Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. 12. 2010, sp. zn. 23 Cdo 4561/2008, ECLI:CZ:NS:2010:23.CDO.4561.2008.1

Číslo: 74/2011

Právní věta:

Smlouva, v níž byly podmínky změny nabídkové ceny uchazeče sjednány v rozporu s podmínkami stanovenými zadavatelem při vyhlášení obchodní veřejné soutěže podle zákona č. 199/1994 Sb., ve znění pozdějších předpisů, je absolutně neplatná v plném rozsahu.

Soud: Nejvyšší soud

Datum rozhodnutí: 21.12.2010

Spisová značka: 23 Cdo 4561/2008

Číslo rozhodnutí: 74

Číslo sešitu: 6

Typ rozhodnutí: Rozsudek

Hesla: Veřejná soutěž, Veřejné zakázky

Předpisy: § 40 odst. 2 předpisu č. 199/1994Sb.
§ 70 předpisu č. 199/1994Sb.

Druh: Rozhodnutí ve věcech občanskoprávních, obchodních a správních

Sbírkový text rozhodnutí:

O b v o d n í s o u d pro Prahu 4 rozsudkem ze dne 31. 1. 2008 uložil žalované zaplatit žalobkyni částku 208 007,03 Kč s úroky z prodlení specifikovanými v tomto rozhodnutí (výrok pod bodem I), zamítl žalobu na zaplacení částky 241 343,08 Kč s úroky z prodlení uvedenými v tomto rozhodnutí (výrok pod bodem II) a rozhodl o náhradě nákladů řízení (výrok pod bodem III).

Soud prvního stupně vyšel ze zjištění, že dne 7. 4. 2004 byly v Obchodním věstníku zveřejněny podmínky obchodní veřejné soutěže pro veřejnou zakázku zadavatele České republiky – Ministerstva obrany o nejvhodnější nabídku na poskytování služeb stravování v posádce M. T. pro armádu České republiky v letech 2004 – 2007. V bodě 5 podmínek byl stanoven způsob hodnocení nabídek podle výše celkové nabídkové ceny za poskytování služeb stravování za jeden rok. V bodě 6 podmínek byly stanoveny požadavky na jednotný způsob zpracování nabídkové ceny včetně platebních podmínek tak, že uchazeč zpracuje nabídkovou cenu do „listu nabídkové ceny“, který je přílohou zadávací dokumentace. Zveřejněná veřejná zakázka neobsahovala podmínky, při jejichž splnění je možno překročit výši nabídkové ceny. Z toho důvodu byly podmínky této veřejné zakázky doplněny o další text a zveřejněny v Obchodním věstníku č. 16/04 ze dne 21. 4. 2004. Podmínky překročení výše nabídkové ceny byly stanoveny takto: „Celková nabídková cena za službu stravování je cenou nejvýše

přípustnou. Její výši je možno změnit po úpravě ročního rozpočtu z důvodu zvýšení úhrnného indexu spotřebitelských cen zboží a služeb, změn peněžní hodnoty náležitostí potravin a finančních limitů pro hospodaření s materiálem nebo při výrazné změně počtu stravovaných. Podrobné upřesnění podmínek v zadávací dokumentaci." V zadávací dokumentaci, která byla zasílána jednotlivým uchazečům o veřejnou zakázku, byly konkretizovány podmínky možného zvýšení celkové nabídkové ceny za službu stravování tak, že zvýšení úhrnného indexu spotřebitelských cen zboží a služeb bylo konkretizováno údajem o více než 5 %, a u změny počtu stravovaných bylo stanoveno, že se bude jednat o více než 20 % stravovaných po dvou měsících po sobě jdoucích. V bodě 12.5 byl zadavatelem uveden předpokládaný počet připravovaných stravních jednotek, a to v pracovních dnech snídaně v počtu 253 ks, oběd v počtu 480 ks a večeře v počtu 253 ks. V bodě 12.9 bylo zadavatelem stanoveno, že uchazeč zabezpečí přípravu stravy v hodnotě spotřebovaných potravin (bez nároků na provoz) podle nařízení náčelníka Generálního štábu AČR č. 33 z 23. 7. 2003. Změna tohoto nařízení byla v bodě 7 zadávací dokumentace jednou z možných podmínek zvýšení celkové nabídkové ceny za službu stravování.

Nedílnou přílohou zadávací dokumentace byl tzv. „list nabídkové ceny". Podle tohoto „listu nabídkové ceny" činily náklady žalované za jedno jídlo 10,35 Kč bez daně z přidané hodnoty, tedy 12,32 Kč s touto daní. Na základě této kalkulace žalovaná soutěž o veřejnou zakázku vyhrála.

Dne 17. 9. 2004 byla mezi stranami uzavřena smlouva na poskytování stravy v posádce M. T. č. 040200246. V článku IV. smlouvy byla stanovena cena plnění za službu v souladu s výsledky veřejné soutěže ve výši 12,32 Kč s DPH (bez DPH 10,35 Kč). Ve smlouvě byla sjednána doba plnění počínaje dnem 1. 11. 2004. V článku VII bodu 8 smlouvy byly sjednány podmínky zvýšení ceny, kde však na rozdíl od podmínek stanovených v zadávací dokumentaci bylo uvedeno, že cenu lze změnit po úpravě rozpočtu schváleného objednatelem v případě změny počtu zaměstnanců o více než 15 % po dvou měsících po sobě jdoucích, a to pouze při změnách z důvodu reorganizace, při změnách tabulek počtů, při odvelení příslušníků útvaru.

Dále bylo zjištěno, že dodatkem č. 1 sjednaným dne 3. 12. 2004 s účinností od 1. 11. 2004 byla zvýšena cena na 14,07 Kč za jedno jídlo. Dodatkem č. 2 sjednaným dne 31. 1. 2005 s účinností od 1. 1. 2005 byla zvýšena cena peněžní hodnoty spotřebovaných potravin. Dodatkem č. 3 podepsaným dne 1. 7. 2005 byl zrušen dodatek č. 1 a mj. změněno znění čl. VII. bodu 8 smlouvy tak, že se ceny mohou změnit v případě změn počtu stravovaných o více než 20 % po dvou měsících po sobě jdoucích (pouze při změnách reorganizace, při změnách tabulek počtů, při odvelení příslušníků útvaru) ke dni vzniku těchto změn. Dodatkem č. 4 sjednaným dne 30. 6. 2005 s účinností od 1. 11. 2004 byla opět zvýšena cena jídla na 14,07 Kč. Soud dále zjistil, že žalobkyně zaplatila žalované za období od listopadu 2004 do května 2006 o 449 350,11 Kč více oproti ceně podle smlouvy ze dne 17. 9. 2004. Dále bylo zjištěno, že počet stravovaných oproti informaci v zadávací dokumentaci byl o více než 20 % nižší v měsících prosinci 2004 až dubnu 2005.

Soud prvního stupně posuzoval věc podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek"). Dospěl k závěru, že smlouva ze dne 17. 9. 2004 byla mezi účastníky uzavřena platně. Neplatnou ji podle § 41 obč. zák. shledal pouze v části, v níž v rozporu se zadávací dokumentací stanovila možnost překročení ceny v případě změny počtu zaměstnanců o více jak 15 %. Dodatek č. 1 posoudil jako neplatný dle § 70 zákona o zadávání veřejných zakázek, jelikož v době jeho uzavření nedošlo ke snížení počtu strávníků podle podmínek v zadávací dokumentaci. Dodatek č. 2 shledal bez významu pro spornou výši ceny. Dodatek č. 3 posoudil jako neplatný pro rozpor s podmínkami zadávací dokumentace podle § 70 zákona o zadávání veřejných zakázek. Dodatek č. 4 shledal platným s účinností od 30. 6. 2005, neboť v době jeho uzavření již došlo k naplnění podmínky možnosti změny ceny plnění za službu dle zadávací dokumentace, a to k poklesu počtu stravovaných o více než 20 % ve dvou měsících po sobě jdoucích.

S ohledem na výše uvedené dospěl soud prvního stupně k závěru, že žalované vzniklo bezdůvodné obohacení dle § 451 obč. zák. zaplacením ceny 14,07 Kč s DPH za jedno jídlo, která nebyla platně sjednána, oproti ceně ve výši 12,32 Kč, s níž žalovaná vyhrála veřejnou soutěž, pouze za období od listopadu 2004 do června 2005, kdy následně platně sjednaný dodatek č. 4 smlouvy nebyl ještě účinný, a to v celkové výši 208 007,03 Kč. Proto soud prvního stupně v této části žalobě vyhověl. Ve zbytku (co do částky 241 343,08 Kč) žalobu zamítl, jelikož cena za poskytovanou službu byla platně zvýšena v dodatku č. 4 k předmětné smlouvě na období červenec 2005 až květen 2006.

K odvolání obou účastníků M ě s t s k ý s o u d v Praze rozsudkem ze dne 3. 7. 2008 potvrdil rozsudek soudu prvního stupně (výrok pod bodem I) a rozhodl o náhradě nákladů odvolacího řízení (výrok pod bodem II).

Odvolací soud dospěl k závěru, že soud prvního stupně zjistil správně skutkový stav a věc též správně právně posoudil. Ztotožnil se s tím, že smlouva mezi účastníky je neplatná v rozsahu, v němž se ujednání o možném zvýšení ceny odchýlilo od zveřejněných podmínek, a že za této situace je nutné aplikovat ustanovení zadávací dokumentace, které měla smlouva ve smyslu § 40 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek obsahovat. Podle odvolacího soudu zákon neukládá uvedení přesného mechanismu možného zvýšení ceny v podmínkách soutěže. Podmínky, při jejichž splnění je možné překročit nabídkovou cenu, byly uvedeny ve zveřejněných podmínkách soutěže s odkazem na úpravu v zadávací dokumentaci. Z toho důvodu nebyla žalovaná na úkor ostatních účastníků veřejné soutěže zvýhodněna.

Argumentaci žalobkyně, že pro zvýšení ceny služby musela být splněna všechna tři kritéria uvedená v bodě 7 zadávací dokumentace, odvolací soud nepřisvědčil, jelikož tomu nenapovídá ani gramatický výklad tohoto ustanovení, ani text inzerátu veřejné zakázky. V pochybnostech pak platí rovněž výklad k tíži žalobkyně ve smyslu § 266 odst. 4 obch. zák.

Odvolací soud se ztotožnil se závěrem soudu prvního stupně, že dodatek č. 1 je neplatný ve smyslu § 70, věty druhé, zákona o zadávání veřejných zakázek, jelikož byl sjednán v rozporu s podmínkami obchodní veřejné soutěže. Dodatek č. 3 shledal odvolací soud na rozdíl od soudu prvního stupně neplatným jen v tom rozsahu, v němž je v rozporu se zadávací dokumentací (podmínky zvýšení ceny v zadávací dokumentaci neuvedené). Stejně jako soud prvního stupně dospěl odvolací soud k závěru, že dodatek č. 4 ze dne 30. 6. 2005 je platným, a to od data jeho uzavření a nikoli zpětně ke dni 1. 11. 2004, jelikož v době jeho uzavření došlo k naplnění podmínky možnosti změny ceny plnění za službu dle zadávací dokumentace. Dopis Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25. 4. 2006 považoval pro rozhodnutí v této věci za zcela bezvýznamný, neboť se vůbec netýkal předmětné veřejné soutěže.

Odvolací soud proto uzavřel, že za období od prosince 2004 do června 2005 představuje úhrada vyšší ceny žalobkyní bezdůvodné obohacení žalované z neplatné smlouvy ve smyslu § 451 odst. 2 obč. zák., které je podle § 458 odst. 1 obč. zák. povinna žalovaná žalobkyni vydat. Z těchto důvodů soud rozsudek soudu prvního stupně v celém rozsahu potvrdil.

Proti rozsudku odvolacího soudu ve výroku pod bodem I podala žalobkyně dovolání, jehož přípustnost zakládá na § 237 odst. 1 písm. c) o. s. ř. Jako dovolací důvody uplatňuje důvody uvedené v ustanovení § 241a odst. 2 písm. a) a b) o. s. ř., tedy že řízení je postiženo vadou, která mohla mít za následek nesprávné rozhodnutí ve věci, a rozhodnutí spočívá na nesprávném právním posouzení věci.

Dovolatelka namítá, že odvolací soud v napadeném rozhodnutí nahradil neplatné ustanovení smlouvy o změně ceny za stravovací služby ustanovením zadávací dokumentace o změně nabídkové ceny za stravovací služby. Tento postup odvolacího soudu nemá podle názoru žalobkyně oporu v platné

právní úpravě, a odvolací soud tedy věc právně posoudil v rozporu s hmotným právem. Dovolatelka je toho názoru, že pokud je ustanovení smlouvy o zvýšení ceny za stravovací služby neplatné pro rozpor se zákonem, je nutné vycházet ze skutečnosti, že smlouva změnu ceny za stravovací služby neumožňuje.

Dále se dovolatelka domnívá, že kvůli absenci mechanismu změny ceny shodně pro všechny uchazeče již v zadávací dokumentaci by mohlo dojít ke zvýhodnění jednoho uchazeče na úkor jiného uchazeče, tedy k porušení zásad uvedených v § 11 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Z toho důvodu je taková smlouva absolutně neplatná.

Žalobkyně napadá i závěr odvolacího soudu, že ke změně nabídkové ceny nebylo potřeba kumulativně splnit všechny tři podmínky uvedené v čl. VII. bodu 8 smlouvy, neboť stačilo splnit pouze kteroukoliv z těchto podmínek.

Podle dovolatelky gramatický výklad zcela nepochybně svědčí pro její interpretaci, tedy že je třeba splnit kumulativně všechny tři podmínky.

Dovolatelka je toho názoru, že dopis Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže je v dané věci relevantní, neboť se týká poskytování stravování pro posádku Olomouc na základě smlouvy shodné se smlouvou na poskytování stravování v posádce M. T. Odvolací soud se stanoviskem Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a žalobkyní uváděnými důvody, ze kterých dovozuje neplatnost uvedených znění smlouvy a jejích dodatků, nezabýval, čímž pochybil do té míry, že řízení je postiženo vadou, která mohla mít za následek nesprávné rozhodnutí ve věci.

Žalovaná se ve vyjádření k dovolání ztotožnila se závěry odvolacího soudu a shrnuje svoji dosavadní právní argumentaci vůči jednotlivým námitkám, které dovolatelka vznesla již ve svém odvolání.

N e j v y š š í s o u d zrušil rozhodnutí soudů obou stupňů a věc vrátil soudu prvního stupně k dalšímu řízení.

Z o d ů v o d n ě n í :

Napadený rozsudek odvolacího soudu byl vyhlášen před 1. 7. 2009, kdy nabyla účinnosti novela občanského soudního řádu provedená zákonem č. 7/2009 Sb. Nejvyšší soud jako soud dovolací (§ 10a o. s. ř.) proto vzhledem k bodu 12 přechodných ustanovení v článku II uvedeného zákona dovolání projednal a rozhodl o něm podle občanského soudního řádu ve znění účinném do 30. 6. 2009.

Nejvyšší soud nejprve zkoumal, zda je dovolání přípustné.

Podle § 236 odst. 1 o. s. ř. lze dovoláním napadnout pravomocná rozhodnutí odvolacího soudu, pokud to zákon připouští.

Podle § 237 odst. 1 písm. a) o. s. ř. je dovolání přípustné proti rozsudku odvolacího soudu, jímž bylo změněno rozhodnutí soudu prvního stupně ve věci samé, a podle § 237 odst. 1 písm. b) o. s. ř. proti rozsudku, jímž bylo potvrzeno rozhodnutí soudu prvního stupně, kterým soud prvního stupně rozhodl ve věci samé jinak než v dřívějším rozsudku nebo usnesení proto, že byl vázán právním názorem odvolacího soudu, který dřívější rozhodnutí zrušil. O žádný z uvedených případů se v posuzované věci nejedná.

Proti rozsudku odvolacího soudu, jímž bylo potvrzeno rozhodnutí soudu prvního stupně, je dovolání přípustné podle § 237 odst. 1 písm. c) o. s. ř. za podmínky, že dovolání není přípustné podle písmena b) tohoto ustanovení a dovolací soud dospěje k závěru, že napadené rozhodnutí má ve věci samé po právní stránce zásadní význam.

Podle § 237 odst. 3 o. s. ř. má rozhodnutí odvolacího soudu po právní stránce zásadní význam zejména tehdy, řeší-li právní otázku, která v rozhodování dovolacího soudu dosud nebyla vyřešena nebo která je odvolacími soudy nebo dovolacím soudem rozhodována rozdílně, nebo řeší-li právní otázku v rozporu s hmotným právem. Předpokladem je, že řešení právní otázky mělo pro rozhodnutí o věci určující význam, tedy že nešlo jen o takovou právní otázku, na níž rozsudek odvolacího soudu nebyl z hlediska právního posouzení věci založen.

Dovolací soud dospěl k závěru, že dovolání je přípustné v rozsahu, ve kterém směřuje proti rozsudku odvolacího soudu, jímž byl potvrzen rozsudek soudu prvního stupně v zamítavém výroku pod bodem II, jelikož odvolací soud řešil právní otázku, která v rozhodování odvolacího soudu dosud nebyla vyřešena a tuto otázku řešil v rozporu s hmotným právem.

Ve zbývajícím rozsahu není dovolání subjektivně přípustné. Nejvyšší soud již v usnesení ze dne 30. 10. 1997, sp. zn. 2 Cdon 1363/96, uveřejněném v časopise Soudní judikatura č. 3, ročník 1998, pod číslem 28, jakož i v dalších svých rozhodnutích formuloval a odůvodnil závěr, podle nějž k podání dovolání je oprávněn (tzv. subjektivní přípustnost) pouze ten účastník, v jehož poměrech rozhodnutím odvolacího soudu nastala újma odstranitelná tím, že dovolací soud toto rozhodnutí zruší. Výrokem rozhodnutí odvolacího soudu, jímž byl potvrzen rozsudek soudu prvního stupně ve vyhovujícím výroku pod bodem I, nenastala v poměrech žalobkyně žádná újma. Z tohoto důvodu je v tomto rozsahu dovolání žalobkyně subjektivně nepřípustné (podané tím, kdo k němu není oprávněn) a Nejvyšší soud je jako takové podle § 243b odst. 5 a § 218 písm. b) o. s. ř. v tomto rozsahu odmítl.

Nejvyšší soud poté podle ustanovení § 242 odst. 3 o. s. ř. přezkoumal rozsudek odvolacího soudu v rozsahu, ve kterém je dovolání přípustné, z hlediska uplatněných dovolacích důvodů. Dovolatelka uplatňuje dovolací důvod podle ustanovení § 241a odst. 2 písm. b) o. s. ř., tedy že rozhodnutí odvolacího soudu spočívá na nesprávném právním posouzení věci.

Právní posouzení je činnost soudu spočívající v podřazení zjištěného skutkového stavu pod hypotézu (skutkovou podstatu) vyhledané právní normy, jejímž výsledkem je závěr, zda a komu soud právo či povinnost přizná či nikoliv.

Právní posouzení věci je obecně nesprávné, jestliže odvolací soud posoudil věc podle právní normy, jež na zjištěný skutkový stav nedopadá, nebo právní normu správně určenou nesprávně vyložil, případně ji na daný skutkový stav nesprávně aplikoval.

Soud prvního stupně i odvolací soud správně posuzovaly danou věc podle zákona o zadávání veřejných zakázek č. 199/1994, ve znění pozdějších předpisů (dále opět jen „zákon o zadávání veřejných zakázek), a to vzhledem k přechodnému ustanovení § 109 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách.

Žalobkyně v dovolání namítá, že neplatné ustanovení o změně ceny za stravovací služby obsažené ve smlouvě nelze nahradit ustanovením zadávací dokumentace, jak to učinil odvolací soud, a v takovém případě je nutné dospět k závěru, že smlouva neumožňuje změnu ceny za stravovací služby. Ačkoli žalobkyně v dovolání nezpochybňuje platnost smlouvy na poskytování stravy v posádce M. T. č. 040200246 jako celku, je nezbytné pro posouzení platnosti ujednání o změně nabídkové ceny a jeho možného nahrazení podmínkami obsaženými v zadávací dokumentaci vyřešit jako předběžnou otázku platnost smlouvy jako celku, tedy vypořádat se s právní otázkou, zda rozpor obsahu smlouvy s podmínkami stanovenými v zadávací dokumentaci nezpůsobuje neplatnost celé smlouvy.

Zadavatel veřejné soutěže je podle zákona o zadávání veřejných zakázek povinen uzavřít příslušnou smlouvu s uchazečem, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější (§ 40 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek). Zákon o zadávání veřejných zakázek ukládá v § 5 odst. 1 písm. l), aby podmínky

veřejné soutěže obsahovaly podmínky, při jejichž splnění je možno překročit výši nabídkové ceny. Podle kogentního ustanovení § 40 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek musí uzavřená smlouva obsahovat ustanovení, kterým je nabídková cena uchazeče stanovena jako cena nejvýše přípustná, kterou je možné překročit jen za podmínek stanovených zadavatelem při vyhlášení soutěže. Z toho vyplývá, že ujednání o nejvýše přípustné ceně, kterou lze překročit jen za podmínek stanovených v zadávací dokumentaci, je podstatnou částí takové smlouvy.

Podle § 70 zákona o zadávání veřejných zakázek je smlouva na veřejnou zakázku uzavřená v rozporu s tímto zákonem neplatná, stejně jako změny ve smlouvě učiněné v rozporu s podmínkami obchodní veřejné soutěže. Bylo-li tedy ustanovení o překročení nabídkové ceny ve smlouvě sjednáno v rozporu s podmínkami uvedenými zadavatelem při vyhlášení soutěže, je nutné dospět k závěru, že smlouva na poskytování veřejného stravování v posádce M. T. uzavřená mezi účastníky je z tohoto důvodu neplatná (§ 70 zákona o zadávání veřejných zakázek). Současně je nutné posoudit, zda ustanovení o zvýšení nabídkové ceny je ve smyslu § 41 obč. zák. ustanovením, které by bylo od smlouvy oddělitelné a jehož platnost by se mohla posuzovat samostatně. V takovém případě by smlouva jako celek zůstala platná a neplatným by bylo shledáno pouze ujednání o podmínkách zvýšení nabídkové ceny. Smyslem zákona o zadávání veřejných zakázek je, aby se veřejná zakázka realizovala za rovných podmínek stanovených při vyhlášení veřejné soutěže a uveřejněných v zadávací dokumentaci. Ve smlouvě s uchazečem, který předložil nejvhodnější nabídku, proto nelze sjednat podmínky jiné, než které odpovídají zadávací dokumentaci. Jak již bylo uvedeno, ujednání o ceně a její možné změně je podstatnou částí smlouvy uzavřené s uchazečem, který předložil nejvhodnější nabídku. Současně je nutné podotknout, že ustanovení o nabídkové ceně a jejím možném překročení je ustanovením tak zásadní povahy v celé veřejné zakázce, že jej nelze od zbytku smlouvy oddělit, když výše nabídkové ceny je základním hodnotícím kritériem při výběru dodavatele. Oddělením a samostatným posuzováním jeho platnosti by byl popřen smysl a účel zákona o veřejných zakázkách – rovné zacházení s uchazeči na základě stejných podmínek obsažených v zadávací dokumentaci. Proto v daném případě nelze uvažovat pouze o částečné neplatnosti ustanovení o zvýšení možné nabídkové ceny, ale ujednání o možném zvýšení nabídkové ceny ve smlouvě odchylné od znění zadávací dokumentace způsobuje neplatnost smlouvy jako takové. Z toho vyplývá, že v případě, kdy se podmínkám zadávací dokumentace příčí tak zásadní ustanovení, jako je dohoda o změně nabídkové ceny, je nutné celou smlouvu považovat za neplatnou v souladu s § 70 zákona o zadávání veřejných zakázek. Jde přitom o neplatnost absolutní, neboť nelze dovodit, že by neplatnost smlouvy podle ustanovení § 70 zákona o zadávání veřejných zakázek byla ve smyslu § 267 odst. 1 obch. zák. stanovena pouze na ochranu některého účastníka.

S ohledem na závěr, že předmětná smlouva je neplatná jako celek, je nutné v dalším řízení vztah mezi žalobkyní a žalovanou posuzovat nikoli jako nárok na smluvní plnění, ale jako nárok na vydání bezdůvodného obohacení vzniklého plněním na základě neplatné smlouvy (§ 451, § 457 obč. zák.).

Vzhledem k právnímu závěru, který dovolací soud učinil, nebylo již třeba se zabývat ostatními námitkami dovolatelky.

Na základě výše uvedeného nelze než uzavřít, že odvolací soud rozhodl ve věci v rozporu s hmotným právem, pokud dovodil, že smlouva je neplatná pouze částečně a že v tom rozsahu je znění smlouvy nahrazeno obsahem zadávací dokumentace, jelikož v souladu s § 40 odst. 2 a § 70 zákona o zadávání veřejných zakázek je nutné dospět k závěru, že smlouva na poskytování stravy v posádce M. T. č. 040200246 je neplatná jako celek.

Nejvyšší soud proto v rozsahu přípustného dovolání, tj. v rozsahu, ve kterém odvolací soud potvrdil rozsudek soudu prvního stupně ve výroku pod bodem II a v závislém výroku o náhradě nákladů řízení pod bodem III, a v závislém výroku o náhradě nákladů odvolacího řízení podle ustanovení § 243b odst. 2, věty za středníkem, o. s. ř. zrušil. Protože důvody, pro které byl zrušen rozsudek odvolacího

soudu, platí i na rozhodnutí soudu prvního stupně, zrušil dovolací soud v odpovídajícím rozsahu i rozsudek soudu prvního stupně, a věc v tomto rozsahu vrátil soudu prvního stupně k dalšímu řízení (§ 243b odst. 3 o. s. ř.).