



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Městský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Ivanky Havlíkové a soudkyň JUDr. Naděždy Řehákové a Mgr. Ing. Silvie Svobodové ve věci

žalobce: **Statutární město Plzeň**, IČO 00075370,
se sídlem nám. Republiky 1, 306 52 Plzeň
zastoupen JUDr. Sylvií Sobolovou, Ph.D., advokátkou
se sídlem Jungmannova 745/24, 110 00 Praha 1

proti

žalovanému: **Ministerstvo financí**
se sídlem Letenská 15, 118 10 Praha 1

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 26. 9. 2019, č. j.: MF-27684/2017/1203-24,

takto:

- I. Rozhodnutí Ministerstva financí ze dne 26. 9. 2019 č. j. MF-27684/2017/1203-24 se v rozsahu výroku II. zrušuje a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný je povinen zaplatit žalobci náhradu nákladů v řízení ve výši 19 456 Kč do jednoho měsíce od právní moci rozsudku k rukám zástupkyně žalobce JUDr. Sylvie Sobolové, advokátky.

I. Stručné vymezení věci

1. Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení výroku II. v záhlaví uvedeného rozhodnutí žalovaného, jímž žalovaný rozhodl podle § 141 odst. 7 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“) ve sporu z veřejnoprávní smlouvy mezi žalobcem a Regionální radou regionu soudržnosti Jihozápad, IČO: 75086999, se sídlem Jeronýmova 1750/21, České Budějovice (dále též „poskytovatel“) o návrhu žalobce na zaplacení 54 974 472,24 Kč

s příslušenstvím a příslušenství z částky 102 622 833,25 Kč ve výši 6 789 976,50 Kč (dále jen „návrh“) tak, že výrokem I. uložil poskytovateli povinnost zaplatit žalobci úroky z prodlení ve výši 8,05 % p. a. z částky 102 622 833,25 Kč od 16. října 2014 do 11. srpna 2015 ve výši 6 789 976,50 Kč a výrokem II zamítl návrh žalobce na zaplacení částky 54 974 472,42 Kč s úrokem z prodlení ve výši 8,05 % p. a. od 16. října do zaplacení.

2. Z žalobou napadeného rozhodnutí vyplynulo, že žalobce uzavřel s poskytovatelem dne 30. 10. 2012 smlouvu o podmínkách poskytnutí dotace z Regionálního operačního programu NUTS II Jihozápad (dále jen „smlouva o poskytnutí dotace“) na realizaci projektu „Novostavba divadla v Plzni, Divadlo Jízdecká“, registrační číslo projektu CZ.1.14/2.1.00/15.02563 (dále jen „projekt“), v níže se poskytovatel zavázal žalobci poskytnout dotaci ve výši 197 733 474,98 Kč. Žalobce dne 5. 8. 2009 uzavřel se společnostmi HELIKA, a.s. a INGEM inženýrská a.s. (dále jen „sdružení HELIKA“ či „projektant“) smlouvu o zhotovení projektové dokumentace pro územní rozhodnutí, pro stavební povolení a pro zadání stavební veřejné zakázky na výstavbu Divadla Jízdecká, včetně výkazu výměr. Následně na základě výsledku otevřeného zadávacího řízení uzavřel žalobce dne 10. 5. 2015 se společností HOCHTIEF CZ a.s. (dále jen „zhotovitel“) jako zhotovitelem stavby smlouvu o dílo č. 2012/001540 ze dne (dále jen „smlouva o dílo“), k níž dne 13. 6. 2014 uzavřel dodatek č. 4 (dále jen „dodatek č. 4“), jehož předmětem bylo provedení dodatečných stavebních prací technicky neoddělitelných od původní veřejné zakázky, nutných pro dokončení zakázky. Poskytovatel v roce 2014 provedl kontrolu projektu, o níž sepsal protokol o kontrole INTERIM ze dne 24. 9. 2014, č. j. RRRSJ26917/2014, ve znění dodatku č. 1, č. j. RRRSJ14058/2015 (dále jen „1. protokol o kontrole“). Na základě zjištěných pochybení snížil poskytovatel dotaci o 20 769 220,09 Kč (dále jen „sporná částka 1“). Námitce žalobce proti 1. protokolu o kontrole nebylo vyhověno. Další kontrolu provedl auditní orgán žalovaného, který ve zprávě o auditu operace ze dne 11. 9. 2014, č. j. MF-38287/2014/5214-8 (dále jen „zpráva o auditu“) došel k závěru, že při zadání veřejné zakázky „*Otevřené nadlimitní řízení na provádění stavebních prací, novostavby Divadla Jízdecká*“ (dále jen „veřejná zakázka“), došlo ze strany žalobce k porušení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“). Na základě zprávy o auditu provedl kontrolu veřejné zakázky i poskytovatel a v protokolu o kontrole INTERIM ze dne 24. 4. 2015, č. j. RRRSJ12310/2015 (dále jen „2. protokol o kontrole“) převzal závěry zprávy o auditu a způsobilé výdaje projektu snížil o 40 244 248,34 Kč, a dotaci o 34 207 611,09 Kč (dále jen „sporná částka 2“). Námitkám žalobce proti 2. protokolu o kontrole nebylo vyhověno. Na základě závěrů obou protokolů o kontrole vyplatil poskytovatel žalobci z částky 157 597 305,64 Kč pouze 102 622 833,25 Kč. Proto žalobce podal k žalovanému návrh.
3. O návrhu žalovaný rozhodl žalobou napadeným rozhodnutím. V něm došel výrokem II. ohledně sporné částky 1 k závěru, že dodatek č. 4 nebyl uzavřen v důsledku objektivně nepředvídaných okolností, jak požadoval § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ ve znění účinném v době provádění změn projektu. Uvedl, že žalobce nepředložil důkazy o objektivní nepředvídanosti prací, pročež se ztotožnil se závěrem poskytovatele o nesprávném postupu navrhovatele při provádění dodatečných prací na základě dodatku č. 4. K vyčíslení pochybení uvedl, že od hodnoty víceprací nelze odečítat hodnotu méněprací. Ohledně sporné částky 2 konstatoval, že hodnotící kritérium bankovní záruky, zvolené při zadávání veřejné zakázky, nevyjadřovalo vztah užitné hodnoty a ceny ve smyslu § 78 odst. 4 ZVZ ve znění účinném ke dni vyhlášení výzvy, protože mělo souvislost pouze s cenou a vzájemně se ovlivňovalo s kritériem nabídkové cena. Výši bankovní záruky až do výše

nabízené ceny zakázky nadto považoval za nepřiměřenou. Dále uvedl, že požadavek na doložení ratingu bankovního ústavu poskytujícího příslib bankovní záruky předem vybranými agenturami – Moody's, Standard & Poors nebo Fitch minimálně na úrovni ratingu ČR je diskriminační. Dodal, že doložení hodnoty ratingu banky poskytující příslib bankovní záruky je nadbytečné a obtížně realizovatelné, když takovou povinnost neukládá bankám ani zákon č. 21/1992 Sb., o bankách (dále jen „zákon o bankách“).

II. Obsah žaloby.

4. Žalobce v žalobě nejprve popsal skutkový stav věci a proti výroku II. žalobu napadeného rozhodnutí uvedl, že dodatek č. 4 byl uzavřen proto, že u části dodávek a prací uvedených ve výkazu výměr zpracovaném projektantem byla uvedena chybná výměra a tuto chybu bylo nutné napravit a u některých prací vyvstala v průběhu realizace stavby potřeba úprav detailů technického řešení projektu. Část těchto úprav musela být provedena v návaznosti na vyvzorkování konkrétních stavebních komponentů zhotovitelem, které se v projektové dokumentaci uvádí pouze typově a jsou konkretizovány až v dílenské dokumentaci zpracovávané zhotovitelem, přičemž konkrétní komponenty vyžadují určité přizpůsobení stavebního řešení. Další část úprav musela být provedena v návaznosti na předkolaudační prohlídku objektu bezpečnostními techniky, kdy hrozilo, že nebude-li vyhověno jejich požadavkům, nebude projekt včas zkolaudován před zahájením prestižního projektu „Plzeň - Evropské hlavní město kultury 2015“. Další část úprav musela být provedena proto, že projektant navrhl požárně bezpečnostní řešení projektu s legitimním očekáváním toho, že do plánované kolaudace dojde k promítnutí změněné normy ČSN 730 831 do vyhlášky č. 23/2008 Sb., o technických podmínkách požární ochrany staveb (dále jen „protipožární vyhláška“). Navzdory tomuto legitimnímu očekávání však k promítnutí změněné normy ČSN 730 831 do protipožární vyhlášky nedošlo, a projekt bylo tudíž nezbytné upravit a uvést do souladu s účinnou právní úpravou. Úprava změn v požárně bezpečnostním řešení s sebou přinesla také nutnost úpravy navržené akustiky stavby, neboť původní řešení se stalo v důsledku změny v požárně bezpečnostním řešení nevyhovujícím. Dodal, že o veškerých změnách díla dle dodatku č. 4 poskytovatele řádně a včas informoval prostřednictvím oznámení o změně projektu č. 7 ze dne 5. června 2014 (dále jen „oznámení č. 7“), jehož přílohou byl také změnový list č. Z003SO00 1 (dále jen „změnový list“). Důvody změn byly též popsány v dokumentu „Přehled změn dle změnového listu č. Z 003SO001“, jenž je součástí správního spisu.
5. V *prvním žalobním bodě* namítal, že žalovaný nesprávně posoudil otázku, zda byl poskytovatel oprávněn krátit dotaci o spornou částku 1. Změny závazku ze smlouvy o dílo na základě dodatku č. 4 totiž poskytovatele neopravňovaly ke krácení dotace o spornou částku 1.
6. Uvedl, že žalovaný zaprvé nesprávně posuzoval změny závazku i na základě interních metodických dokumentů poskytovatele, konkrétně metodického oznámení poskytovatele č. 11 (dále jen „metodické oznámení“), ačkoli je měl posuzovat výhradně na základě zákona. K tomu poukázal na čl. VI. odst. 2 smlouvy o poskytnutí dotace, z něhož dovodil, že pro něj byla ve vztahu k zadávání veřejné zakázky na projekt relevantní výlučně zákonná úprava, nikoli úprava zadávání veřejných zakázek obsažená v Příručce pro příjemce ROP NUTS II Jihozápad (dále jen „příručka“), jejíž součástí bylo i metodické oznámení. Odmítl tvrzení žalovaného, že byl dle čl. XI. odst. 1 smlouvy o poskytnutí dotace povinen postupovat i dle metodického oznámení. Uvedl, že čl. VI. odst. 2, který je k článku XI. odst. 1 smlouvy zvláštním ustanovením, výslovně vylučuje aplikovatelnost

příručky a na ni navázaných metodických dokumentů. Nadto metodické oznámení nemohlo být platnou součástí smluvního ujednání, neboť je neurčité, nesrozumitelné a nesystematické. Není z něj totiž patrné, co je jeho účelem, neobsahuje komplexní, systematickou a vnitřně provázanou úpravu, a navíc si jeho jednotlivé části vzájemně odporují (když např. není zjevné, zda je rozhodná „nepředvídanost“ či „nepředvídatelnost“ změn). K tomu odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) ze dne 11. 11. 2010, č. j. 1 Afs 77/2010. Metodické oznámení též odporuje Pravidlům způsobilých výdajů pro programy spolufinancované ze strukturálních fondů a Fondu soudržnosti na programové období 2007-2013, vydaným Ministerstvem pro místní rozvoj (dále jen „pravidla MMR“).

7. Zadruhé žalovaný při identifikaci relevantních norem dopadajících na projekt nesprávně stanovil, že je třeba přípustnost změn posuzovat dle § 23 odst. 7 ZVZ, když nepřihlédl k přechodnému ustanovení § 273 odst. 6 současného zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), podle něž se změny závazků ze smluv na veřejné zakázky uzavřených podle ZVZ ode dne nabytí účinnosti ZZVZ posuzují podle ZZVZ. K tomu žalobce odkázal na závěry komentářové literatury. Žalovaný byl tedy povinen posuzovat změny závazku ze smlouvy o dílo výhradně dle příslušných ustanovení ZZVZ, tj. dle § 222 ZZVZ, z něhož vyplývá, že nepodstatné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nevyžadují provedení nového zadávacího řízení. Dle § 222 odst. 4 ZZVZ se za podstatnou změnu závazku nepovažuje mj. změna, jejíž hodnota je nižší než 15 % původní hodnoty závazku, dle § 222 odst. 6 ZZVZ pak ani změna, jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat.
8. Zatřetí žalovaný nesprávně posoudil, v jakém rozsahu došlo ke změně závazku ze smlouvy o dílo. Žalovaný aproboval nesmyslný postup poskytovatele, který odečetl jako méněpráce i ty položky uvedené ve výkazu výměr, které byly předvídány původní smlouvou o dílo a které tak měly být poskytovatelem uznány. Odečtení těchto položek v celém rozsahu nedává smysl a nemá oporu ani ve smlouvě o poskytnutí dotace, neboť tímto způsobem poskytovatel označil za nezpůsobilý výdaj i množství obsažené v původním soupisu prací připojeném ke smlouvě o dílo. K tvrzení žalovaného, že: „od hodnoty víceprací nelze odečítat hodnotu méněprací“, žalobce uvedl, že o vícepráce či méněpráce může jít pojmově pouze tehdy, dochází-li vůbec ke změně původního závazku. I pokud by byly změny závazku provedené na základě dodatku č. 4 nepřípustné, neodůvodňuje to krácení dotace ohledně stavebních prací, které vůbec nebyly změnou závazku ze smlouvy o dílo. Tento problém se přitom týká částky 3 797 819,60 Kč. Jelikož žalovaný nezhodnotil tyto okolnosti, je žalobou napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné a nezákonné.
9. Začtvrté žalobce k tomuto žalobnímu bodu namítal, že rozsah a povaha změn závazku ze smlouvy o dílo nevyžadovaly provedení nového zadávacího řízení, neboť se jednalo o změny nepodstatné. Znovu odkázal na § 222 odst. 4 a 6 ZZVZ a uvedl, že žalovaný neměl posuzovat, zda změny závazku ze smlouvy o dílo byly „objektivně nepředvídané“, ale zda jejich hodnota přesahovala 15 % původní hodnoty závazku a zda jejich potřeba vznikla v důsledku okolností, jež žalobce jednající s náležitou péčí nemohl předvídat. Dodal, že hodnota změn závazku na základě dodatku č. 4 představovala pouze cca 2 % z původní hodnoty veřejné zakázky, a že jako osoba nedisponující příslušnou odborností vynaložil náležitou péči k tomu, aby získal řádnou dokumentaci projektu. K problematice náležité péče odkázal na rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) a Nejvyššího soudu ČR a uvedl, že mu mohou být připisovány k tíži pouze ty

chyby, které sám způsobil nebo které mohl v rozsahu svých odborných znalostí předvídat. Žádná z takových chyb však nebyla prokázána. Uzavřel, že náležitou péči vynaložil, když si na zpracování projektu vybral sdružení HELIKA, zkušeného projektanta těchto staveb.

10. Zapáté namítal, že i kdyby byl na projednáváný případ aplikovatelný ZVZ, žalovaný jej stejně neaplikoval správně. Žalovaný předně pominul, že jím aplikovaný test objektivní předvídanosti byl z § 23 odst. 7 ZVZ vypuštěn s účinností od 6. 3. 2015 a nahrazen úpravou, dle níž mohl zadavatel zadat veřejnou zakázku bez uveřejnění, jestliže šlo o dodatečné stavební práce, které zadavatel ani při náležité péči nemohl předvídat, tj. stejným kritériem jako v § 222 odst. 6 ZZVZ. Úmyslem zákonodárce přitom nebylo učinit právně relevantním, co mohl předvídat někdo jiný, nýbrž jen to, co mohl předvídat zadavatel. Pokud si tedy žalobce nechal zpracovat projektovou dokumentaci od osoby s příslušnou odborností a spolehl se na ni, neboť sám tuto odbornost neměl, nemůže mu být k tíži, bude-li některé práce nutno provést v jiném rozsahu. Ani znění § 23 odst. 7 ZVZ účinné do 5. 3. 2015 žalovaný neaplikoval správně. Neurčil správně, kdo v daném řízení nesl břemeno tvrzení a břemeno důkazní ohledně předvídanosti změn závazku ze smlouvy o dílo. Řízení před žalovaným bylo řízením sporným, každá ze stran tak byla povinna uvést a prokázat svá tvrzení. Pokud poskytovatel nezaplatil žalobci část dotace ve výši sporné částky 1, měl tvrdit a prokázat skutečnosti, jež ho k tomu opravňovaly, tzn. prokázat, že napadené změny byly objektivně předvídané. Poskytovatel této povinnosti nedostál, což mu však žalovaný nepřičítal k tíži, když uvedl, že naopak žalobce měl předložit důkazy o objektivní nepředvídanosti změn. Žalovaný tak bez zákonného podkladu přenesl důkazní břemeno (nadto k negativní skutečnosti) na žalobce, aniž by tento postup odůvodnil. Dále žalobce namítal, že věcné posouzení změn smlouvy o dílo, kdy žalovaný došel k závěru, že změny většiny položek byly podstatné a nikoli marginální, je založeno na neúplné a nepřezkoumatelné úvaze žalovaného. Žalovaný si totiž na podporu svého závěru vybral ze změnového listu účelově ty položky, jejichž zvýšení je oproti původní ceně zvláště výrazné a pominul položky, jejichž zvýšení bylo nepatrné. Nadto podstatnost změn závazku ze smlouvy o dílo je třeba poměřovat především s původní hodnotou veřejné zakázky. Změny přitom odpovídají pouze cca 2 % z této hodnoty, a jsou tak bagatelní. Nesprávný je též závěr žalovaného, že změny nebyly vyvolány objektivně nepředvídanými skutečnostmi, neboť požárně-bezpečnostní řešení stavby nebylo možné zpracovávat na základě předpokladu o změně ČSN 730 831 a jejího promítnutí do protipožární vyhlášky. Tato argumentace je přepjatým formalismem, neboť pokud je změna technických norem široce diskutována a její přijetí je předpokládáno většinou relevantních aktérů, je důvodné a přiměřené vzít tyto normy do úvahy, neboť stavební dílo jim bude muset odpovídat. Je běžné, že již v okamžiku přípravy nových předpisů se s nimi adresáti aktivně seznamují a vyhodnocují jejich předpokládaný vliv, čímž tato připravovaná legislativa vstupuje do jejich legitimního očekávání. V projednáváném případě bylo širokou odbornou veřejností očekáváno, že v nejbližší době dojde ke změně ČSN 730 831 a jejímu promítnutí do protipožární vyhlášky (s jejímž autorem nadto sdružení HELIKA spolupracovalo). Proto bylo nepředvídané naopak neschválení této nové úpravy a s ním související změny projektu. Žalovaný dále extrémně formalisticky posoudil některé další změny projektu s tím, že se jednalo o chybu v projektové dokumentaci. U tak zásadní stavební akce, jakou projekt byl, nelze usuzovat na vadu projektové dokumentace pouze na základě nových provozních požadavků v průběhu výstavby, tím spíše pokud dosahovaly jen 2 % původní hodnoty zakázky. Žalovaný aplikoval na projektovou dokumentaci nerealistická kritéria bezvadnosti a úplnosti, kterým však ve stavební praxi nevyhovují dokumentace ani pro

menší stavební akce. Dále dodal, že žalovaný sice považoval za objektivně nepředvídanou, a tedy uznatelnou, změnu spočívající ve vícepracích souvisejících s předkolaudační prohlídkou bezpečností techniky požární ochrany, ani tu však nereflekoval v rámci posouzení, zda a v jakém rozsahu byl poskytovatel oprávněn dotaci krátit.

11. Ve *druhém žalobním bodu* namítal, že žalovaný nesprávně posoudil otázku, zda byl poskytovatel oprávněn krátit dotaci o spornou částku 2 z důvodu stanovení výše bankovní záruky jako dílčího hodnotícího kritéria a požadavku na doložení ratingu banky bankovní záruku vystavující.
12. K dílčímu hodnotícímu kritériu bankovní záruky uvedl, že výsledek hodnocení veřejné zakázky byl z 90 % závislý na nabídkové ceně, kritérium bankovní záruky mělo váhu pouhých 10 %. Ač dvě různé cenové nabídky se shodnou výší bankovní záruky mohly být ohledně kritéria bankovní záruky posouzeny stejně, rozhodující váhu mělo především kritérium nabídkové ceny. Výše bankovní záruky tak měla na vyhodnocení veřejné zakázky velmi malý vliv, stále však motivovala uchazeče k tomu, aby žalobci poskytl kvalitní zajištění. Kvalitní či nadstandardní zajištění bylo přitom v projednávaném případě více než legitimním zájmem žalobce, neboť stavba byla co do své povahy ojedinělým a komplexním dílem, které muselo být zvládnuto ve velmi krátkém čase, aby mohlo sloužit pro pořádání akcí v rámci Evropského hlavního města kultury. Vzhledem k tomu, že dílo bylo první novostavbou divadla v ČR po pádu komunismu, a k nedostatku zkušeností s takto komplexní akcí, mohlo v rámci jeho výstavby dojít k řadě závažných případů nesplnění závazku ze strany zhotovitele. Případné nedokončení díla před začátkem akce Evropské hlavní město kultury by přitom mělo devastující dopad na prestiž žalobce, nadto by musel s enormními náklady na poslední chvíli zajišťovat náhradní řešení. Dodal, že vhodnost a dovolenost kritéria výše bankovní záruky nezpochybňoval ani odkaz žalovaného na rozhodovací praxi Úřadu, která se netýká problematiky maximální výše bankovních záruk, ale naopak jejich minimální výše, nadto se objevila dávno poté, co byla veřejná zakázka zadána a dokonce i dokončena, tudíž se s ní nemohl seznámit. Zdůraznil, že po uchazečích o veřejnou zakázku nepožadoval bankovní záruku odpovídající celé nabídkové ceně, tato hodnota byla maximální hranicí, nikoli minimálním požadavkem. Minimálním požadavkem na výši bankovní záruky za řádné provedení díla bylo 10 % nabídkové ceny a za vady díla během záruční doby 3 % nabídkové ceny, což je v souladu s praxí Úřadu, jíž se žalovaný dovolával. Dodal, že je zjevné, že pro něj bylo výhodné, aby výše bankovní záruky v co největším rozsahu kryla závazek zhotovitele, proto nechápal, proč by toto kritérium nevyjadřovalo ekonomickou hodnotu nabídky. Odmítl také tvrzení žalovaného, že uchazeči byli motivováni ke stanovení výše bankovní záruky na základě pouhé matematické kalkulace, neboť kdyby tomu tak bylo, nabídli by všichni uchazeči bankovní záruky v maximální výši, což se nestalo. Žádný z uchazečů nenabídl ani zdaleka nejvyšší možnou bankovní záruku, samotná výše bankovní záruky v konečném důsledku ani nijak nezměnila pořadí uchazečů vycházející z nabídkové ceny. Je tak zcela absurdní, aby žalobci byla krácena dotace na základě kritéria, které ve výsledku nijak neovlivnilo výsledné pořadí uchazečů. I pokud by při stanovení tohoto kritéria došlo k pochybení, byl by to pouze potenciální nedostatek, nemající vliv na průběh veřejné zakázky.
13. Také závěr žalovaného ohledně požadavku na rating banky vystavující bankovní záruku označil za nesprávný a nepřezkoumatelný. Uvedl, že postupoval racionálně a přiměřeně, když požadoval doložení ratingu pouze od ratingových agentur Moody's, Standard &

Poors a Fitch, neboť jsou nejznámější na světě a jejich souhrnný tržní podíl činí cca 96 %. Poukázal také na to, že v době přípravy zadávací dokumentace krachovaly po světě desítky bank v důsledku globální ekonomické krize. Bankovní záruka, kterou žalobce požadoval, by se logicky stala zbytečnou, zkrachovala-li by banka, jež ji vystavovala. Požadavek na poskytnutí bankovní záruky souvisel s ratingem banky, která ji vystavuje, oba tyto nástroje sledovaly legitimní cíl – zajistit řádné a včasné dokončení projektu. Požadavek na bankovní rating byl tedy odůvodněný. Dodal, že skutečnost, že zákon o bankách neukládá bankovním ústavům povinnost zajistit si nezávislé ratingové ohodnocení, je irelevantní a neprokazuje nadbytečnost požadavku. Nadbytečnost nelze dovodit ani z toho, že všechny banky v ČR podléhají bankovnímu dohledu vykonávanému Českou národní bankou (dále jen „ČNB“). Tento dohled existoval v ČR od okamžiku jejího vzniku, přesto jen v období od 1994 do 2003 zkrachovalo 22 bank. Eventualitu krachu, i s ohledem na globální ekonomickou krizi, proto nešlo plně vyloučit. Nadto zadávací dokumentace umožňovala nechat vystavit bankovní záruku i zahraniční banku, která dohledu ČNB nepodléhá. Uzavřel, že požadavek na doložení bankovního ratingu nebyl nepřiměřený, diskriminační ani jinak nestandardní, o čemž svědčí i to, že jej splnili čtyři uchazeči. Jeho nedovolenost nelze dovozovat pouze ze skutečnosti, že ostatní uchazeči jej nesplnili. S odkazem na judikaturu Krajského soudu v Brně uvedl, že jelikož se požadavek vztahoval na všechny uchazeče a byl principiálně splnitelný, nedopustil se přímé diskriminace žádného z uchazečů. Nedopustil se ani tzv. skryté diskriminace dle rozsudku NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008, uváděného žalovaným. Žalovaný na projednávaný případ neaplikoval judikatorní test skryté diskriminace správně, když nevzal v potaz velikost, složitost a technickou náročnost, jakož i další specifika projektu.

14. Žalobce žádal, aby soud žalobou napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného

15. Žalovaný ve vyjádření k žalobě předně odkázal na odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí. K *prvnímu žalobnímu* bodu především zopakoval, že žalobce byl povinen řídit se ZVZ i metodickými pokyny poskytovatele, a to s ohledem na čl. XI. odst. 1 smlouvy o poskytnutí dotace. Dále uvedl, že se v žalobou napadeném rozhodnutí dostatečně vypořádal s tvrzením žalobce, že změny projektu v důsledku dodatku č. 4 byly nepodstatné, když odkázal na obsah změnového listu a nastínil podstatu těchto změn. Dodal, že se jednalo o změny, které nebyly objektivně nepředvídatelné, ale o nepřesnosti či nedostatky projektové dokumentace, které je třeba vždy přičítat k tíži zadavatele veřejné zakázky, tedy žalobce, a to i v případě, že vypracování projektové dokumentace svěřil jiné osobě. Bylo na žalobci, zda bude na základě smlouvy o dílo uplatňovat případnou škodu vzniklou v důsledku vadné projektové dokumentace, za podklady ke stavební veřejné zakázce však podle § 44 odst. 1 ZVZ vždy nese odpovědnost zadavatel. K tomu odkázal na rozsudek NSS ze dne 28. 11. 2012, č. j. 1 Afs 23/2012-102. Dále konstatoval, že dodatečné práce, které nebyly obsaženy v původním zadání, jsou vždy novou zakázkou, kterou musí zadavatel zadat v souladu se ZVZ. Žalobce dodatkem č. 4, který byl dle jeho čl. 2 odst. 3.1 výsledkem jednacího řízení bez uveřejnění (dále jen „JŘBU“), nedodržel § 23 odst. 7 ZVZ a porušil i smlouvu o poskytnutí dotace. K povaze a vyčíslení víceprací uvedl, že Převážná část prací dle dodatku č. 4 představovala vícepráce a jejich hodnota nezpůsobilé výdaje. Zopakoval, že od víceprací nelze odečíst hodnotu méněprací. To, že v důsledku zápočtu víceprací a méněprací nedošlo ke změně ceny díla, nezabývá žalobce odpovědností za

správný postup při realizaci víceprací. Finanční vyjádření pochybení odpovídá hodnotě víceprací.

16. Ke *druhému žalobnímu bodu* zopakoval, že hodnotící kritérium bankovní záruky nevyjadřovalo vztah užitné hodnoty a ceny ve smyslu § 78 odst. 4 ZVZ ve znění účinném ke dni vyhlášení výzvy, neboť mělo souvislost pouze s cenou a vzájemně se nepřímou úměrně ovlivňovalo s kritériem nabídkové ceny. Čím nižší nabídka a vyšší hodnocení kritéria nabídková cena, tím nižší hodnocení kritéria bankovní záruky, která je omezena výší nabídkové ceny. Při podání dvou různých nabídek a výše bankovní záruky shodné s nabídkovou cenou bylo vyloučeno, aby cenově výhodnější nabídka získala i maximální hodnocení bankovní záruky. K požadavku na rating banky vystavující bankovní záruku zopakoval, že je nepřiměřený, nedostatečně formulovaný a žalobce jím porušil § 6 ZVZ. Upozornil, že žádný z uchazečů rating zprvu neprokázal, po výzvě žalobce tak učinili pouze tři z šesti uchazečů. Uvedl také, že požadavek na bankovní rating je nutné posuzovat jako samostatné kritérium nesouvisící s kritériem bankovní záruk, neboť tento požadavek není způsobilý doložit ekonomické postavení uchazeče o veřejnou zakázku, nýbrž pouze hodnocení samotných bankovních ústavů. Žalobce ve správním řízení neobhájil, z jakého legitimního důvodu tento požadavek do zadávacího řízení zakomponoval, nelze tak tvrdit, že je nediskriminační. Závěrem dodal, že jeden z uchazečů předložil jen všeobecné obchodní podmínky banky, nikoli hodnotu ratingu (ten byl u totožné banky předložen jiným uchazečem), přesto nebyl na rozdíl od jiných z hodnocení vyloučen, čímž došlo též k diskriminaci.
17. Žalovaný navrhl, aby soud žalobu zamítl.

IV. Replika žalobce

18. Žalobce v replice na vyjádření žalovaného konstatoval, že žalovaný nereagoval na žalobní námitky, a setrval na své žalobní argumentaci. Nad její rámec k problematice hodnotícího kritéria bankovní záruky odkázal na rozhodnutí žalovaného ze dne 23. 6. 2020 v řízení č. j. MF-628/2016-1203-6, v němž žalovaný zcela odlišně posoudil přípustnost požadavku na bankovní záruku. Jak v nyní projednávaném, tak v uvedeném případě byla přitom relativní váha hodnotícího kritéria bankovní záruky stejná a činila 10 %. Za zcela analogického skutkového stavu žalovaný v uvedeném rozhodnutí mimo jiné uvedl, že nesouhlasí s tím, že kritérium bankovní záruky nevyjadřovalo vztah užitné hodnoty a ceny. Dále v něm žalovaný uvedl, že uchazeči jsou tímto kritériem víc motivováni k řádnému a včasnému splnění všech povinností, což vede k pocitu jistoty, který může být faktorem při hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky. Žalovaný tak zcela jinak posoudit dva naprosto stejné či přinejmenším obdobné případy, které se navíc týkají dotačních projektů realizovaných totožným subjektem – žalobcem.

V. Posouzení věci Městským soudem v Praze

19. Při ústním jednání dne 24. 3. 2021 účastníci setrvali na svých stanoviscích. Soud z navržených důkazů provedl k aktuální rozhodovací praxi žalovaného ve vztahu k bankovní záruce důkaz shora zmíněným rozhodnutím žalovaného ze dne 23. 6. 2020, č. j. MF-628/2016-1203-6. Ve zbytku návrhy důkazů zamítl, neboť jsou z části součástí správního spisu, z něhož při přezkumu zákonnosti vychází, a z části (internetové stránky) jsou pro posouzení právní otázky, která je předmětem sporu nadbytečné a pro posouzení postačuje zjištěný skutkový stav.

20. Soud přezkoumal žalobou napadené rozhodnutí, jakož i řízení, které jeho vydání předcházelo, v rozsahu uplatněných žalobních bodů, kterými je vázán, podle skutkového a právního stavu v době rozhodování správního orgánu (§ 75 odst. 1 a 2 věta první s. ř. s.), a dospěl k závěru, že žaloba je důvodná.
21. Předmětem sporu mezi účastníky řízení bylo posouzení otázky, zda byla v rozsahu výroku II. žalobou napadeného rozhodnutí dotace krácena v souladu se zákonem.
22. Skutkový stav je mezi stranami nesporný, proto jej soud pouze ověřil ze spisového materiálu, z něhož zjistil tyto pro věc podstatné skutečnosti:
23. Ze čl. VI. odst. 2 smlouvy o poskytnutí dotace vyplynulo, že: *„příjemce je povinen při realizaci projektu uskutečňovat zadávání veřejných zakázek v souladu s podmínkami stanovenými zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, je-li zadavatelem podle tohoto zákona, a v souladu s pokyny pro zadávání veřejných zakázek, které jsou obsaženy v Příručce pro příjemce ROP NUTS II Jihozápad, pokud se na něj zákon č. 137/2006 Sb. nevztahuje, nebo jde o zakázky malého rozsahu podle § 12 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb.“* Podle čl. XI. odst. 1 věty první smlouvy o poskytnutí dotace: *„příjemce se zavazuje řídit se při realizaci projektu Regionálním operačním programem NUTS II Jihozápad, Prováděcím dokumentem ROP NUTS II Jihozápad, Příručkou pro žadatele ROP NUTS II Jihozápad, Příručkou pro příjemce ROP NUTS II Jihozápad, Pravidly pro publicitu, Metodickými pokyny poskytovatele a Manuálem vizuálního stylu ROP NUTS II Jihozápad.“* Podle věty třetí tohoto ustanovení: *„v případě rozporu mezi těmito dokumenty a touto Smlouvou platí ustanovení ve Smlouvě.“*
24. Dodatku č. 4 uvádí, že: *„po uzavření smlouvy o dílo se objevila potřeba zadání na provedení dodatečných stavebních prací technicky neoddělitelných od původní veřejné zakázky, bezprostředně nutných pro její dokončení s tím, že jejich samostatné zadání by přineslo žalobci závažnou újmu.“* Dále jsou v něm specifikovány dodatečné práce a vyčísleny nerealizované práce ve výši 24 371 582,68 Kč a dodatečně realizované práce ve výši 24 371 582,68 Kč. Dodatek č. 4 dále uvádí, že vícepráce a méněpráce jsou specifikovány v soupisu prací, který je součástí změnového listu. Dle čl. 2 odst. 3.1. byl dodatek č. 4 výsledkem JŘBU v souladu se ZVZ.
25. Změnový list, přiložený k oznámení č. 7 obsahoval zdůvodnění změn. Byla přiložena také analýza změnového listu s podrobným vysvětlením důvodů změn.
26. Podle 1. protokolu o kontrole, zjištění č. 1 uvedl žalobce v oznámení č. 7 vícepráce, které byly objektivně předvídatelné, a proto neuznatelné. Vícepráce byly uvedeny ve faktuře č. 5100012176 ve výši 24 431 601,57 Kč. Podle zjištění č. 2 žalobce nárokoval položky, které byly upraveny již oznámením o změně projektu č. 5. Částka 5 180 Kč uvedená ve faktuře č. 5100010972 byla v důsledku opravy množství položky betonové konstrukce z 0,28 t na 0,13 t za 2 405 Kč snížena o 2 775 Kč. Výše nezpůsobilých výdajů u zjištění 1 a 2 činila 24 434 376,57 Kč, po zohlednění maximální výše dotace 85 % způsobilých výdajů projektu, činila korekce podle dodatku č. 1 k 1. protokolu o kontrole 20 769 220,09 Kč.
27. V metodickém oznámení, revize č. 2, z 12. 12. 2011 jsou definovány vícenáklady, méněpráce a vícepráce s tím, že vícepráce lze zadávat formou JŘBU za splnění všech podmínek uvedených v § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ. U víceprací je uvedeno, že aby byly uznatelné, musí vzniknout na základě objektivně nepředvídaných okolností, následně je požít i obrat „objektivně nepředvídatelných okolností“. Z revize č. 3, z 6. 3. 2015, vyplývá,

že byla upravena definice víceprací jako stavebních prací a služeb, které nejsou zahrnuty v předmětu smlouvy o dílo nebo mandátní smlouvě vůbec, nebo v menším rozsahu, a další podrobnější požadavky poskytovatele dotace. U víceprací je namísto specifikace uvedené v revizi č. 2 uvedeno, že aby byly uznatelné, musí vzniknout na základě okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat.

28. V pravidlech MMR je stanoveno, že: „*vzhledem k tomu, že v pravidlech nelze zohlednit veškerá specifika jednotlivých programů, je možné, že v některých specifických případech se budou aplikovat pravidla způsobilých výdajů, která stanoví řídicí orgán. Tato pravidla na úrovni řídicích orgánů nesmí být v rozporu s pravidly v tomto dokumentu a musí přiměřeně respektovat specifika operačních programů.*“ (podtržení doplnil soud).
29. Z 2. protokolu o kontrole vyplývá, že byla identifikována porušení ZVZ, konkrétně porušení § 78 odst. 4 ZVZ zvolením nevhodného dílčího hodnotícího kritéria bankovní záruky, které nenaplnuje vztah užitné hodnoty a ceny, ale má vztah pouze k ceně, porušení § 6 ZVZ požadavkem na příslib bankovní záruky pouze kvalitního bankovního ústavu disponujícího některým z minimálních ratingů dle Moody's, Standard & Poors nebo Fitch alespoň na úrovni stávajícího ratingu přiděleného ČR, a vyloučením dvou uchazečů pro nesplnění tohoto požadavku, porušení § 51 odst. 4, resp. 5 ZVZ. Dále dle 2. protokolu o kontrole žalobce porušil § 55 odst. 3 písm. c) ZVZ nevymezením minimální úrovně ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů tak, aby to odpovídalo druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.
30. Ustanovením 8.3 zadávací dokumentace byla stavena bankovní záruka za řádné provedení díla v minimální výši 10 % z výše nabídkové ceny (v Kč bez DPH), bankovní záruka za vady díla během záruční lhůty v minimální výši 3 % z výše nabídkové ceny (v Kč bez DPH). V ustanovení 8.4 zadávací dokumentace je uvedeno, že příslib bankovní záruky musí být vystaven pouze bankovním ústavem disponujícím některým z minimálních ratingů, a to dle Moody's, Standard & Poors nebo Fitch, a to alespoň na úrovni stávajícího ratingu přiděleného České republice. Váha dílčího kritéria výše celkové nabídkové ceny byla v zadávací dokumentaci stanovena na 90 %, váha dílčího kritéria bankovní záruky na 10 %.
31. Ze spisového materiálu bylo dále zjištěno, že veřejná zakázka byla vyhlášena 11. 10. 2011 s datem pro podání nabídek 19. 1. 2012.
32. Soud o věci uvažil takto:
33. Soud při posouzení námitek *prvního žalobního bodu* vyšel z následující právní úpravy:
34. Podle § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ v rozhodném znění *v jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže jde o dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za předpokladu, že:*
 1. *dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli,*
 2. *dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné*

stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a

3. *v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky*
35. Soud shledal *první žalobní bod* nedůvodným.
36. K namítanému nesprávnému posouzení změny závazku ze smlouvy o dílo i na základě interních metodických dokumentů poskytovatele soud uvádí, že se žalobce mylí, pokud z čl. VI. odst. 2 smlouvy o poskytnutí dotace vyvozuje, že jakožto zadavatel podle ZVZ nebyl povinen uskutečňovat zadávání veřejných zakázek v souladu s těmito interními dokumenty. Z dikce čl. VI. odst. 2 ve spojení s čl. XI. odst. 1 smlouvy o poskytnutí dotace je dle soudu zřejmé, že příjemce dotace (tj. žalobce) byl při realizaci projektu povinen postupovat v souladu s interními dokumenty poskytovatele vyjmenovanými v čl. XI. odst. 1. Je tomu tak proto, že článek XI. odst. 1 smlouvy o poskytnutí dotace tuto povinnost výslovně stanoví. Není přitom pravdou, že čl. VI. odst. 2 smlouvy o poskytnutí dotace výslovně vylučuje aplikovatelnost těchto interních dokumentů, je-li příjemce zadavatelem dle ZVZ, jak tvrdil žalobce. Z dikce čl. VI. odst. 2 vyplývá pouze to, že na zadavatele dle ZVZ se vztahuje ZVZ a na zadavatele, na něž se ZVZ nevztahuje (nebo na zakázky malého rozsahu dle § 12 odst. 3 ZVZ) se vztahují uvedené interní dokumenty poskytovatele. Z toho však dle soudu nelze vyvodit, že zadavatel dle ZVZ nemusí postupovat v souladu s těmito interními dokumenty (a s čl. XI. odst. 1 smlouvy o poskytnutí dotace), nýbrž pouze to, že se zadavatelé, na něž se ZVZ nevztahuje (příp. u zakázek malého rozsahu dle § 12 odst. 3 ZVZ) neřídí ZVZ, ale právě jen těmito interními dokumenty. Proto není relevantní ani argument žalobce, že čl. VI odst. 2 je vůči čl. XI. odst. 1 smlouvy o poskytnutí dotace *lex specialis*.
37. Pokud se týká namítané neurčitosti, nesrozumitelnosti a nesystematičnosti metodického oznámení, soud konstatuje, že metodické oznámení bylo v době uzavření smlouvy o poskytnutí dotace v příručce obsaženo, žalobce tedy měl možnost se s jeho zněním před uzavřením smlouvy seznámit, vytýkané vady odhalit již před uzavřením smlouvy a na základě tohoto zjištění zvolit další postup. Soud neshledal metodické oznámení neurčitým, nesrozumitelným ani nesystematickým. Je skutečností, že metodické oznámení ve znění revize č. 2 zaměňuje výrazy „nepředvídanost“ a „nepředvídatelnost“, vzhledem k zákonné úpravě, na kterou metodické oznámení odkazovalo, která se na žalobce vztahovala a která obsahuje pojem „nepředvídanost“ je však zřejmé, jaký z těchto pojmů je třeba považovat za správný. Soud neshledal ani rozpor metodického oznámení s pravidly MMR, neboť neshledal, že by metodický pokyn šel nad rámec pravidly MMR stanovený. Žalobce ostatně ani konkrétně neuvedl, v čem tento postup „nad rámec“ spatřoval.
38. Soud nevešel ani na námitku aplikace nesprávného právního předpisu žalovaným. Žalobce z § 273 odst. 6 ZZVZ vyvozoval, že projednáváný případ měl být posuzován dle ZZVZ, nikoli dle ZVZ, jak činil žalovaný. Dle § 273 odst. 6 ZZVZ platí, že: *„změny závazků ze smluv na veřejné zakázky nebo koncesních smluv uzavřených podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, nebo podle zákona č. 139/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona posuzují podle tohoto zákona. Do součtu cenového nárůstu změn závazku ze smlouvy podle § 222 odst. 5 písm. c) a odst. 6 písm. c) se započítávají i změny závazků ze smluv na veřejné zakázky nebo koncesních smluv provedené přede dnem nabytí účinnosti tohoto*

zákona.“ Toto ustanovení se však vztahuje pouze na změny závazků provedené po nabytí účinnosti zákona o zadávání veřejných zakázek, není základem pro zpětnou aplikaci tohoto zákona na již ukončená JŘBU či jiné postupy zadavatelů (viz např. rozsudek NSS ze dne 16. 12. 2020, č. j. 6 Afs 160/2020-45). Dodatek č. 4 byl uzavřen 13. 6. 2014, JŘBU vedoucí k jeho přijetí jeho uzavření předcházelo, tj. proběhlo za účinnosti ZVZ, změny smlouvy o dílo z dodatku č. 4 vyplývající tedy nelze posuzovat podle právní úpravy, jež nabyla účinnosti o více než dva roky později (ZZVZ je účinný od 1. října 2016). Žalovaný proto postupoval správně, když na projednávaný případ aplikoval ZVZ a veškerá žalobcova argumentace ustanoveními ZZVZ je zcela irelevantní.

39. Ohledně námitky nesprávného posouzení rozsahu změny závazku ze smlouvy o dílo soud uvádí následující. Jak žalovaný uvedl v žalobou napadeném rozhodnutí: *„od hodnoty víceprací nelze odečítat hodnotu méněprací. Skutečnost (...), že v důsledku zápočtu víceprací a méněprací nedošlo ke změně ceny díla, nezbarvuje navrhovatele (žalobce) odpovědnosti za nesprávný postup při realizaci víceprací.“* (viz str. 24 žalobou napadeného rozhodnutí). Soud se s tímto posouzením ztotožňuje. Došlo-li ke změně původních položek, ať již v podobě vzniku nových položek či zvýšení nákladů na původní položky nebo naopak zániku položky či snížení nákladů na původní položky, jedná se o změnu původního závazku, kterou byl žalovaný povinen zohlednit. Je přitom logické, že pokud některé položky předvídané původní verzí smlouvy o dílo nebyly realizovány a tyto změny byly žalovaným vyhodnoceny jako nezpůsobilé výdaje, bylo nutné původně předvídané náklady na ně zohlednit jako méněpráce (tj. dle definice metodického oznámení, revize č. 2 *dodávky a služby, které jsou zahrnuty v předmětu smlouvy o dílo (...), ale jsou realizovány v menším nebo nulovém rozsahu*). Žalovaný tedy při stanovení rozsahu změn závazku ze smlouvy o dílo nepochybil. I méněpráce jsou tedy změnou závazku. Soud proto odmítl argument žalobce, podle něhož nebylo možné krátit dotaci o stavební práce, které vůbec nebyly změnou závazku, a které žalobce vypočetl z rozpisu položek, které byly zahrnuty v původním výkazu výměr.
40. Dále žalobce tvrdil, že rozsah a povaha změn závazku ze smlouvy o dílo nevyžadovaly provedení nového zadávacího řízení, což opíral o § 222 ZZVZ. Jak již bylo výše uvedeno, úprava obsažená v ZZVZ se na projednávaný případ neaplikuje, proto argumentace tímto zákonem není ve věci relevantní.
41. K žalobcově námitce ohledně nesprávné aplikace ZVZ žalovaným soud předně uvádí, že žalovaný postupoval správně, když při posuzování změn závazku ze smlouvy o dílo vzniklých na základě dodatku č. 4 vycházel ze znění ZVZ účinného do 5. 3. 2015. Je tomu tak proto, že ke změně závazku, tedy k předmětu posouzení, došlo nejpozději dne 13. 6. 2014, kdy byl dodatek č. 4 uzavřen, a bylo tak na ně třeba aplikovat znění ZVZ účinné k tomuto dni. Skutečnost, že se posléze znění rozhodného ustanovení ZVZ od 6. 3. 2015 změnilo, je pro projednávanou věc stejně irelevantní, stejně jako přijetí ZZVZ, jak bylo popsáno výše.
42. Pokud se týká aplikace § 23 odst. 7 ZVZ v rozhodném znění (tj. ve znění účinném do 5. 3. 2015), ani zde soud neshledal pochybení žalovaného. Žalobce zaprvé namítal, že se žalovaný nesprávně vypořádal s tím, kdo nesl břemeno tvrzení a břemeno důkazní ohledně předvídanosti změn. K tomu soud uvádí, že je vždy jen na zadavateli, aby byl schopen zdůvodnit, že nemohl předvídat vznik potřeby realizace dodatečných služeb či stavebních prací, a nemohl je tedy učinit součástí původních zadávacích podmínek (viz komentářová literatura PODEŠVA, Vilém, Miloš OLÍK, Martin JANOUŠEK, Jakub STRÁNSKÝ aj.

Zákon o veřejných zakázkách: Komentář; Wolters Kluwer.) Důkazní břemeno k prokázání nepředvídanosti změn tedy leželo na žalobci. Žalovaný tedy nepochybil, když uvedl, že to byl žalobce, kdo měl předložit důkaz o objektivní nepředvídanosti změn. Jeho závěr je v souladu s § 141 odst. 4 správního řádu, podle nějž *„Ve sporném řízení vychází správní orgán z důkazů, které byly účastníky navrženy. Pokud navržené důkazy nepostačují ke zjištění stavu věci, může správní orgán provést i důkazy jiné. Neoznačí-li účastníci důkazy potřebné k prokázání svých tvrzení, vychází správní orgán při zjišťování stavu věci z důkazů, které byly provedeny. Správní orgán může též vzít za svá skutková zjištění shodná tvrzení účastníků.“*

43. Pokud se týká žalobcova tvrzení, že změny závazku provedené na základě dodatku č. 4 odpovídají 2 % z původní hodnoty veřejné zakázky, a jsou tak bagatelní, soud uvádí, že je to pro projednávaný případ irelevantní. Vzhledem k tomu, že změny nesplňují základní podmínku § 23 odst. 7 ZVZ, tedy podmínku vyvolání změn objektivně nepředvídanými skutečnostmi (jak je vysvětleno níže), není hodnotu změny třeba zkoumat a nejedná se ani o žádnou „polehčující okolnost“.
44. Soud se dále zabýval posouzením, zda se v projednávaném případě jednalo o změny vyvolané objektivně nepředvídanými okolnostmi či nikoli. Objektivně nepředvídané okolnosti žalobce spatřoval u jedné skupiny změn v chybách projektové dokumentace, kterou si nechal na projekt vypracovat. U druhé skupiny, kterou tvořily práce, které musely být provedeny v návaznosti na vyvzorkování stavebních komponentů zhotovitelem, uváděl, že tyto práce nemohl projektant v projektové dokumentaci předvídat. U třetí skupiny úprav, navazujících na předkolaudační prohlídku objektu, žalovaný uznal objektivní nepředvídanost. U čtvrté skupiny, kterou tvořily úpravy požárně-bezpečnostního řešení stavby související s tím, že nedošlo k promítnutí změněné normy ČSN 730 831 do protipožární vyhlášky, žalobce namítal nepředvídatelné porušení legitimního očekávání. Žalovaný naopak zastával názor, že dodatek č. 4 nebyl uzavřen v důsledku objektivně nepředvídaných okolností. Pojetím víceprací, jejich předvídatelností a režimu následného řešení (pokud taková potřeba vyvstane) v podmínkách ZVZ se zabýval NSS v rozsudku ze dne 28. 11. 2012, č. j. 1 Afs 23/2012-102. V něm uvedl, že: *„vzhledem k těžké předvídatelnosti přesného objemu stavebních prací především v případě rekonstrukcí, zákonodárce s možností vzniku víceprací počítá a ZVZ obsahuje přímý postup umožňující zadavateli vícepráce zadat zhotoviteli stavby. Tímto postupem je využití jednacního řízení bez uveřejnění (§ 34 ZVZ). S ohledem na všudypřítomné základní zásady je však nutné splnit všechny podmínky pro užití tohoto druhu zadávacího řízení (§ 23 ZVZ).“*
45. K první skupině změn soud uvádí, že dle výše uvedeného rozsudku NSS: *„v případě, že zadavatel připraví neúplnou či dokonce chybnou projektovou dokumentaci, nelze tuto chybu zhojit za pomoci postupu, který zákon umožňuje pouze v případě víceprací. (...) Navíc je zapotřebí v této části také zohlednit okolnosti, že město Vsetín, jako zadavatel veřejné zakázky, by vzhledem k předpokládané velikosti úřednického aparátu mělo být schopno připravit kvalitní a kompletní projektovou dokumentaci. Na tomto nic nemění součinnost externích dodavatelů. Potřeba prací zahrnutých v dodatku č. 2 tedy nevznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností.“* Tyto závěry lze cele vztáhnout na nyní projednávaný případ, a to i co do připomínky týkající se aparátu zadavatele, jakožto města. Jak správně konstatoval žalovaný, za správnost a úplnost projektové dokumentace odpovídá v souladu s § 44 odst. 1 věty druhé ZVZ zadavatel, tj. žalobce, i když její vypracování svěřil jiné osobě (viz str. 23

žalobou napadeného rozhodnutí. Vady projektové dokumentace tedy nemohou být brány jako objektivně nepředvídaná okolnost. K tomu soud dodává, že sám žalobce se odvolává na vady projektové dokumentace, proto je s podivem, že žalovanému vytýká, že na vady projektové dokumentace poukazuje.

46. Ke druhé skupině změn soud uvádí, že potřeba upravit technické řešení stavby v návaznosti na vyvzorkování bylo možné a záhodné řešit v rámci projektové dokumentace, stejně jako provozní požadavky, které vyvstaly v průběhu stavby. Žalobce opakovaně zdůrazňoval, že dílo bylo stěžejní pro jeho prestiž a bylo nutné jeho řádné a včasné dokončení, aby v něm mohla být pořádána významná akce. Je tedy s podivem, že žalobce, jakožto zadavatel, nenechal detailně zpracovat již projektovou dokumentaci (jak žalobce uvádí ohledně vyvzorkování). Nadto již ze samotného žalobcova tvrzení, že úpravy navazující na vyvzorkování stavebních komponentů zhotovitelem, které se v projektové dokumentaci uvádí pouze typově a jsou konkretizovány až v dílenské dokumentaci s ohledem na aktuální nabídku trhu, vyplývá, že tedy byly tyto změny předvídané, neboť s nimi žalobce již při pořízení projektové dokumentace.
47. Ohledně třetí skupiny změn žalobce žalovanému vytýkal, že je sice uznal, avšak nereflektoval je při posouzení, zda a v jakém rozsahu má být dotace krácena. Tak tomu ale podle odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí není. Žalovaný v něm totiž na str. 24 uvádí „za způsobilé lze uznat pouze vícepráce, které vznikly v důsledku předkolaudační prohlídky (...). To však nemění nic na závěru, že převážná většina prací dle dodatku č. 4 představuje vícepráce a jejich hodnota nezpůsobilé výdaje“ a dále na str. 28 konstatoval „ačkoli některé úpravy projektu nepředstavovaly porušení ZVZ (úpravy na základě předkolaudační prohlídky, samotné kritérium bankovní záruka), další pochybení představují závažné porušení ZVZ odůvodňující snížení dotace o 25 % celkových způsobilých výdajů.“ Je tedy patrné, že žalovaný uznatelnost úprav souvisejících s předkolaudační prohlídkou reflektoval, avšak neshledal jejich vliv na rozsah, v němž má být dotace krácena.
48. Ke čtvrté skupině změn žalovaný na straně 22 svého rozhodnutí uvedl „zpracování projektové dokumentace na základě očekávané právní úpravy není možné.(...) Projektovou dokumentaci je třeba zpracovat pouze na základě platné právní úpravy, námitka legitimního očekávání navrhovatele (žalobce) je tak nerelevantní.“ S tímto stanoviskem se soud plně ztotožňuje. Projektová dokumentace musí být vždy v souladu s platnou právní úpravou. Lze sice ocenit, že žalobce chtěl být připraven na případnou novou úpravu, to jej však nezabavuje povinnosti splňovat současně platnou úpravu. Nelze souhlasit ani s tím, že by žalobci na základě informací o připravované novelizaci úpravy vzniklo legitimní očekávání, že bude tato novelizace přijata. Nutno dodat, že žalobcův argument, že je běžné, že v okamžiku přípravy nových právních předpisů se s nimi jejich adresáti aktivně seznamují a vyhodnocují jejich vliv, je principiálně správný, ovšem to rozhodně neznamená, že by bylo běžné (a z právního hlediska legitimní) vycházet z úpravy v nich obsažené ještě před jejich vstupem v platnost. Na žalobcem zvoleném příkladu „nového“ občanského zákoníku lze takovou situaci přirovnat např. k uzavření smlouvy podle úpravy „nového“ občanského zákoníku před začátkem jeho účinnosti. Takový postup jistě nelze považovat za souladný s právem.
49. Soud proto uzavírá, že ohledně sporné částky 1 neshledal pochybení žalovaného, žalobou napadené rozhodnutí není v této části nepřezkoumatelné ani nezákonné.
50. Soud při posouzení námitek *druhého žalobního bodu* vyšel z následující právní úpravy:

51. Podle § 78 odst. 4 ZVZ v rozhodném znění *rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky. Mohou jimi být zejména nabídková cena, kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, vliv na zaměstnanost osob se zdravotním postižením, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení.*
52. Podle § 6 ZVZ v rozhodném znění *zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.*
53. Soud vešel na *druhou žalobní námitku*, týkající se hodnotícího kritéria bankovní záruky a požadavku na doložení ratingu banky bankovní záruku vystavující.
54. K dílčímu hodnotícímu kritériu bankovní záruky soud uvádí, že dílčí hodnotící kritéria a jejich váhy byly následující: výše celkové nabídkové ceny bez DPH 90 %, výše bankovní záruky 10 %. Mezi stranami bylo nesporné, že samotné použití kritéria bankovní záruky nebylo v době zadání veřejné zakázky v rozporu se ZVZ (*pozn. soudu: výslovný zákaz použití smluvních podmínek, jejichž účelem je zajištění povinností dodavatele, a platebních podmínek do § 78 odst. 4 zakotvila až novela ZVZ účinná ode dne 1. 4. 2012, zadávací*). Dle žalovaného však toto kritérium nesplňovalo vztah užitné hodnoty a ceny, neboť mělo souvislost pouze s cenou a vzájemně se ovlivňovalo (nepřímo úměrně) s kritériem nabídkové ceny. Dále byla dle žalovaného nepřiměřená výše tohoto kritéria, stanovená až do výše nabídkové ceny.
55. Soud se předně zabýval argumentem žalovaného, že vzhledem k nepřímé úměře mezi nabídkovou cenou a výší nabídnuté bankovní záruky při podání dvou různých nabídek s různou nabídkovou cenou a bankovní zárukou do její výše je vyloučeno, aby cenově výhodnější nabídka získala i maximální hodnocení bankovní záruky. K tomu soud uvádí, že smyslem zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky dle § 78 odst. 1 písm. a) ZVZ je právě skutečnost, že zadavatel při hodnocení nemusí vycházet pouze z nabídkové ceny. Žalobce v souladu s § 78 odst. 4 stanovil dílčí hodnotící kritéria a určil jejich váhu, bylo tak na uchazečích, aby zvážili, jak svou nabídku postaví. Smyslem výběru nejvhodnějšího uchazeče jistě není, aby tento uchazeč získal maximální hodnocení ve všech dílčích kritériích, nýbrž aby jeho nabídka byla ekonomicky nejvýhodnější. I vzhledem k vahám dílčích kritérií byl tento smysl naplněn.
56. K výši bankovní záruky soud v první řadě konstatuje, že žalovaný v žalobou napadeném rozhodnutí (viz str. 24 a 25) pouze uvedl, že považuje výši bankovní záruky ve shodě s poskytovatelem za nepřiměřenou, a shrnul argumentaci poskytovatele (v ní poskytovatel odkazoval na rozhodovací praxi Úřadu ohledně maximální výše bankovní záruky a uvedl, že dva z dodavatelů nabídli bankovní záruku ve výši 56 %, resp. 68 % nabídkové ceny. Tím dokládal, že nešlo o motivaci k řádnému provedení díla, ale pouze o matematickou kalkulaci). Žalovaný žádné své argumenty nepředložil, soud tudíž vychází z předpokladu, že se žalovaný plně ztotožnil s argumentací poskytovatele. K věci soud uvádí, že spisového materiálu je zřejmé, že žádný z uchazečů nenabídl bankovní záruku v maximální výši, proto nelze usuzovat na pouhou matematickou kalkulaci při stanovení výše nabídnuté bankovní záruky uchazeči. Pokud by uchazeči vycházeli jen z matematické kalkulace,

nabídli by bankovní záruku v maximální výši (tj. ve výši jimi nabízené nabídkové ceny), neboť by tak mohli dostat nejvíce bodů za toto dílčí hodnotící kritérium. Soud dodává, že je mu známo, že Úřad obecně doporučoval, aby maximální výše bankovní záruky za provedení díla činila 10 % nabídkové ceny a maximální výše bankovní záruky za kvalitu díla během záruční doby 5 – 10 % nabídkové ceny. Ze spisového materiálu vyplývá, že žalobce stanovil minimální požadavek na výši bankovní záruky za provedení díla 10 % nabídkové ceny a za kvalitu díla během záruční doby 3 % nabídkové ceny, nabídli-li tedy uchazeči vyšší bankovní záruku, bylo to pro žalobce, jakožto zadavatele výhodné. Pro zadavatele je totiž logicky výhodné co nejvyšší krytí závazku. Navíc čím je uchazeč nabízející vyšší bankovní záruku logicky více motivován k řádnému a včasnému splnění závazku tak, aby nemusela být bankovní záruka využita.

57. Soud proto uzavírá, že kritérium bankovní záruky vyjadřovalo vztah užitné hodnoty a ceny a nebylo stanoveno v nepřiměřené výši, tudíž bylo stanoveno v souladu s § 78 odst. 4 ZVZ. K tomu soud poukazuje na důkaz při ústním jednání dne 24. 3. 2021 rozhodnutím žalovaného ze dne 23. 6. 2020, č. j. MF-628/2016-1203-6, na něž upozornil v replice žalobce, a v němž žalovaný v obdobné situaci ohledně bankovní záruky rozhodl diametrálně odlišně od žalobou napadeného rozhodnutí.
58. Soud vešel také na argumentaci žalobce ohledně oprávněnosti požadavku na doložení ratingu banky, která bankovní záruku vystavovala. Požadavek žalobce, jakožto zadavatele, aby banka vystavující bankovní záruku splňovala určité předpoklady, je zcela odůvodněný, neboť mu zaručí jistotu (či alespoň vysokou pravděpodobnost), že předmětná banka bude schopná svůj závazek z bankovní záruky splnit. Požadavek na doložení ratingu zabezpečuje, že sjednaná bankovní záruka v případě potřeby splní svůj účel. Nelogický je tedy argument žalovaného, že je třeba požadavek na bankovní rating posuzovat jako samostatné kritérium nesouvisející s kritériem bankovní záruky, neboť je prvně jmenovaný požadavek na kritérium bankovní záruky pevně navázán a samostatně by nedával smysl. Soud tedy neshledal, že by byl požadavek nepřiměřeným. Nepřiměřený není ani požadavek žalobce, aby uchazeči doložili ratingové hodnocení bank provedené konkrétními ratingovými agenturami (Moody's, Standard & Poors nebo Fitch). Je tomu tak proto, že tyto agentury dle veřejně dostupných zdrojů informací jsou největší, nejuznávanější a nejrelevantnější, nadto žalobce nepožadoval doložení ratingu od všech těchto společností, ale od kterékoli z nich. Nejedná se proto o diskriminační požadavek. K tomu soud odkazuje také na rozhodovací praxi Úřadu, kdy např. v rozhodnutí ze dne 6. 12. 2020, č. j. ÚOHS-35558/2020/500/JBě, v němž Úřad došel v obdobné situaci týkající se požadavku na doložení ratingu k obdobnému závěru. Soud dodává, že otázkou přiměřenosti požadavku na výši ratingové známky (minimálně na úrovni ČR) se žalovaný v žalobou napadeném rozhodnutí nezabýval, proto se k ní ani soud nevyjadřuje.
59. Soud dává žalobci za pravdu, že skutečnost, že zákon o bankách neukládá bankovním ústavům povinnost zajistit si ratingové ohodnocení a že banky v ČR podléhají bankovnímu dohledu ČNB, není relevantní a nezakládá nadbytečnost žalobcova požadavku na doložení ratingu. Požadavek žalobce byl zcela odůvodněný, a to i vzhledem k žalobcem zmiňované ekonomické krizi, která v době zadávání veřejné zakázky panovala. Soud však dává za pravdu žalovanému, že nevyhloučil-li žalobce všechny uchazeče, kteří nesplnili požadavek doložení ratingu banky vystavující záruku, učinil tak v rozporu se zásadou rovného zacházení.

60. Soud uzavírá, že požadavek na doložení ratingového hodnocení banky vystavující bankovní záruku nebyl v rozporu s § 6 ZVZ.
61. Druhý žalobní bod soud tedy shledal důvodným.

VI. Závěr a náklady řízení

62. S ohledem na výše uvedené soud zrušil rozhodnutí žalovaného v rozsahu napadeného výroku II. pro nezákonnost dle § 78 odst. 1, 4 s. ř. s. a vrátil mu věc k dalšímu řízení, v němž bude žalovaný vázán právním názorem soudu (§ 78 odst. 5 s. ř. s.).
63. O náhradě nákladů řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s. Úspěšný žalobce má právo na náhradu nákladů řízení, které sestávají ze zaplaceného soudního poplatku z podané žaloby ve výši 3 000 Kč, dále z odměny advokáta za čtyři úkony právní služby po 3 100 Kč (převzetí a příprava zastoupení, žaloba, replika k vyjádření žalovaného, účast na ú. j. 24. 3. 2021) podle § 11 odst. 1 písm. a), d), g), § 7 bodu 5, § 9 odst. 4 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb. (advokátní tarif), dále z náhrady hotových výdajů (4 x 300 Kč) podle § 13 odst. 4 advokátního tarifu, dále z částky 2 856 Kč odpovídající dani z přidané hodnoty, kterou je advokát povinen odvést z odměny za zastupování a z náhrad podle zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů (§ 57 odst. 2 s. ř. s.). Celková výše přiznaných nákladů řízení tak činí (3 000 + 12 400 + 1 200 + 2 856) 19 456 Kč.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost **ve lhůtě dvou týdnů** ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Praha 24. března 2021

JUDr. Ivanka Havlíková v. r.
předsedkyně senátu