



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

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

žalobce: **Statutární město Plzeň**
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

za účasti: **Ministerstvo pro místní rozvoj**
se sídlem Staroměstské náměstí 6, Praha 1,
zastoupen doc. JUDr. Janem Brodcem, LL. M., Ph. D., advokátem
se sídlem Rubešova 162/8, Praha 2

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.

Shodu s prvopisem potvrzuje V. B.

- II. Žalovaný je povinen zaplatit žalobci náhradu nákladů v řízení ve výši stanovené v písemném vyhotovení rozsudku do jednoho měsíce od právní moci rozsudku k rukám zástupkyně žalobce JUDr. Sylvie Sobolové, advokátky.
- III. Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění

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

Shodu s prvopisem potvrzuje V. B.

„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 dospěl 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 technikami, 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

těž 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 předvídaný 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*“

Shodu s prvopisem potvrzuje V. B.

hodnotu méněpráci", 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 péčí 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

Shodu s prvopisem potvrzuje V. B.

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 projednávaném 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 nerefletoval 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 poskytli 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 hlavního města 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

Shodu s prvopisem potvrzuje V. B.

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

Shodu s prvopisem potvrzuje V. B.

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 odpovědnosti 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 k 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. První 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. Za tohoto stavu 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. Rozsudkem ze dne 24. 3. 2021, č. j. 9 A 157/2019-21, žalobou napadené rozhodnutí v rozsahu výroku II. zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. V odůvodnění rozsudku po ověření účastníky nesporně tvrzeného skutkového stavu s obsahem spisového materiálu zejména poukázal na tyto podstatné skutečnosti:
21. Podle čl. VI. odst. 2 smlouvy o poskytnutí dotace *„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.“*
22. 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

Shodu s prvopisem potvrzuje V. B.

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.

23. Změnový list, přiložený k oznámení č. 7 obsahoval zdůvodnění změn. Byla přiložena také analýza změnového listu s podrobným vysvětlením důvodů změn.
24. 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.
25. 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 požit 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.
26. 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).
27. 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.
28. Ustanovením 8.3 zadávací dokumentace byla stanovena 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).

Shodu s prvopisem potvrzuje V. B.

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 %. Ze spisového materiálu bylo dále zjištěno, že veřejná zakázka byla vyhlášena 11. 10. 2011 s datem pro podání nabídek 19. 1. 2012.

29. Při posouzení *prvního žalobního bodu* soud vyšel z následující právní úpravy:

30. 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:*

- a) dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli,*
- b) 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*
- c) v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky*

31. Soud shledal *první žalobní bod* nedůvodným.

32. K namítanému nesprávnému posouzení změny závazku ze smlouvy o dílo i na základě interních metodických dokumentů poskytovatele soud uvedl, 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*.

Shodu s prvopisem potvrzuje V. B.

33. Pokud se týká namítané neurčitosti, nesrozumitelnosti a nesystematičnosti metodického oznámení, soud konstatoval, 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 nedospěl k závěru, že by metodický pokyn šel nad rámec pravidly MMR stanovený. Žalobce ostatně ani konkrétně neuvedl, v čem tento postup „nad rámec“ spatřoval.
34. Soud nevešel ani na námitku aplikace nesprávného právního předpisu žalovaným. Žalobce z § 273 odst. 6 ZZVZ vyvozoval, že projednávaný 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.
35. Ohledně námitky nesprávného posouzení rozsahu změny závazku ze smlouvy o dílo soud poukázal na žalobou napadené rozhodnutí, v němž žalovaný uvedl: *„od hodnoty víceprací nelze odečítat hodnotu méněprací. Skutečnost (...), že v důsledku zápočtu víceprací a méněprací nedošlo ke změně ceny díla, nezabavuje navrhovatele (žalobce) odpovědnosti za nesprávný postup při realizaci víceprací.“* (viz str. 24 žalobou napadeného rozhodnutí). Soud se s tímto posouzením ztotožnil. 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 nezpůsobitelné 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.

36. 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.
37. K žalobcově námitce ohledně nesprávné aplikace ZVZ žalovaným soud předně uvedl, 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, jako přijetí ZZVZ, jak bylo popsáno výše.
38. 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 uvedl, 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 JANOUSEK, Jakub STRÁNSKÝ aj. Zákon o veřejných zakázkách: Komentář; Wolters Kluwer.) Důkazní břemeno k prokázání nepředvídanosti změn tedy leželo na žalobci. Žalovaný tak 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 navrhované 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.“*
39. 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 uvedl, 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“.
40. 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

Shodu s prvopisem potvrzuje V. B.

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 jednacího 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).“*

41. K první skupině změn soud uvedl, 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 dodal, že sám žalobce se odvolává na vady projektové dokumentace, proto je s podivem, že žalovanému vytýká, že na vady projektové dokumentace poukazuje.
42. Ke druhé skupině změn soud uvedl, že potřebu upravit technické řešení stavby v návaznosti na vyvzorkování bylo možno a záhodno 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 počítal.
43. Ohledně třetí skupiny změn žalobce žalovanému vytýkal, že je sice uznal, avšak nerefletoval 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 konstatuje *„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.

44. 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 ztotožnil. 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 nezbavuje 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.
45. Soud proto uzavřel, že ohledně sporné částky 1 neshledal pochybení žalovaného, žalobou napadené rozhodnutí není v této části nepřezkoumatelné ani nezákonné.
46. Soud při posouzení námitek *druhého žalobního bodu* vyšel z následující právní úpravy:
47. 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.*
48. Podle § 6 ZVZ v rozhodném znění *zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.*
49. Soud vešel na *druhou žalobní námitku*, týkající se hodnotícího kritéria bankovní záruky a požadavku na doložení ratingu banky bankovní záruku vystavující.
50. K dílčímu hodnotícímu kritériu bankovní záruky soud uvedl, 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*). 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.

Shodu s prvopisem potvrzuje V. B.

51. 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 uvedl, 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.
52. K výši bankovní záruky soud v první řadě konstatoval, 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 uvedl, 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 dodal, 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.
53. Soud proto uzavřel, 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 poukázal 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.
54. 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 tak 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 odkázal také na rozhodovací praxi Úřadu, kdy např. v rozhodnutí ze dne 6. 12. 2020, č. j. ÚOHS-35558/2020/500/JBě, Úřad došel v obdobné situaci týkající se požadavku na doložení ratingu k obdobnému závěru. Soud dodal, 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 nevyjadřoval.

55. Soud dal 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 dal za pravdu žalovanému, že nevyloučil-li žalobce všechny uchazeče, kteří nesplnili požadavek doložení ratingu banky vystavující záruku, učinil tak v rozporu se zásadou rovného zacházení.
56. Soud uzavřel, že požadavek na doložení ratingového hodnocení banky vystavující bankovní záruku nebyl v rozporu s § 6 ZVZ.
57. Druhý žalobní bod tedy soud shledal důvodným, proto rozsudkem ze dne 24. 3. 2021, č. j. 9 A 157/2019-97, žalobou napadené rozhodnutí žalovaného v rozsahu výroku II. zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení (dále též „původní rozsudek“).

VI. Posouzení původního rozsudku Nejvyšším správním soudem

58. Ke kasační stížnosti žalovaného byl původní rozsudek zrušen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 2. 2023, č. j. 7 Afs 105/2021-42 (dále též „zrušující rozsudek“). V něm NSS přisvědčil kasační námitce žalovaného o nepřezkoumatelnosti původního rozsudku z části pro nesrozumitelnost a z části pro nedostatek důvodů. K tomu Nejvyšší správní soud v bodech 20 až 23 zrušujícího rozsudku uvedl *Pokud jde o namítanou nesrozumitelnost, stěžovatel poukazoval na bod 59 napadeného rozsudku, kde městský soud dal stěžovateli za pravdu v tom, že nevyloučil-li žalobce všechny uchazeče, kteří nesplnili požadavek doložení ratingu banky vystavující záruku, učinil tak v rozporu se zásadou rovného zacházení. Městský soud tedy konstatoval, že žalobce svým postupem v zadávacím řízení porušil § 6 ZVZ, ale dále se již tímto pochybením a jeho vlivem na žalobou napadené rozhodnutí nezabýval. Na druhou stranu městský soud současně dospěl k závěru, že požadavek na doložení ratingového hodnocení banky vystavující bankovní záruku nebyl v rozporu s § 6 ZVZ, aniž by však zohlednil skutečnost, že žalobce nabídky některých uchazečů hodnotil, aniž by tuto podmínku splnily (PRŮMSTAV a.s.), a jiné naopak z hodnocení vyloučil. Tento rozpor v odůvodnění způsobil, že se rozsudek městského soudu stal matoucím a ve výsledku nepřezkoumatelným pro nesrozumitelnost. [21] Ačkoliv Nejvyšší správní soud deklaroval nepřezkoumatelnost napadeného*

Shodu s prvopisem potvrzuje V. B.

rozsudku způsobenou jeho nesrozumitelností, přistoupil i k posouzení namítané nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku pro nedostatek důvodů. I v tomto bodě přitom musí dát stěžovateli částečně za pravdu. Nejvyšší správní soud považuje závěry městského soudu za nedostatečně odůvodněné, neboť se nevypořádal s dalšími důležitými skutečnostmi, které stěžovatel zjistil a popsal ve svém rozhodnutí. Konkrétně se městský soud ve svém rozsudku nijak nezabýval nedostatečným vymezením požadavku ratingu, ačkoliv se stěžovatel touto otázkou zabýval na str. 25 žalobou napadeného rozhodnutí, kde uvedl, že „rovněž nebylo zřejmé, jaký druh ratingu zadavatel požaduje – krátkodobý či dlouhodobý“, a dále na str. 26, kde znovu poukázal na to, že požadavek na rating bankovního ústavu byl nedostatečně formulovaný, neboť v zadávací dokumentaci nebylo uvedeno, jaký typ ratingu žalobce požaduje. Jednalo se tak o další dílčí pochybení žalobce jako zadavatele veřejné zakázky, které mohlo mít vliv na rozhodnutí poskytovatele o snížení dotace o částku 34 207 611,99 Kč.

59. Nejvyšší správní soud naopak nepřisvědčil námitce nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů ve vztahu k tvrzení stěžovatele, že se městský soud nikterak nehodnotil, z jakého důvodu je v posuzovaném případě důvodná vyšší záruka než záruka podle doporučení ÚHOS. Městský soud v této souvislosti uvedl, 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 7 Afs 105/2021 - 45 pokračování k řádnému a včasnému splnění závazku tak, aby nemusela být bankovní záruka využita. (...) 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.“ Podle názoru Nejvyššího správního soudu je z výše uvedeného zřejmé, jakými úvahami byl při posouzení věci v rozsahu předmětného žalobního bodu městský soud veden a k jakému závěru na jejich základě dospěl. [23] Nejvyšší správní soud proto uzavřel, že rozsudek městského soudu je částečně nepřezkoumatelný pro nesrozumitelnost a nedostatek důvodů, a je proto naplněn kasační důvod podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.
60. Uvedené Nejvyššímu správnímu soudu nebránilo zabývat se kasačními námitkami ohledně skutkových a právních závěrů, které shledal oddělitelnými od nepřezkoumatelné části rozsudku, přitom vyšel z usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 2. 2008, č. j. 7 Afs 212/2006-74, publ. pod č. 1566/2008 Sb. NSS. V bodech 24 až 28 proto NSS posoudil kasační námitku žalovaného stran nesprávného posouzení Městským soudem v Praze právní otázky o charakteru dílčího hodnotícího kritéria bankovní záruky. K tomu NSS zejména uvedl Tvrzení stěžovatele, že požadavek na bankovní záruku byl nepřiměřený proto, že zadávací dokumentace nestanovovala žádný „strop“ pro bankovní záruky nabízené jednotlivými uchazeči, je nepřesné a zavádějící, neboť je evidentní, že maximální výše bankovní záruky byla definována nabídkovou cenou, jelikož ze zákonné úpravy bankovní záruky plyne, že banka uspokojí pohledávku zadavatele pouze do výše nesplněného závazku uchazeče (§ 313 a násl. v rozhodné době platného zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník). Stěžovatel odůvodňoval nepřiměřenost požadavku na bankovní záruku svou úvahou o finanční náročnosti vystavení bankovní záruky a jejím vlivu na cenové nabídky jednotlivých uchazečů o veřejnou zakázku.

Zdejší soud souhlasí s názorem žalobce, že toto tvrzení stěžovatele má povahu spekulace, která nemá jakýkoliv podklad v provedeném dokazování. Podmínky, za kterých je klientům nabízeno vydání bankovní záruky, se u jednotlivých bank mohou značně lišit, podléhají konkurenčnímu boji finančních institucí a nezanedbatelnou roli zde hraje i bonita zájemce o vystavení takové záruky. Stěžovatel však všechny tyto skutečnosti zcela opomíjí a pro své tvrzení, že výše nákladů spojených s vystavením bankovní záruky se jistě promítla do nabídnuté ceny díla, neuvádí jakýkoliv důkaz. Navíc, i pokud by náklady spojené s vystavením bankovní záruky skutečně vedly k jistému zvýšení nabídkových cen uchazečů o veřejnou zakázku, z argumentace stěžovatele není zřejmé, jaké porušení právní úpravy zadávání veřejných zakázek by taková skutečnost měla zakládat. Lze rovněž konstatovat, že i pokud by se požadavek na poskytnutí bankovní záruky určitým způsobem promítl do nabízených nabídkových cen, neznamenal by to bez dalšího, že by tento postup byl pro zadavatele ekonomicky nevýhodný. Bankovní záruka posiluje právní postavení zadavatele v případě nesplnění zajišťovaného závazku vybraným uchazečem a přináší mu tedy určitou přidanou hodnotu. Kvalitní zajištění veřejné zakázky přitom bylo legitimním požadavkem žalobce, neboť předmětná stavba byla rozsáhlým dílem a měla být realizována v poměrně krátkém časovém úseku. [26] K námitce, že dílčí hodnotící kritérium bankovní záruky nesplňovalo vztah užitné hodnoty a ceny, neboť při podání dvou různých nabídek s různou nabídkovou cenou a bankovní zárukou ve výši shodné s nabídkovou cenou je vyloučeno, aby cenově výhodnější nabídka získala i maximální hodnocení bankovní záruky, městský soud zcela správně uvedl, že žalobce v souladu s § 78 odst. 4 ZVZ „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.“ K tomu zdejší soud dodává, že není klíčové to, zda jsou dílčí kritéria nastavena tak, aby uchazeč s ekonomicky nejvýhodnější nabídkou získal plný počet bodů v rámci každého jednoho dílčího kritéria, ale to, zda získá nejvyšší počet bodů celkově. Smyslem základního hodnotícího kritéria ekonomická výhodnost nabídky je právě hodnocení nabídky na základě více parametrů. Lze přisvědčit žalobci v tom, že bylo možné, aby uchazeč, který podal cenově nejvýhodnější nabídku a současně bankovní záruku ve výši nabídkové ceny, byl vybrán jako nejvhodnější, ačkoliv by neobdržel plný počet bodů v rámci dílčího hodnotícího kritéria bankovní záruky. Právě s ohledem k poměru dílčích kritérií (nabídková cena [9] vs. výše bankovní záruky [1]), který žalobce zvolil, lze dospět k závěru, že vždy by byla jako ekonomicky nejvýhodnější vyhodnocena nabídka uchazeče, který nabídl nejnížší nabídkovou cenu a současně bankovní záruku ve výši nabídkové ceny. [27] Lze proto v souladu s městským soudem uzavřít, že způsob, jakým žalobce zvolil dílčí hodnotící kritéria ve spojení se způsobem nastavení jejich vah, byl v souladu s § 78 odst. 4 a 5 ZVZ a dílčí hodnotící kritéria vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny. [28] Pro úplnost Nejvyšší správní soud dodává, že argumentace stěžovatele proti dílčímu hodnotícímu kritériu bankovní záruky, která je uvedena v kasační stížnosti, je v rozporu s jeho vlastní rozhodovací praxí, neboť v rámci rozhodnutí ze dne 23. 6. 2020, č. j. MF-628/2016/1203-6, kterým snížil částku uloženou témuž žalobci jako odvod za porušení rozpočtové kázně v rámci jiného dotačního projektu, v obdobné situaci dospěl ke zcela odlišným závěrům o přípustnosti požadavku na bankovní záruku.

VII. Další podání účastníků řízení

61. Po zrušujícím rozsudku NSS uplatnili účastníci řízení, a nově i Ministerstvo pro místní rozvoj jako osoba zúčastněná na řízení (dále též „OZŘ“), svá stanoviska.

62. V podání ze dne 1. 8. 2023 žalobce shrnul důvody zrušení původního rozsudku Městského soudu v Praze, vytkl kasační námitky žalovaného a zejména uvedl:
63. Ke kasační námitce nesprávného právního posouzení povahy dílčího hodnotícího kritéria bankovní záruky zdůraznil, že NSS tuto námitku odmítl jako nedůvodnou, neboť se plně ztotožnil se závěry městského soudu, že žalobcem zvolené dílčí hodnotící kritérium bankovní záruky bylo v souladu s právními předpisy a nezavdávalo tedy poskytovateli důvod k jakémukoliv krácení dotace. NSS tak potvrdil, že minimálně jeden ze dvou důvodů, na jehož základě byla žalobci ze strany poskytovatele krácena dotace, neměl jakoukoli oporu v zákoně a pokud jej žalovaný aproboval, zatížil své rozhodnutí vadou. Oprávněnost druhého důvodu pro krácení dotace o spornou částku, tj. požadavek žalobce na doložení ratingu bank vystavujících bankovní záruku, pak NSS přímo nehodnotil, neboť mu ve věcném posouzení bránila nepřezkoumatelnost části původního rozsudku.
64. K dílčímu hodnotícímu kritériu bankovní záruky žalobce poukázal na závěry NSS, z nichž citoval a uvedl, že se NSS dále vyjádřil i k námitce, kterou žalovaný opakovaně uváděl v řízení před městským soudem, a to, že dílčí hodnotící kritérium bankovní záruky údajně nesplňovalo vztah užitné hodnoty a ceny, neboť při podání dvou různých nabídek s různou nabídkovou cenou a bankovní zárukou ve výši shodné s nabídkovou cenou bylo vyloučeno, aby cenově výhodnější nabídka získala i maximální hodnocení bankovní záruky. NSS k tomu výslovně potvrdil, že městský soud postupoval správně, když tuto námitku vyhodnotil jako nedůvodnou.
65. K požadavku na doložení ratingu banky vystavující bankovní záruku měl žalobce i nadále za to, že městský soud v předchozím řízení dospěl k věcně správnému závěru. Předně uvedl, že sama skutečnost, že městský soud v původním rozsudku zcela jednoznačně nevysvětlil jím používanou distinkci mezi posuzováním oprávněnosti požadavku na doložení ratingu banky a způsobu vyhodnocení tohoto požadavku bez dalšího neznámá, že by toto rozlišení v daném případě nemohlo a nemělo být použito. Poskytovatel označil jako důvod krácení dotace toliko nepřiměřenost a diskriminační povahu samotného požadavku na doložení ratingu a nikoli způsob, jakým žalobce tento požadavek následně vyhodnotil. Ani v řízení před žalovaným přitom poskytovatel netvrdil, natož pak prokazoval, že by k porušení právních předpisů o zadávání veřejných zakázek došlo v důsledku způsobu vyhodnocení tohoto kritéria, ale brojil pouze proti oprávněnosti jeho zařazení do zadávací dokumentace. Je proto logické, že by se i soudní přezkum žalobou napadeného rozhodnutí měl soustředit na oprávněnost tohoto požadavku jako takového. Dle žalobce nic nebrání tomu, aby městský soud zopakoval svůj předchozí věcně správný závěr, že požadavek na doložení ratingu banky byl v poměrech dané věci přiměřený a nezakládal skrytou diskriminaci jakéhokoli účastníka zadávacího řízení. K tomu žalobce zdůraznil, že dle jeho přesvědčení proběhlo i vyhodnocení tohoto požadavku v souladu s právními předpisy, přičemž na výběr nejvhodnější nabídky beztak nemělo žádný vliv, neboť ke změně pořadí mezi uchazeči došlo již v důsledku vyhodnocení dílčího hodnotícího kritéria bankovní záruky, jež bylo dle NSS zcela oprávněné.
66. K výtce, že se městský soud v předchozím řízení nedostatečně vypořádal s námitkou žalovaného, že byl požadavek na rating neurčitě vymezen žalobce konstatoval, že i tuto námitku lze v dalším řízení snadno vypořádat s tím, že ratingové agentury Moody's a Standard & Poors a Fitchs (dále též „ratingové agentury“) udělují dlouhodobé i krátkodobé

ratingové známky. Nelze přehlédnout, že v kontextu hodnocení schopnosti národních států splácet své závazky je standardně uváděn pouze dlouhodobý rating. O tom svědčí informace dostupné na webových stránkách ČNB a Ministerstva financí ČR, které jsou za sdělování těchto údajů veřejnosti odpovědné a nepovažují za nutné krátkodobý rating České republiky ani uvádět. K tomu odkázal na příslušné informační materiály. Konstatoval, že krátkodobý rating by v daném případě nebyl přiléhavý ani ve vztahu k povaze zajišťovacího závazku, neboť tento typ ratingu je používán pouze pro hodnocení schopnosti splácet závazky, jejíž lhůta splatnosti nepřevyšuje jeden rok, bankovní záruka se však dle čl. 8.3 zadávací dokumentace měla vztahovat i na záruční vady díla, tj. krýt i dlouhodobé závazky vybraného uchazeče. Bylo tak nelogické požadovat za této situace doložení krátkodobého ratingu banky. Dle žalobce je tak plně udržitelný závěr již učiněný městským soudem v původním rozsudku a to, že požadavek žalobce na doložení ratingu bank byl v souladu s právními předpisy. Pro úplnost žalobce uvedl, že i pokud by se městský soud při posuzování oprávněnosti požadavku na rating přiklonil v novém řízení k jiným závěrům, než zaujal v původním rozsudku, stále by to nic neměnilo na tom, že žalobou napadené rozhodnutí je třeba zrušit již s ohledem na způsob, jakým žalovaný posoudil otázku dílčího hodnotícího kritéria bankovní záruky. V takovém případě by navíc žalovaný měl v novém řízení znovu posoudit i otázku výše korekce, o kterou byla žalobci ponížena dotace, neboť je zcela nepřijatelné, aby žalobce nesl stejné právní důsledky, tj. korekci ve výši 25 % z uplatněných způsobilých výdajů, za „poloviční“ pochybení, resp. naplnění pouze jednoho ze dvou důvodů, pro které byla dotace původně zkrácena. K tomu poukázal na přílohu rozhodnutí komise C (2013) 9527 ze dne 19. 12. 2013, kterým se stanoví a schvalují pokyny ke stanovení finančních oprav, jež má komise provést u výdajů financovaných unií v rámci sdíleného řízení v případě nedodržení pravidel pro zadávání veřejných zakázek (dále též „Pokyny“). Uvedené stanoví, že oprava může být snížena na 10 % nebo 5 % podle závažnosti dané nesrovnalosti. Jakkoli měl žalobce za to, že v daném případě nebyl naplněn ani jeden z důvodů, pro které mu poskytovatel dotaci krátil, pokud by v tomto ohledu městský soud v dalším řízení dospěl k jinému závěru a část namítaného pochybení žalobce shledal oprávněným, zásadním způsobem by se tím minimálně změnila závažnost pochybení, které je žalobci vyčítáno, což by následně mělo být žalovaným v novém řízení řádně reflektováno. Uvedené platím tím spíše, že sám poskytovatel od počátku označoval za závažnější pochybení stanovení dílčího hodnotícího kritéria bankovní záruky, neboť právě v důsledku vyhodnocení tohoto dílčího kritéria došlo ke změně v pořadí uchazečů o veřejnou zakázku. V ostatním žalobce odkázal na svou dosavadní argumentaci a navrhl, aby soud žalobou napadené rozhodnutí zrušil ve výroku II. a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

67. OZŘ v podání ze dne 30. 8. 2023 shrnula jednotlivé žalobní body a vyjádřila se k nim s poukazem na jednotlivé články Smlouvy o poskytnutí dotace. Předně uvedla, že se neztotožňuje s tvrzením žalobce, že na základě čl. VI odst. 2 Smlouvy o poskytnutí dotace nebyl povinen uskutečňovat zadávání veřejných zakázek v souladu s interními metodickými dokumenty poskytovatele. Vyjádřila přesvědčení, že metodické oznámení není neurčité, nesrozumitelné ani nesystematické, nadto bylo součástí příručky již v době uzavření smlouvy o poskytnutí dotace. Vyjádřila se k nutnosti aplikace ZZVZ s tím, že ustanovení § 373 odst. 6 tohoto zákona nezakládá zpětnou aplikaci ZZVZ, jelikož se aplikuje pouze na změny v závazku provedené po nabytí účinnosti. Dle OZŘ městský soud správně poukázal na komentářovou literaturu k § 222 ZZVZ a důkazní břemeno, které žalobce v této souvislosti nesl dle § 141 odst. 4 správního řádu. Dále se vyjádřila k námitkám žalobce stran

změn přijatých v rámci Dodatku č. 4. Pokud se tedy jedná o spornou částku 1, ztotožnila se OZŘ plně s již vysloveným závěrem městského soudu v původním rozsudku.

68. Naproti tomu OZŘ nesouhlasila s posouzením původním rozsudkem ohledně oprávnění ke krácení dotace poskytovatelem o spornou částku 2 z důvodu stanovení výše bankovní záruky jako dílčího hodnotícího kritéria a požadavku na doložení ratingu banky. K dílčímu hodnotícímu kritériu bankovní záruky argumentovala obdobně jako žalovaný, připomněla závěr auditního orgánu, poukázala na nesoulad závěru městského soudu ohledně výše hodnotícího kritéria bankovní záruky s rozhodovací praxí ÚOHS, konkrétně s rozhodnutím č. j. SO 534/2016/VZ-38141/2016/513/IHL a v něm uvedené metodické materiály. Vyjádřila se i k judikatuře NSS, kterou k tomu žalobce argumentoval, a uzavřela, že hodnotící kritérium bankovní záruky bylo stanoveno v rozporu s § 78 odst. 4 ZVZ a v rozporu se základními zásadami v § 6 téhož zákona, jelikož nevyjadřovalo vztah užitné hodnoty a ceny a zároveň bylo stanoveno v nepřiměřené výši, čímž bylo skrytě diskriminační.
69. Požadavek na doložení ratingu banky vystavující bankovní záruku považovala za neoprávněný. Poukázala na to, že se městský soud nevypořádal s některými skutečnostmi, které žalovaný zjistil a popsal v žalobou napadeném rozhodnutí. Pochybení žalobce spočívalo v první řadě v tom, že omezil možnost přidělení ratingu pouze pro tři vybrané společnosti. Dále v tom, že žalobce neuvedl, jaký typ ratingu vůbec požaduje (zda krátkodobý či dlouhodobý) a v neposlední řadě žalobce pochybil při samotném hodnocení nabídek z hlediska tohoto kritéria. Žalobce zcela rezignoval na poskytnutí odůvodnění, z jakého důvodu vybral tři společnosti. Požadavek na doložení ratingu banky byl omezující a diskriminační již během zadávacího řízení, kdy z šesti uchazečů podmínku na doložení ratingu zvládli splnit pouze tři dodavatelé. Ztotožnila se závěrem auditorského týmu, podle kterého mohl požadavek doložení hodnoty ratingu další významnou část dodavatelů od podání nabídky zcela odradit, přestože by jinak byli způsobilí zakázku realizovat. Stanovení tohoto požadavku tak představovalo tzv. skrytou formu diskriminace. Dále poukázala na závěry NSS ve vztahu k § 6 ZVZ (rozsudek NSS č. j. 1 Afs 20/2008-152) a měla za to, že lze tuto argumentaci použít i v nyní projednávané věci. Uzavřela, že požadavek na doložení ratingu charakteristiku skryté diskriminace naplnil, jelikož nebyl přiměřený ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti posuzované veřejné zakázky, v důsledku čehož mohli zakázku splnit jen tři ze šesti uchazečů. Požadavek tak zcela zjevně vyřadil polovinu uchazečů, mnozí jinak způsobilí dodavatelé nabídku ani nepodali. Uchazeč BAK například podal proti danému požadavku námitky a po jejich odmítnutí nabídku vůbec nepodal. Všemi těmito skutečnostmi se zcela správně zabýval též žalovaný, který je navíc ověřil ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, jak vyplývá ze strany 25 žalobou napadeného rozhodnutí.
70. Žalobce dále pochybil, když nabídky některých uchazečů, kteří podmínku požadavku ratingu bankovní záruky nesplnili, hodnotil, zatímco jiné uchazeče z hodnocení vyloučil. Tato skutečnost totiž musí být při hodnocení přiměřenosti požadavku zohledněna, jak správně podotkl NSS ve zrušujícím rozsudku. Z celkových šesti uchazečů splnili tuto podmínku pouze tři, u kterých navíc zadavatel provedl nesprávné posouzení tohoto kritéria, jelikož SDRUŽENÍ VCES-PSJ rating předložilo, a přesto bylo vyřazeno, zatímco uchazeč PRŮMSTAV rating nepředložil a vyloučen nebyl. Sdružení Divadlo Jízdecká rating nepředložilo a bylo vyloučeno. Je tedy zřejmé, že se jedná o relevantní skutečnosti z hlediska

krácení dotace, které NSS naprosto správně uvedl a kterými se zabýval již žalovaný v žalobou napadeném rozhodnutí.

71. Další pochybení žalobce spočívalo v tom, že ze zadávací dokumentace nebylo zřejmé, jaký druh ratingu žalobce požadoval, zda krátkodobý nebo dlouhodobý. Druh ratingu požadovaný žalobcem nebyl ze zadávací dokumentace patrný. Pokud je standardně uváděn pouze určitý typ ratingu, neznamená to bez dalšího, že se zadavatel pro tento standardní typ rozhodl. Stejně platí i pro přílehavost ratingu k povaze zajišťovacího závazku. Uchazeči nepřísluší posuzovat tuto přílehavost. Požadavky kladené na uchazeče musí být ze zadávací dokumentace zřejmé, za správnost a úplnost je plně odpovědný zadavatel.
72. Dle OZŘ tak žalobce pochybil tím, že neoprávněně použil dílčí hodnotící kritérium „bankovní záruky“ ve zcela nepřiměřené výši, a dále tím, že stanovil diskriminační požadavek související s doložením hodnoty ratingu bankovního ústavu uchazečů, jakož i tím, že toto kritérium navíc nesprávně hodnotil.
73. OZŘ odmítla argumentaci žalobce o výši korekce. Žalobce totiž pochybil v uzavření Dodatku č. 4, ve způsobu nastavení kritéria bankovní záruky, v požadavku na bankovní rating a v hodnocení ratingu. Rozhodně se tedy nejedná o pochybení „poloviční“. Nesouhlasila ani s jeho argumentací ohledně použití Pokynů. Konstatovala, že se na věc aplikuje řádek 22, který ukládá finanční korekci 25 % bez možnosti snížení. I kdyby daný řádek snížení krácené částky podle míry závažnosti umožňoval, k takovému snížení by v dané věci nemohlo dojít, jelikož se žalobce dopustil hned několika pochybení, která měla zcela zjevně velmi vysokou závažnost, jelikož vedla k tomu, že byl v rozporu se zákonem změněn předmět veřejné zakázky, došlo k nepřiměřenému stanovení výše bankovní záruky vedoucímu ke skryté diskriminaci a ke stanovení nesprávného požadavku na bankovní rating, který byl neurčitý, diskriminační a reálně vedl k tomu, že někteří dodavatelé nabídku vůbec nepodali, jiní byli vyloučeni a nabídky ostatních byly nesprávně posouzeny, což je zcela zjevným narušením řádné hospodářské soutěže. Krácení dotace o 25 % je dle OZŘ tedy zcela zjevně důvodné a přiměřené okolnostem věci.
74. OZŘ navrhl, aby soud žalobu zamítl.
75. V podání žalovaného ze dne 4. 9. 2023 žalovaný reagoval na vyjádření žalobce po zrušujícím rozsudku NSS, kdy zopakoval svou argumentaci stran dílčího hodnotícího kritéria bankovní záruky a měl za to, že závěry NSS žalobce vytrhl z kontextu. Podle žalovaného je vždy nutné hodnotit přiměřenost bankovní záruky ve vztahu ke konkrétním okolnostem posuzovaného případu, neboť náklady spojené s vysokou hodnotou bankovní záruky zvyšují cenu zakázky a tím i plnění spolufinancovaného z veřejných zdrojů – z poskytnuté dotace. Zdůraznil, že se právní závěr uvedený v žalobou napadeném rozhodnutí strany přiměřenosti požadavku na bankovní záruku, opíral o rozhodovací praxi ÚOHS mimo jiné z rozhodnutí č. j. S 0534/2016/VZ-38141/2016/513/IHL, v němž ÚOHS za odpovídající výši bankovní záruky považoval 15 %. Závěr žalovaného tak nelze označovat za neodůvodněný či spekulativní. K tomu připomněl § 78 odst. 4 ZVZ a zdůraznil, že dílčí hodnotící kritéria se musí vždy vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky. Tuto podmínku však kritérium bankovní záruky nesplňuje, když ta slouží pouze k zajištění závazku, a tudíž nemá vliv na ekonomickou výhodnost nabídky. Nelze nechat bez povšimnutí ani jednotlivé výše

bankovních záruk. Bankovní záruku až do hodnoty nabízené ceny veřejné zakázky je nutné považovat v posuzovaném případě za nepřiměřené hodnotící kritérium.

76. K požadavku na doložení ratingu banky vystavující bankovní záruku přisvědčil závěru městského soudu v původním rozsudku, jež nebyl ze strany NSS ve zrušujícím rozsudku rozporován, a který uvedl, že nevyloučil-li žalobce všechny uchazeče, kteří nesplnili požadavek doložení ratingu banky vystavující záruku, učinil tak v rozporu se zásadou rovného zacházení. Takový závěr je pro konstatování diskriminačního a nerovného přístupu ke všem uchazečům rozhodující. Požadavek na rating je v projednávané věci nutné považovat za nepřiměřený a nedostatečně formulovaný, neboť jeho stanovením se žalobce jako zadavatel veřejné zakázky dopustil porušení zásad dle § 6 ZVZ, k čemuž dospěl i auditní orgán žalovaného ve zprávě o auditu. Z ní mimo jiné vyplynulo, že žádný z uchazečů, kteří podali nabídku, požadovanou hodnotu ratingu zprvu neprokázali, proto byli následně žalobcem vyzváni, aby rating bankovního ústavu doložili, což učinili pouze tři ze šesti. Stejně tak je nutné brát v potaz, že zákon o bankách (poznámka soudu: zákon č. 21/1992 Sb., o bankách) neukládá bankovním ústavům povinnost disponovat s ratingem nebo jej zveřejňovat, z čehož logicky vyplývá, že mnohé bankovní instituce tímto ratingem vůbec nemusejí disponovat. Tato skutečnost mohla zapříčinit, že někteří dodavatelé mohli být v důsledku požadavku ratingu banky odrazeni od podání nabídky, ačkoli by byli jinak způsobilí ji realizovat. Takový požadavek je tak nutno považovat za skrytou formu diskriminace dle rozsudku NSS č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, z něhož žalovaný citoval.
77. Dále žalovaný zdůraznil, že uchazeč PRŮMSTAV a. s. předložil jen všeobecné obchodní podmínky společnosti Komerční banka a. s., nikoli hodnotu ratingu, který byl předložen jiným uchazečem, nicméně i přes tuto skutečnost nebyl PRŮMSTAV a. s., na rozdíl od jiných uchazečů o veřejnou zakázku (Sdružení Divadlo Jízdecká a VCES – PSJ), z hodnocení vyloučen. Tím došlo k porušení zásady zákazu diskriminace a rovného zacházení dle § 6 ZVZ. Právě tato skutečnost představuje podstavu žalobcova pochybení. Veškerá žalobcem předkládaná argumentace stran srozumitelnosti a oprávněnosti stanovení požadavku na doložení ratingu je tak lichá.
78. K tvrzení o znovu posouzení výše uložené korekce žalovaný poukázal na Pokyny, které stanoví pro tento konkrétní případ pochybení v obou případech korekci ve výši 25 % s tím, že oprava může být snížena na 10 % nebo 5 % podle závažnosti dané nesrovnalosti. Vyskytne-li se ale v jednom výběrovém řízení více nesrovnalostí, sazby oprav se nesčítají, ale zohlední se při rozhodování o sazbě opravy nejzávažnější nesrovnalost. V posuzovaném případě došlo ke dvěma nesrovnalostem, u nichž je stanovena základní sazba korekce 25 %. Nicméně s ohledem na to, že se sazby oprav nesčítají, celková výše uložené korekce činila taktéž 25 %. I pokud by tak městský soud dospěl k závěru, že jedno z postihovaných pochybení nenastalo, nevedla by tato skutečnost ke změně ve výši stanovené korekci, neboť to vždy činí 25 %, bez ohledu na počet totožných pochybení. Sazbu je pak možné snížit výlučně v případě nízké závažnosti pochybení. V posuzované věci však došlo k porušení jedné ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, tedy zásady zákazu diskriminace a rovného zacházení. Je tak nepochybné, že obě pochybení žalobce nelze hodnotit jako nízko závažná. Ani této námitce žalobce tak nelze vyhovět.
79. Žalovaný trval na zamítnutí žaloby.

Shodu s prvopisem potvrzuje V. B.

VIII. Druhé posouzení Městským soudem v Praze

80. Při ústním jednání dne 22. 9. 2023 účastníci setrvali na svých stanoviscích a uváděli obdobně, jako ve svých dosavadních podáních.
81. Žalobce dále rozvíjel svojí argumentaci stran způsobu určení výše finanční korekce, kterou považoval za zcela nepřezkoumatelnou, protože by mělo být i z tohoto důvodu žalobou napadené rozhodnutí zrušeno. Uvedl, že je mu ukládána finanční korekce ve výši 25 % dle řádku 18 Pokynů, tento řádek však neodpovídá jeho pochybení. V žalobou napadeném rozhodnutí se oproti tomu uvádí, že poskytovatel dotace údajně uplatnil finanční opravu dle řádku 22, tedy je vymezována jiná nesrovnalost. Poskytovatel dotace a následně žalovaný tak vycházeli každý z jiného řádku pochybení, přičemž žádný z těchto dvou řádků ve skutečnosti nedopadá na chybu, která je žalobci vytýkána. Nejspíše by žalobcovo pochybení mělo být zařazeno na řádek 9, kde se hovoří o protiprávním nebo diskriminačním kritériu pro výběr dodavatele, což je podstata pochybení, jež je žalobci vyčítáno. Daný řádek 9 přitom připouští snížení finanční korekce na 10 % nebo 5 %, podle závažnosti zjištěné nesrovnalosti. Dle žalobce je tedy nutné, aby se žalovaný touto otázkou znovu zabýval a aplikoval na věc ta ustanovení Pokynů, která na ni dopadají.
82. Zástupce žalovaného zopakoval svoji argumentaci stran bankovní záruky a zdůraznil, že podstatou pochybení žalobce při stanovení bankovního ratingu je skutečnost, že i přes to, že jeden z účastníků rating nepředložil, nebyl vyloučen. Tím byla porušena zásada transparentnosti, jednalo se o diskriminační jednání v rozporu se zákonem o zadávání veřejných zakázek. Ke stanovení korekce a k žalobci poukazovaném řádku 9 uvedl, že dle tohoto řádku by bylo možné uvažovat o snížení, pokud by dané pochybení bylo nízké míry. Tak tomu ale ve věci žalobce není, neboť jeho pochybením byla porušena zásada transparentnosti a zejména rovného zacházení s účastníky. I nadále tak trval na tom, že korekce ve výši 25 % byla stanovena správně a transparentně, žalobce se tak nemůže domáhat možného snížení, to je pouze dobrodiním žalovaného.
83. Osoba zúčastněná na řízení uváděla obdobně jako ve své argumentaci v písemném podání před tímto ústním jednáním a ve shodě se žalovaným. K výši korekce považovala za stěžejní, že ve věci žalobce nejsou důvody pro snížení na 10 % nebo 5 %, neboť dané nedostatky měly zásadní dopad do celého průběhu veřejné zakázky. Krácení ve výši 25 % tak bylo přiměřené povaze těchto pochybení. Pokud došlo k nějakému nedostatku v odkazu na řádek, není to podstatné pro zákonnost žalobou napadeného rozhodnutí.
84. Soud neprovedl důkazy navržené žalobcem informačními materiály ČNB, neboť dospěl k závěru, že se jedná o veřejně dostupné zdroje, kterými není třeba dokazování provádět.
85. Vázán právním názorem zrušujícího rozsudku NSS městský soud za tohoto stavu přistoupil k druhému posouzení věci.
86. Soud nevěšel na tvrzení žalobce (při ústním jednání dne 22. 9. 2023) o nepřezkoumatelnosti žalobou napadeného rozhodnutí ve vztahu k druhu a výše korekce. Jak přílehavě uvedl Nejvyšší správní soud ve zrušujícím rozsudku (body 17 až 19) *Nepřezkoumatelným pro nesrozumitelnost je takové rozhodnutí, které postrádá základní zákonné náležitosti, z něhož nelze zjistit, o čem soud rozhodoval a jak ve věci rozhodl, zda žalobě vyhověl nebo ji zamítl, jehož výrok je vnitřně rozporný či je v rozporu s odůvodněním, které posuzuje správní úkon z jiných než*

Shodu s prvopisem potvrzuje V. B.

žalobních důvodů, a které neobsahuje vůbec právní závěry vyplývající z rozhodných skutkových okolností či jehož důvody nejsou ve vztahu k výroku jednoznačné (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Azs 47/2003-130, ze dne 12. 12. 2003, č. j. 2 Ads 33/2003-78, ze dne 28. 5. 2003, č. j. 7 A 124/2000-39). [18] Podle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu je soudní rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, není-li z jeho odůvodnění „zřejmé, jakými úvahami se soud řídil při naplňování zásady volného hodnocení důkazů či utváření závěru o skutkovém stavu, z jakého důvodu soud nepřistoupil, resp. nepovažoval za důvodnou právní argumentaci stěžovatele obsaženou v žalobě, a proč soud subsumoval popsany skutkový stav pod zvolené právní normy“ (rozsudek ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003-52). Nepřezkoumatelné je rozhodnutí také v případě „opomene-li krajský soud v řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu přezkoumat jednu ze žalobních námitek“ (rozsudek ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004-73, publikovaný pod č. 787/2006 Sb. NSS) a rovněž tehdy, „není-li z odůvodnění napadeného rozsudku krajského soudu zřejmé, proč soud nepovažoval za důvodnou právní argumentaci účastníka řízení v žalobě a proč žalobní námitky účastníka považuje za liché, mylné nebo vyvrácené [...]. Soud, který se vypořádává s takovou argumentací, ji nemůže jen pro nesprávnost odmítnout, ale musí také uvést, v čem konkrétně její nesprávnost spočívá“ (rozsudek ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005-44, publikovaný pod č. 689/2005 Sb. NSS). Má-li být rozhodnutí přezkoumatelné, musí z něj být zřejmé, jaký skutkový stav vzal soud za rozhodný a jak usuzoval o skutečnostech zásadních pro věc, a to musí být vyjádřeno v odůvodnění rozhodnutí. Pokud rozhodnutí soudu v odůvodnění nereflektuje na námitky a zásadní argumentaci, o kterou se žaloba opírá, má to za následek jeho zrušení pro nepřezkoumatelnost. K tomu srov. např. rozsudky ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Azs 47/2003-130, ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003-75, ze dne 1. 6. 2005, č. j. 2 Azs 391/2004-62, ze dne 21. 8. 2008, č. j. 7 As 28/2008-75. [19] Obdobně i Ústavní soud zdůrazňuje, že požadavek kvalitního a vyčerpávajícího odůvodnění soudního rozhodnutí je jedním z principů představujících neopominutelnou součást práva na spravedlivý proces a vylučujících libovůli při rozhodování: „z hlediska stanoveného postupu (čl. 36 odst. 1 Listiny) je požadavek řádného a vyčerpávajícího zdůvodnění rozhodnutí orgánů veřejné moci jednou ze základních podmínek ústavně souladného 7 Afs 105/2021 rozhodnutí“ [nález ze dne 3. 2. 2000, sp. zn. III. ÚS 103/99, ze dne 28. 8. 2001, sp. zn. I. ÚS 60/01; všechny citované nálezy Ústavního soudu dostupné na <http://nalus.usoud.cz>]. Povinnost řádným a přezkoumatelným způsobem odůvodnit rozhodnutí soudu „nelze chápat tak, že musí být na každý argument strany podrobně reagováno. Na druhou stranu, jestliže jsou v projednávané věci vzneseny závažné právní argumenty, je třeba, aby se s nimi soud vypořádal“ (nález ze dne 17. 12. 2008, sp. zn. I. ÚS 1534/08). V nyní projednávané věci je ale z odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí zřejmé, jak žalovaný o této otázce uvažil, na základě jakých právních předpisů se tak stalo, jaký postoj zaujal ke stanovisku žalobce a z jakých důvodů k danému právnímu posouzení dospěl. Uvedené je zřejmé z kontextu celého žalobou napadeného rozhodnutí, zejména ze strany 28 až 29. V pochybení žalovaného, spočívajícího v uvedení odlišného řádku Pokynů ve vztahu k vytýkanému jednání žalobce (oproti tomu, jak jej uvedl poskytovatel dotace), soud nespatřuje vadu, která by měla vliv na zákonnost posouzení věci samé a vedla z tohoto důvodu ke zrušení žalobou napadeného rozhodnutí. To ovšem neznamená, že žalovaný toto své dílčí pochybení v dalším řízení nenapraví, jak bude uvedeno dále.

87. Vázán právním názorem NSS se soud opětovně zabýval požadavkem žalobce na doložení ratingu banky vystavující záruku. V tomto směru soud setrval na svém stanovisku v odůvodnění původního rozsudku, kde v bodech 58 až 59 uvedl *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 vyšší 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.

88. Soud však doplňuje a částečně koriguje své závěry původního rozsudku v tom smyslu, že i nadále dává za pravdu argumentaci žalovaného na straně 25 až 26 žalobou napadeného rozhodnutí, podle které, pokud žalobce nevyloučil všechny uchazeče, kteří nesplnili požadavek doložení ratingu banky vystavující záruku, učinil tak v rozporu se zásadou rovného zacházení. Žalobce totiž pochybil, když nabídky některých uchazečů, kteří podmínku požadavku ratingu bankovní záruky nesplnili, hodnotil, zatímco jiné uchazeče z hodnocení vyloučil. Jak konstatoval žalovaný v žalobou napadeném rozhodnutí (zejména str. 25), uchazeč SDRUŽENÍ VCES-PSJ byl nucen předložit rating Raiffeisen Bank International, jediného akcionáře a ručitele české Reiffeisen Bank a. s., neboť česká Reiffeisen Bank a. s. ratingem nedisponovala, přesto však byl vyřazen. Uchazeč PRÚMSTAV a. s. předložil pouze Všeobecné obchodní podmínky Komerční banky a. s., přesto byl hodnocen a nebyl vyřazen. Uchazeč Sdružení Divadlo Jízdecká doložil pouze prohlášení od UniCredit Bank a. s. bez doložení konkrétní hodnoty ratingu, v důsledku čehož byl vyřazen. Je tedy zřejmé, že se jedná o relevantní skutečnosti z hlediska krácení dotace, jak správně podotkl žalovaný a OZŘ.
89. Porušení uvedené zásady rovného zacházení se žalobce dopustil i tím, že ze zadávací dokumentace nebylo zřejmé, jaký druh ratingu bank žalobce jako zadavatel požaduje, zda se má jednat o rating krátkodobý či dlouhodobý. Tvrzení žalobce, že žádný z uchazečů nežádal o vysvětlení, jaký typ ratingu banky je požadován, za tohoto stavu neobstojí, stejně jako jeho obrana, spočívající v poukazu na veřejně dostupné informační materiály ČNB a ministerstva financí. Je to totiž žalobce, který je jako zadavatel povinen zajistit stejný, neznevýhodňující přístup ke všem dodavatelům, tj. umožnit stejné příležitosti všem

dodavatelům tak, aby žádný z nich nebyl oproti ostatním jakkoliv znevýhodněn nebo upřednostněn, jak výstižně uvedl žalovaný na straně 26 žalobou napadeného rozhodnutí.

90. Soud proto na tomto místě koriguje svůj právní závěr v původním rozsudku tak, že se žalobce uvedenými nedostatky dopustil porušení § 6 ZVZ, dle kterého *zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.*
91. .
92. Lze tak uzavřít, že zákonnost posouzení prvního žalobního bodu původním rozsudkem, který jej neshledal důvodným, nebyla zpochybněna. Zákonnost posouzení bankovní záruky (část druhého žalobního bodu) původním rozsudkem, která vedla zdejší soud ke zrušení žalobou napadeného rozhodnutí, byla aprobována zrušujícím rozsudkem Nejvyššího správního soudu, jak bylo uvedeno výše. Soud tak odmítá nesouhlasná stanoviska žalovaného a OZŘ, která na zrušující rozsudek NSS nahlíží v rozporu s jeho závěry ohledně charakteru dílčího hodnotícího kritéria bankovní záruky (bod 25 zrušujícího rozsudku NSS), jakož i jeho závěry k námitce, že dílčí hodnotící kritérium nesplňovalo vztah užitné hodnoty a ceny (bod 26 zrušujícího rozsudku NSS). Ve zrušujícím rozsudku NSS výslovně přisvědčil názoru Městského soudu v Praze, že způsob, jakým žalobce zvolil dílčí hodnotící kritéria ve spojení se způsobem nastavení jejich vah, byl v souladu s § 78 odst. 4 a 5 ZVZ a dílčí hodnotící kritéria vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny, k čemuž NSS poukázal na konkrétní rozhodovací praxi žalovaného, kde žalovaný dospěl v obdobné situaci ke zcela odlišným závěrům o přípustnosti požadavku na bankovní záruku (bod 28 zrušujícího rozsudku NSS).

IX. Závěr a náklady řízení

93. I přesto, že Městský soud v Praze při posouzení žaloby po zrušujícím rozsudku NSS doplnil a částečně korigoval své předchozí závěry o požadavku žalobce na rating bank vystavujících záruku, a v daném rozsahu část druhého žalobního bodu odmítl, zůstává i nadále důvodem pro zrušení výroku II. žalobou napadeného rozhodnutí žalovaným provedené nezákonné posouzení dílčího požadavku na bankovní záruku.
94. Soud proto 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.). Na žalovaném tak nyní bude, aby o vytýkaném jednání žalobce znovu uvažil, podřadil jej pod přílehavou skutkovou podstatu Pokynů, a pokud to bude daná skutková podstata umožňovat uvedl, zda vešel na snížení finanční opravy či nikoli, a své závěry odůvodnil.
95. 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 šest úkonů právní služby po 3 100 Kč (převzetí a příprava zastoupení, žaloba, replika k vyjádření žalovaného, účast na ú. j. 24. 3. 2021, vyjádření ke kasační stížnosti žalovaného, účast na ú. j. dne 22. 9. 2023) 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 (6 x 300 Kč) podle § 13 odst. 4 advokátního tarifu, DPH ve výši 4 284 Kč, tedy celkem 27 684 Kč.

Shodu s prvopisem potvrzuje V. B.

96. O náhradě nákladů řízení osoby zúčastněné na řízení soud rozhodl podle § 60 odst. 5 s. ř. s., soud jí ničeho neuložil, důvody zvláštního zřetele hodné neshledal, proto jí náhradu nákladů řízení nepřiznal.

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.

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.

Praha 27. září 2023

JUDr. Ivanka Havlíková v. r.
předsedkyně senátu