podle zákona o zadávání veřejných zakázek se uplatní obecné principy dokazování v řízení o přestupku a důkazní břemeno tak leží na správním orgánu. Na druhou stranu nelze pominout, že důvody pro uzavření dodatku ke smlouvě může tvrdit a je povinen prokázat pouze zadavatel, neboť pouze on ví, proč zvolil daný postup. Nepostačí tedy, aby zadavatel pouze tvrdil, jaké důvody ho k uzavření dodatku ke smlouvě vedly, nýbrž musí je také prokázat. Přitom má plnit důkazní povinnost vlastními prostředky, nikoliv spoléhat na to, že důkazní prostředky bude vyhledávat či je obstará správní orgán (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 3. 2023, č. j. 4 As 31/2023-32). Už vůbec od žalovaného nelze očekávat, že bude dohledávat potencionální dodavatele a zjišťovat, zda by se za určitých podmínek do zadávacího řízení přihlásili. Jednak by takové dokazování bylo nad rámec možností správního řízení, nadto je třeba vzít v úvahu, že situace na trhu se může v čase dynamicky měnit. Navíc, zákon o zadávání veřejných zakázek stojí na principu potenciality ovlivnění výběru možného dodavatele. Pro projednávanou věc je podstatné, že přestupek, za který byl žalobce sankcionován, je svým charakterem ohrožovací, tedy takový, pro jehož spáchání nemusí dojít ke vzniku škody, zde narušení hospodářské soutěže. To znamená, že postačí, pokud správní orgány své v tomto směru vedené úvahy dostatečně odůvodní, což dle krajského soudu v nyní projednávaném případě učinily. Nemělo proto smysl v tomto směru vést další dokazování.
21. Co se týče výslechů svědků, konkrétně náměstkyně primátora a představitelů dodavatele, ty žalobce dle svých slov navrhol za účelem ozřejnění všech skutečností a okolností vedoucích k uzavření dodatku č. 2, taktéž zde se krajský soud shoduje se žalovaným, že žalobcem doložené důkazy (žádost dodavatele o změnu platebních podmínek, materiál pro 68. schůzi rady) jsou dostatečně věrohodné a nebylo třeba provádět výslechy svědků ani vyzývat žalobce k dalšímu vysvětlení uváděných skutečností. Důvody uzavření dodatku č. 2 by měly primárně vycházet z jeho textace, případně ze žádosti o změnu platebních podmínek. Není však vyloučeno, aby následně žalobce v rámci svých vyjádření vysvětlil, jaké důvody jej k uzavření dodatku č. 2 vedly,

jak ostatně činil. Předsedovi žalovaného ani nelze vytýkat, že se k tvrzení žalobce vyjádřil pouze v obecné rovině, neboť žalobce v rozkladu a jeho doplnění svá tvrzení uvedl pouze v obecné rovině a sám tím předurčil podrobnost odůvodnění napadeného rozhodnutí.

22. Přisvědčit nelze ani názoru žalobce, že žalovaný se měl dotazovat dodavatele na skutečnosti, jež jej vedly k podání jeho žádosti, a to zvláště vzhledem k tomu, že žádost dodavatele o změnu platebních podmínek není nároková, a jak na ni bude zadavatel reagovat, je na jeho uvážení. Vždy přitom musí postupovat v intencích zákona o zadávání veřejných zakázek a je to právě zadavatel, kdo musí svůj závěr odůvodnit.
23. Krajský soud považuje zjištěný skutkový stav za dostatečný a neshledal v tomto směru na straně žalovaného žádné pochybení.
24. Předmětnou otázkou v nyní projednávané věci je, zda uzavření dodatku č. 2 představovalo podstatnou změnu smlouvy na veřejnou zakázku, která by měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, a zda se jednalo o situaci předvídanou § 222 odst. 6 zákona o zadávání veřejných zakázek, tedy o změnu, kterou zákon za podstatnou nepovažuje.
25. Při zodpovězení předestřených otázek krajský soud vycházel z následující právní úpravy.
26. Podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek se zadavatel dopustí přestupku tím, že „nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.“ Za spáchání tohoto přestupku mu dle odst. 2 písm. a) stejného ustanovení hrozí pokuta do 10% ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
27. Ustanovení § 222 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek zakazuje zadavateli umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení. Podle odst. 3 citovaného ustanovení je podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku 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. Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se podle odst. 6 citovaného ustanovení nepovažuje změna, a) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, b) která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a c) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku.
28. Pojem podstatná změna dle důvodové zprávy k zákonu o zadávání veřejných zakázek navazuje na předchozí právní úpravu § 82 odst. 7 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, a promítá obecnou zásadu, že zadavatel má povinnost uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku v souladu se zadávacími podmínkami a tyto podmínky není ani následně oprávněn podstatným způsobem měnit. Ustanovení reprodukovalo výklad pojmu „podstatná změna smlouvy“ provedený Soudním dvorem Evropské unie v rozsudku ze dne 19. 6. 2008, C-454/06 (Presstext). „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“

(viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 8. 2019, č. j. 9 As 153/2019-73, či ze dne 27. 8. 2020, č. j. 5 As 225/2018-37).

29. Zákaz podstatné změny smlouvy uzavřené v zadávacím řízení je klíčovým pravidlem. Právním regulovaný proces zadávání veřejných zakázek by zcela pozbyl smyslu, jestliže by zadavatel byl limitován zákonem pouze do okamžiku uzavření smlouvy s vybraným uchazečem a nikoli po celou dobu účinnosti smlouvy na poskytované plnění, tedy aby měl sice povinnost uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, ale následně by do ní mohl zasahovat, tedy podmínky plnění odpovídající těm podmínkám, za nichž bylo zadávací řízení vedeno a ve vztahu k nimž byly podávány nabídky, měnit. Taktéž odborná literatura dovodila, že „*[v] případech podstatných změn komentovaný zákon stanoví zadavateli povinnost vypracovat nové zadávací řízení za účelem zachování všech zásad hospodářské soutěže. Naopak, jedná-li se o změnu, která není schopná ovlivnit soutěžní prostředí (v intencích § 222), pak přípustná je*“ a „*[v] případě, že by vybraný dodavatel spolu se zadavatelem mohl po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku obsah tohoto závazku libovolně měnit, bylo by takové jednání v přímém rozporu se zásadami hospodářské soutěže a zároveň by obcházelo smysl zákona, kterým má být umožněna kontrola vynakládání veřejných prostředků. Následnou změnou závazku z uzavřené smlouvy formou dodatku také dochází k porušení základních zásad zákona o zadávání veřejných zakázek*“ (viz PODEŠVA, Vilém a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016). Z toho plynoucím východiskem pak je, že veškeré zásahy do již uzavřených smluv (ve formě nejrůznějších dodatků) by měly vycházet ze zásady jejich minimalizace, přitom umožněny by měly být změny pouze nepodstatné.
30. Žalobce namítá, že nedošlo ke změně ekonomické rovnováhy, neboť změna platebních podmínek pouze navracela ekonomickou rovnováhu nastavenou při podání nabídky dodavatelem k veřejné zakázce a uzavření smlouvy z veřejné zakázky, a to v reakci na nepředvídatelné skutečnosti vzniklé po uzavření smlouvy. Nemohlo se tak dle jeho názoru jednat o podstatnou změnu.
31. Zdejší soud, pokud jde o charakter změny smlouvy v důsledku uzavření dodatku, souhlasí se žalovaným, že se jednalo o změnu, která změnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele [§ 222 odst. 3 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek]. V projednávaném případě byly dodatkem č. 2 změněny platební podmínky tak, že dodavateli byla umožněna fakturace 40% ceny části díla (projektové dokumentace pro územní řízení) a zbytek platebních podmínek zůstal beze změny, tedy dalších 20% ceny díla odpovídající plnění za část díla (projektové dokumentace pro územní řízení) a zbývajících 40% po získání územního rozhodnutí. To znamená, že žalobce, oproti původním zadávacím podmínkám, jež se promítly do původně uzavřené smlouvy, na sebe převzal povinnost uhradit dodavateli část díla, kterou původně neměl, čímž zároveň zvýhodnil vybraného dodavatele. Ekonomická rovnováha na počátku smluvního vztahu je dána právě zadávacími podmínkami a následně uzavřenou smlouvou o dílo. Je nepodstatné, zda k uzavření dodatku č. 2 vedla snaha dodatečně „optimalizovat“ již existující smluvní vztah, snaha napravit eventuální chybnou úvahu zadavatele, jejímž výsledkem bylo stanovení takových platebních podmínek již v zadávacích podmínkách, anebo snaha adekvátně reagovat na nouzovou situaci, v níž se smluvní strany po uzavření smlouvy ocitly (resp. v níž se především ocitl dodavatel).
32. Jak uvedl zdejší soud ve svém rozsudku ze dne 18. 4. 2019, č. j. 62 Af 130/2016-553: „*[d]okonce i z pohledu realizace plnění rozumně hájitelné „narovnání“ vzájemných vztahů v důsledku nemožnosti realizovat plnění podle původní smlouvy (tj. potřeba „citlivě reagovat na nově vzniklé okolnosti“)* je považováno za podstatnou změnu smlouvy (rozsudek Soudního dvora ve věci C-549/14 ze dne 7.9.2016, Finn Frogne A/S); podle Soudního dvora „... po zadání veřejné zakázky nemůže být tato zakázka podstatně změněna bez zahájení nového zadávacího řízení, a to ani tehdy, když je objektivně tato změna způsobem narovnání, v rámci něhož je sjednáno, že strany se vzájemně vzdají svých nároků s cílem ukončit spor, jebož výsledek je nejistý a jenž vznikl z důvodu obtíží s plněním této zakázky. Jinak by tomu bylo, pokud by v dokumentaci k zadávacímu řízení na uvedenou veřejnou zakázku byla upravena možnost změnit některé, i podstatné, podmínky této zakázky po jejím

žadání a stanoveny podmínky uplatnění této možnosti...“: Uvedené se podle zdejšího soudu v principu uplatní jak v situaci, kdy výsledkem dodatečného zásahu do uzavřené smlouvy je zúžení předmětu plnění (jak tomu bylo ve věci C-549/14), tak v situaci, kdy do předmětu plnění sice zasahováno není, nicméně dochází ke změně parametrů, jež určují důsledky nedodržení sjednaných podmínek, za nichž má být plněno“. Citovaný závěr sice zdejší soud učinil ve vztahu k povaze podstatné změny podle předchozího zákona o veřejných zakázkách, nicméně je aplikovatelný také zde. V posuzované věci přitom původní zadávací podmínky dodatečný zásah do platebních podmínek neumožňovaly. Proto ani argument žalobce, že uzavření dodatku č. 2 umožnilo pokračovat v další spolupráci s dodavatelem, nic nemění na správnosti závěrů žalovaného, že se jednalo o podstatnou změnu smlouvy. K tomu je nutno dodat, že soud, a ostatně ani žalovaný, nezpochybnují kvalitu plnění dodavatele. Nelze však přehlížet, že původní smlouva před uzavřením dodatku č. 2 vázala uhrazení ceny na předání čistopisu projektové dokumentace, jehož součástí mělo být také zohlednění závěrů posouzení vlivů záměru na životní prostředí.

33. Žalobce dále odkazuje na stanovisko generální advokátky J. Kokott uplatněné ve věci *Pressetext* (viz výše) a odvozuje z něj, že nepředstavuje-li úprava smlouvy nebezpečí zkrácení hospodářské soutěže, nejedná se o podstatnou změnu smlouvy. To však není v rozporu se závěry žalovaného a jeho předsedy. Žalobce byl sice sankcionován za umožnění podstatné změny měnící ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy [§ 222 odst. 1 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek], nikoli za podstatnou změnu smlouvy, která umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení [§ 222 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek], možnost ovlivnění výběru dodavatele je však jedním ze znaků skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek a závěr žalovaného o existenci takové možnosti tak vyplývá přímo z výroku prvostupňového rozhodnutí, se kterým se předseda žalovaného ztotožnil. V odůvodnění se žalovaný této otázce věnoval např. v bodě 60 prvostupňového rozhodnutí a jeho předseda uvedené závěry potvrdil (viz bod 53 napadeného rozhodnutí).
34. Taktéž podle zdejšího soudu šlo o změnu, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast jiných dodavatelů, neboť předpoklad, že dodavatelé při úvahách ohledně účasti v zadávacím řízení zvažují i rizika ekonomická spojená s možností prodloužení procesu, na jehož výsledku je závislé poskytnutí části ceny díla, je předpokladem racionálním, zohledňujícím ekonomickou realitu. Při zvažování účasti potenciální dodavatelé vyhodnocují rizika a zadávací podmínky a promítají je do svých nabídek. Zásah do platebních podmínek po uzavření smlouvy, jde-li o platební podmínky tvořící součást zadávacích podmínek, ke kterým dodavatel nabídku podával, je již v principu dobře podřaditelný pod podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Úvahu žalobce, že pokud by bylo předem známo, že vybraný dodavatel nebude mít předem uhrazeno za prokazatelně dokončenou část plnění ničeho ani po několika letech oproti harmonogramu platebních podmínek ze smlouvy, tak by se zadávacího řízení k veřejné zakázce ani nikdo neúčastnil, je nutné považovat za spekulativní. Jedná se právě o jednu ze skutečností, jejichž přínos vs. riziko musí každý potenciální dodavatel zvážit. Každý dodavatel může míru důležitosti každé podmínky vnímat odlišně. Mimo to nelze pominout, že zákon o zadávání veřejných zakázek je postavený na principu potenciality narušení hospodářské soutěže. Pokud jde o otázku vlivu na účast dodavatelů v původním zadávacím řízení, zdejší soud souhlasí se žalovaným, že vzhledem k tomu, že původní platební podmínky kladly na finanční sílu dodavatele vyšší nároky (dodavatel mohl očekávat vyplacení části ceny díla až po dopracování projektové dokumentace), nelze vyloučit, že v případě, že by zadavatel nastavil mírnější požadavky na platební podmínky již v zadávacích podmínkách veřejné zakázky, mohlo se zadávacího řízení zúčastnit více dodavatelů.
35. Žalobce svůj postup ospravedlňuje odkazem na splnění podmínek § 222 odst. 6 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek. Naplnění podmínky vzniku potřeby v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, staví především na nepřiměřené

a neočekávatelné délce posuzování vlivů záměru na životní prostředí, která dodavateli brání předání čistopisu projektové dokumentace pro územní řízení, přičemž tato objektivní překážka vznikla až v průběhu plnění smlouvy.

36. Zákon č. 100/2001 Sb., o posuzování vlivů na životní prostředí a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o posuzování vlivů na životní prostředí), ve znění účinném do 31. 10. 2017 (tedy účinném v době uzavření smlouvy), řadil tramvajové dráhy mezi záměry vyžadující zjišťovací řízení (viz příloha č. 1 zákona o posuzování vlivů na životní prostředí). Z toho žalobce odvozuje své legitimní očekávání, že posouzení vlivů na životní prostředí proběhne pouze ve fázi zjišťovacího řízení v předpokládaném časovém rozmezí 2-3 měsíců, k čemuž odkazuje na jiné záměry stavby tramvajových drah posuzovaných v rámci České republiky a především na skutečnost, že za roky 2007-2017 byly všechny tramvajové dráhy posuzovány pouze v rámci zjišťovacího řízení.
37. Krajský soud nikterak nesnižuje argumentaci žalobce a jím odkazované případy, nicméně nemůže žalobci přisvědčit. Jak totiž správně uvedl předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí, předmětem posuzování vlivů záměru na životní prostředí jsou dle § 4 odst. 1 písm. c) zákona o posuzování vlivů na životní prostředí také záměry uvedené v příloze č. 1 k tomuto zákonu kategorii II, tedy kategorií záměrů vyžadujících zjišťovací řízení. Cílem zjišťovacího řízení je u těchto záměrů „zjištění, zda záměr nebo jeho změna může mít významný vliv na životní prostředí, případně zda záměr může samostatně nebo ve spojení s jinými významně ovlivnit území evropsky významné lokality nebo ptací oblasti, a zda bude posuzován podle tohoto zákona. Je-li výsledkem takového posouzení zjištění, že záměr má být posuzován podle tohoto zákona, je předmětem zjišťovacího řízení také upřesnění podle odstavce 1“ (§ 7 odst. 2 zákona o posuzování vlivů na životní prostředí). Při určování, zda záměr nebo změna záměru může mít významné vlivy na životní prostředí, příslušný úřad přihlíží vždy k „a) povaze a rozsahu záměru a jeho umístění, b) okolnosti, zda záměr nebo změna záměru svou kapacitou dosahuje limitních hodnot uvedených u záměrů příslušného druhu v příloze č. 1 k tomuto zákonu kategorie II, c) obdržným vyjádřením veřejnosti, dotčené veřejnosti, dotčených správních úřadů a dotčených územních samosprávních celků“. Nelze opomíjet, že je třeba přihlídnout i ke kumulaci s vlivy jiných známých záměrů (a to nejen realizovaných, nýbrž též připravovaných a zvažovaných).
38. Z právní úpravy zcela jasně plyne, že na základě zařazení plánovaného záměru do kategorie II přílohy č. 1 k zákonu o posuzování vlivů na životní prostředí žalobce nemohl legitimně očekávat, že proběhne pouze zjišťovací řízení, jehož délka bude 2-3 měsíce. Zjišťovací řízení slouží k určení, zda má být záměr posuzován podle zákona o posuzování vlivů na životní prostředí, přičemž to probíhá na základě stanovených kritérií, mezi která patří mimo jiné i zohlednění povahy a rozsahu záměru, jeho umístění a obdržných vyjádření. Nelze se proto spoléhat, že příslušný úřad neshledá potřebu posoudit vlivy záměru na životní prostředí, a to ani protože tak v obdobných případech na jiném území učinil.
39. V této souvislosti žalobce sporuje také postup předsedy žalovaného, který dle názoru žalobce porovnával předmětný záměr se záměry jiného charakteru a posuzovanými až v době po uzavření smlouvy. Předseda žalovaného v bodě 73 napadeného rozhodnutí uvedl, že vyjmenované záměry byly použity pouze pro posouzení toho, zda dobu trvání procesu posuzování vlivů na životní prostředí bylo v projednávaném případě možno označit ke dni uzavření dodatku č. 2 za excesivní, či nikoli. Dle předsedy žalovaného „[v] žádném případě nebylo cílem uvedeného výčtu prokázat, že zadavatel a vybraný dodavatel měli předpokládat již ke dni uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, že řízení EIA pro záměr „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ bude trvat několik let.“ Vzhledem k tomu, že tramvajové dráhy byly mezi záměry vyžadující zjišťovací řízení zařazeny i za pozdější právní úpravy (byť s limitem, který však v projednávaném případě nehraje roli) a k závěru zdejšího soudu z předchozího bodu tohoto rozsudku, nepovažuje zdejší soud odkazy na vyjmenované záměry za nevhodné a námitka žalobce je proto dle něj nedůvodná.

40. K tomu krajský soud dodává, že žalobce v žalobě navrhuje provedení všech záměrů tramvajových tratí v rozmezí let 2007-2017, které jsou součástí písemnosti žalobce podané žalovanému. Všechny žalobcem navržené důkazy jsou součástí správního spisu, kterým se dokazování neprovádí.
41. Dále se na délce poskytovaného plnění dle žalobce podílí také majetková problematika, neboť je v území nutno řešit majetkoprávní poměry a postupy vlastníků nemovitých věcí, což nebylo v průběhu zadávacího řízení předvídatelné pro zadavatele ani dodavatele. Tomu nelze přisvědčit. Potřeba vypořádání majetkových vztahů je jedna z možností, kterou si zadavatel a dodavatel mohou předem ověřit alespoň v rovině existence vlastnických práv, a to zvláště s ohledem na to, že součástí díla bylo právě i vypořádání vlastnických práv. Žalobce ani neuvádí, v čem byla dle něj tato problematika natolik významná a odlišná od jiných obdobných záměrů, že by odůvodňovala potřebu změny platebních podmínek.
42. V době uzavření dodatku č. 2 byl dle žalobce dodavatel navíc vystaven finančním dopadům souvisejícím s výskytem koronaviru na území České republiky. Krajský soud sice přisvědčuje žalobci v tom, že se jedná o okolnost, kterou zadavatel nemohl předvídat, nicméně nepovažuje ji za takovou okolnost, v jejímž důsledku by vznikla potřeba změnit platební podmínky uvedeným způsobem. Vlivu pandemie koronaviru byl ostatně vystaven i žalobce.
43. Tvrdí-li tedy žalobce, že dodatkem č. 2 řešil předem neočekávatelnou situaci spočívající zejména v nepřiměřené délce posuzování vlivů záměru na životní prostředí a dále v majetkoprávních poměrech či vlivu koronaviru, lze vyplacení části ceny díla ze strany žalobce stěží rozumně stavět do přímé souvislosti s touto „krizovou“ situací. Byť krajský soud chápe snahu žalobce nalézt za nastalé situace spravedlivé řešení, z pohledu zákona o zadávání veřejných zakázek však svým jednáním spáchal vytkaný přestupek.
44. Na závěr žaloby žalobce brojí proti uložené sankci, kterou považuje za nezákonnou a nepřiměřenou. Následně uvádí náležitosti přezkoumatelného odůvodnění výše pokuty, nikterak však nespecifikuje, zda a v jakém smyslu dle něj tyto náležitosti nebyly splněny v projednávané věci. Krajský soud proto k této části pouze obecně konstatuje, že nepřezkoumatelnost rozhodnutí v této části neshledal. Žalovaný přihlédl k povaze spáchaného přestupku, stupni závažnosti a k jeho následkům. Jako polehčující okolnost vzal v úvahu, že změna proběhla pouze k části předmětu plnění. Zohlednil také ekonomickou situaci žalobce a uložil mu pokutu ve výši 100 000 Kč, tedy ve výši nedosahující ani jednoho procenta hodnoty veřejné zakázky. To krajský soud s ohledem na všechny okolnosti projednávané věci stejně jako předseda žalovaného považuje za zákonnou a přiměřenou sankci.

V. Shrnutí a náklady řízení

45. S ohledem na vše shora uvedené dospěl soud k závěru, že napadené rozhodnutí, kterým předseda žalovaného zamítl rozklad žalobce, bylo vydáno v souladu se zákonem a shora uvedené žalobní námítky uplatněné žalobcem nejsou důvodné. Soudu tedy nezbylo, než žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítnout.
46. Výroky o nákladech řízení mají oporu v § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce v řízení úspěšný nebyl, a proto mu právo na náhradu nákladů řízení nepřisluší. Žalovaný měl v řízení plný úspěch, ale v souvislosti s tímto řízením mu žádné náklady nad rámec jeho administrativní činnosti nevznikly, a proto krajský soud rozhodl, že se žalovanému náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. 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.

Brno 31. srpna 2023

Mgr. Petr Šebek v. r.
předseda senátu