



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jiřího Pally a soudců Mgr. Aleše Roztočila a JUDr. Tomáše Herce v právní věci žalobkyně: **Obecně prospěšná společnost Důstojnost**, IČ 28599110, se sídlem Prvního pluku 206/7, Praha 8, zast. JUDr. Jaromírem Bláhou, advokátem, se sídlem Prvního pluku 206/7, Praha 8, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, se sídlem Masarykova 427/31, Brno, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 30. 6. 2022, č. j. 23926/22/5000-10612-712342, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Ostravě ze dne 22. 4. 2024, č. j. 25 Af 27/2022-55,

t a k t o :

- I. Rozsudek Krajského soudu v Ostravě ze dne 22. 4. 2024, č. j. 25 Af 27/2022-55, **se zrušuje.**
- II. Rozhodnutí Odvolacího finančního ředitelství ze dne 30. 6. 2022, č. j. 23926/22/5000-10612-712342, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- III. V řízeních o kasační stížnosti a o žalobě proti rozhodnutí Odvolacího finančního ředitelství ze dne 30. 6. 2022, č. j. 23926/22/5000-10612-712342, **je** žalovaný **p o v i n e n** zaplatit žalobkyni náhradu nákladů řízení ve výši 35.048 Kč do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám advokáta JUDr. Jaromíra Bláhy.

O d ů v o d n ě n í :

I. Shrnutí předcházejícího řízení

[1] Žalovaný rozhodnutím ze dne 30. 6. 2022, č. j. 23926/22/5000-10612-712342, podle § 116 odst. 1 písm. c) zákona č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „daňový řád“), zamítl odvolání žalobkyně a potvrdil platební výměry Finančního úřadu pro Moravskoslezský kraj (dále jen „správce daně“) ze dne 14. 9. 2021,

č. j. 3493176/21/3200-31471-807022, kterým byl žalobkyni vyměřen odvod za porušení rozpočtové kázně do Národního fondu ve výši 7.756.553 Kč, a č. j. 3493212/21/3200-31471-807022, kterým byl žalobkyni vyměřen odvod za porušení rozpočtové kázně do Státního fondu životního prostředí ve výši 365.015 Kč. Žalobkyně byla příjemkyní dotace na základě rozhodnutí Ministerstva životního prostředí o poskytnutí dotace ze dne 9. 4. 2015, kterým jí byly poskytnuty peněžní prostředky v rámci Operačního programu Životní prostředí 2007 - 2013 na realizaci projektu s názvem „Využití OZE v objektech OPS Důstojnost v Nýdku“ v celkové výši 34.691.314 Kč.

[2]Krajský soud v Ostravě rozsudkem ze dne 22. 4. 2024, č. j. 25 Af 27/2022-55, žalobu proti tomuto rozhodnutí žalovaného zamítl.

[3]V odůvodnění rozsudku krajský soud nejprve shrnul okolnosti posuzovaného případu včetně zadávacího řízení na podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce a jednotlivých změn oproti původním zadávacím podmínkám v užším zadávacím řízení. Dále popsal institut jednacího řízení bez uveřejnění a jeho podmínky. Zdůraznil, že ačkoli jednací řízení bez uveřejnění umožňovalo změnu podmínek plnění veřejné zakázky oproti nabídce a oproti zadávací dokumentaci, nesmělo se jednat o změnu podstatnou. Předchozí neúspěšná zadávací řízení tak vytvořila mantinely rovněž pro jednací řízení bez uveřejnění. Krajský soud v této souvislosti odkázal na judikaturu Nejvyššího správního soudu i Soudního dvora Evropské unie, podle níž bylo nutno postupovat v souladu s § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění rozhodném pro nyní posuzovanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), při výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění restriktivně, přičemž důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek pro uplatnění tohoto postupu nesl veřejný zadavatel. Podle krajského soudu žalobkyně sjednala s dodavatelem vzešlým z jednacího řízení bez uveřejnění plnění veřejné zakázky odchylně od podmínek v předchozím neúspěšném zadávacím řízení, přičemž se jednalo o změny podstatné. Zmíněné změny totiž byly způsobilé změnit okruh uchazečů o veřejnou zakázku. V této souvislosti krajský soud připustil, že nebylo možné každou změnu podmínek vnímat jako změnu podstatnou. Stežejní však bylo, zda taková změna cílila v první řadě na změnu okruhu uchazečů a vedla k tomu, že byly podmínky plnění tzv. „ušity na míru“ některému konkrétnímu zájemci. Vždy proto byly podstatné konkrétní okolnosti dané věci.

[4]Podle krajského soudu by bylo možné za nepodstatnou změnu zadávacích podmínek považovat pouze změnu v technických okolnostech, u nichž by byl zadavatel schopen prokázat, že splnit ji byl ochoten pouze jediný uchazeč. V posuzovaném případě však žalobkyně nově umožnila realizaci stavebních prací subdodavately, rezignovala na bankovní záruku a snížila smluvní pokutu, přičemž šlo o podmínky, jejichž přítomnost či nepřítomnost cílila na neurčitý okruh uchazečů. Proto byly popsány změny způsobilé změnit okruh uchazečů o veřejnou zakázku, tj. jednalo se o změny podstatné v rozporu se zásadou transparentnosti. Krajský soud zdůraznil, že za změněných podmínek se žalobkyně ani nepokusila zadat předmětnou veřejnou zakázku v některém ze základních zadávacích řízení. Žalovaný proto vyložil podstatu pojmu „podstatná změna zadávacích podmínek“ správně a žalobkyni nebylo možné přičíst k dobru ani případnou nejasnost jeho konkrétního obsahu. Nedodržela totiž základní zásady zadávacího řízení. Žalobkyni současně ani nebylo poskytnuto Státním fondem životního prostředí (dále jen „administrátor projektu“) žádné konkrétní ujištění o správnosti jejího postupu, jelikož se jej

pokračování

s ohledem na závěry judikatury Nejvyššího správního soudu neptala na konkrétní dotaz na konkrétní postup. Ani chyba v psaní žalovaného v odůvodnění jeho rozhodnutí, v níž zaměnil předmět zakázky na poskytnutí stavebních prací za poskytnutí projektové dokumentace, neměla vliv na zákonnost a správnost jeho závěrů.

[5]K námitce žalobkyně o nepřiměřené výši odvodu krajský soud konstatoval, že žalovaný shledal porušení rozpočtové kázně v posuzovaném případě za velmi závažné, jelikož mělo vliv na samotnou podstatu férovosti hospodářské soutěže, přičemž došlo ke zvýhodnění vybraného poskytovatele společnosti REVOLT s.r.o. (dále jen „společnost REVOLT“). S tímto posouzením se ztotožnil rovněž krajský soud, přičemž doplnil, že v takovém případě nemohl žalovaný snížit procentní míru odvodu za porušení rozpočtové kázně pro jeho menší závažnost. Nižší procentní míru odvodu nebylo možné odůvodnit ani s ohledem na účel využití dotačních prostředků, přičemž v této souvislosti krajský soud citoval usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 10. 2018, č. j. 1 Afs 291/2017-33, publ. pod č. 3854/2019 Sb. NSS. Rovněž nebylo možné přihlídnout k dopadům vyměřeného odvodu do hospodaření žalobkyně, jelikož dotace představovala dobrodíní ze strany státu, jež bylo spojeno s povinností příjemce tohoto dobrodíní jeho část vrátit v případě porušení dotačních podmínek. Žalovaný přitom řádně posoudil rovněž přiměřenost vyměřeného odvodu ve vztahu k povaze porušení rozpočtové kázně, přičemž vycházel ze samotného rozhodnutí o poskytnutí dotace a skutečnosti, že se žalobkyně dopustila velmi závažného pochybení. V této souvislosti krajský soud odkázal na ustálenou judikaturu Nejvyššího správního soudu. Na správnost závěrů žalovaného o procentní výši vyměřeného odvodu za porušení rozpočtové kázně neměla vliv ani změna počtu zjištěných přitěžujících okolností ani případné další porušení rozpočtové kázně zjištěné žalovaným, jelikož z této skutečnosti v odůvodnění napadeného rozhodnutí nijak nevycházel.

II. Obsah kasační stížnosti a dalších podání účastníků řízení

[6]Proti tomuto rozsudku krajského soudu podala žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) včasnou kasační stížnost, v níž označila důvody uvedené v § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“).

[7]V ní namítla, že se žalovaný nedostatečně věnoval její argumentaci o nepřipustné analogii, kterou využil správce daně, pokud při vymezování pojmu „podstatná změna zadávacích podmínek“ vycházel z pojmu „podstatná změna práv a povinností vyplývajících ze smlouvy“ podle § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, přičemž tento výklad aproboval rovněž krajský soud. Oba pojmy na sobě jsou však zcela nezávislé. Tato nezávislost je předně dána časovým okamžikem jejich zakotvení v zákoně o veřejných zakázkách, kdy institut „podstatné změny zadávacích podmínek“ existoval v rozhodné podobě již v předchozí právní úpravě, kdežto institut „podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy“ byl do zmíněného zákona zakotven s účinností teprve od 1. 4. 2012. Zákonodárce nijak oba instituty nepropojil, byť pro to měl dostatek příležitostí, a neučinil tak ani při přijetí zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“). Nečiní tak ani evropská právní úprava ve Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek. U institutu „podstatné změny zadávacích podmínek“ pro využití jednacímho řízení bez uveřejnění se jedná o zásadní skutečnost, tedy zda bylo předchozí zadávací řízení zrušeno z důvodu, že se nenašli dodavatelé ochotní realizovat veřejnou

zakázku za původních podmínek. U institutu podstatné změny smlouvy na plnění veřejné zakázky jde o zamezení narušení hospodářské soutěže poté, co již zadávací řízení proběhlo. V případě jednacího řízení bez uveřejnění je určitá změna zadávacích podmínek nezbytná a je nutno ji posuzovat v kontextu předchozího zrušeného zadávacího řízení a zadavatelem stanovených požadavků.

[8]Stěžovatelka dále namítla nepřezkoumatelnost rozhodnutí žalovaného a rozsudku krajského soudu. Nejprve odkázala na judikaturu Nejvyššího správního soudu k náležitostem odůvodnění odvolacího správního rozhodnutí a rovněž kvalitě vypořádání odvolacích námitek účastníka řízení. Zdůraznila, že vždy je nutno se vypořádat se základními námitkami odvolatele, což v posuzovaném případě žalovaný neučinil. K podrobné argumentaci stěžovatelky o nemožnosti využít analogii při výkladu pojmu „podstatná změna zadávacích podmínek“ za využití § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách se totiž vyjádřil zcela lakonicky a nijak ji nevyvrátil vlastními závěry. Krajský soud přitom tuto vadu rozhodnutí žalovaného nijak nerefletoval v odůvodnění napadeného rozsudku. Naopak chybějící posouzení ze strany správních orgánů nahradil vlastními právními názory, podle nichž stěžovatelka porušila zásadu transparentnosti a rovného zacházení zakotvenou v § 6 zákona o veřejných zakázkách, v důsledku čehož předmětnou veřejnou zakázku tzv. „ušila na míru“ společnosti REVOLT. Krajský soud dále konstatoval, že za nepodstatnou změnu zadávacích podmínek je nutno považovat jen dílčí technickou okolnost. Popsaným postupem však krajský soud nepřípustně doplnil odůvodnění rozhodnutí správních orgánů, přičemž v této souvislosti odkázala na judikaturu Nejvyššího správního soudu. Restriktivní výklad podstatné změny zadávacích podmínek krajského soudu pak neodpovídá závěrům soudní judikatury ani odborné literatury. Nezohlednil ani konkrétní okolnosti posuzovaného případu, kdy k části změn zadávacích podmínek došlo ve fázi přípravy zadávacích podmínek a z části ve fázi jednání o podmínkách veřejné zakázky v průběhu jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž každá z těchto fází má samostatnou a odlišnou právní úpravu. Uvedené krajský soud nijak nerefletoval a věc vyhodnotil zjednodušujícím způsobem. Veškeré změny, které skutečně proběhly, podle stěžovatelky nijak nezasáhly do předmětu veřejné zakázky a zaměřily se výlučně na skutečnost, aby vůbec mohlo dojít k zadání veřejné zakázky. Předmětné změny se netýkaly ani rozsahu plnění, ceny díla a termínu jeho dodání.

[9]K vypuštění požadavku na omezení možnosti subdodávek stěžovatelka namítla, že se jedná o změnu, která byla učiněna v souvislosti se zahájením jednacího řízení bez uveřejnění, na kterou dopadá § 23 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách. Správní orgány však pochybily při posuzování podstatnosti této změny. Správce daně nesprávně dospěl k závěru, že dodavatelé mohli v rámci užšího řízení na adrese kontaktního místa získat i zadávací dokumentaci. K takové situaci ale nemohlo dojít, jelikož zadávací podmínky byly zveřejňované až v souvislosti s výzvou k podání nabídek. V době rozhodování potenciálních dodavatelů o účasti v užším zadávacím řízení tak nemohli vědět o nemožnosti využití subdodávek, tudíž ji ani nemohli brát v té době v úvahu. Ostatní potenciální dodavatelé proto neměli o předmětnou veřejnou zakázku zájem. V okamžiku zveřejnění požadavku na omezení subdodávek se původního zadávacího řízení účastnil již jen jediný dodavatel, tj. společnost REVOLT. Úprava zadávacích podmínek spočívající ve změně omezení subdodávek tak neměla a nemohla mít vliv na okruh potenciálních dodavatelů. Závěr krajského soudu o tom, že se jednalo o podmínku, jež cílila na neurčitý okruh uchazečů, a že byla způsobilá ovlivnit okruh uchazečů o veřejnou zakázku, je nesprávný. Potenciální

pokračování

dodavatelé neměli o veřejnou zakázku zájem na základě jejího vymezení v oznámení o zahájení užšího zadávacího řízení a na základě kvalifikačních požadavků stěžovatelky. Vypuštění požadavku na omezení možnosti subdodávek proto nemohlo mít vliv na okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, neboť ti neučinili žádný krok pro to, aby se o této podmínce vůbec dozvěděli, tj. nepodali žádost o účast, případně nesplnili kvalifikační předpoklady.

[10] Ve vztahu k vypuštění požadavku na bankovní záruku a úpravu sazeb smluvních pokut stěžovatelka namítla, že k nim došlo až v průběhu jednacího řízení bez uveřejnění, tj. v rámci jednání mezi ní a společností REVOLT. Přípustnost této změny se tak řídila § 34 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, nikoli § 82 odst. 7 písm. d) téhož zákona, jak uvedly správní orgány, přičemž krajský soud tuto argumentaci uvedenou již v žalobě nijak nehodnotil. Podle stěžovatelky se jedná o dílčí úpravy podmínek plnění veřejné zakázky, které neměly za následek změnu předpokladů pro užití jednacího řízení bez uveřejnění. Určující podmínky veřejné zakázky zůstaly nezměněny. V této souvislosti stěžovatelka citovala odbornou literaturu a konstatovala, že závěr krajského soudu, podle něhož lze za nepodstatnou změnu považovat pouze technickou okolnost, u níž zadavatel prokáže, že splnit ji mohl jen vybraný uchazeč, je nesprávný. Stěžovatelka v posuzovaném případě nepostupovala tak, že by zahájila jednací řízení bez uveřejnění z důvodu existence jen jednoho dodavatele a následně upravila zadávací podmínky takovým způsobem, aby se jej mohl účastnit i někdo jiný. Důvodem pro zahájení zmíněného řízení byla absence nabídek ve dvou předchozích užších řízeních.

[11] Stěžovatelka dále namítla, že k datu realizace jednacího řízení bez uveřejnění panoval určitý stav výkladu oblasti práva veřejných zakázek, přičemž odkázala na odbornou literaturu k § 23 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách. Zdůraznila, že podle tehdejšího výkladu bylo nutno na podstatnost učiněných změn zadávacích podmínek nahlížet optikou motivace odstranit problém, na kterém ztroskotala předchozí zadávací řízení. Dále platilo, že změny mohly být učiněny v prospěch i neprospěch zadavatele a mohly se týkat obchodních podmínek, přičemž vždy bylo nutné zohlednit specifika daného případu. Tato výkladová hlediska jsou přitom akcentována rovněž ve výkladových stanoviscích k soudobé úpravě zákona o veřejných zakázkách, resp. zákona o zadávání veřejných zakázek. Všechna citovaná výkladová stanoviska a podmínky zákonného jednacího řízení bez uveřejnění přitom stěžovatelka v posuzovaném případě splnila. Žalovaný ani krajský soud se však k uvedené argumentaci stěžovatelky nijak nevyjádřili. Dále potenciální uchazeči o veřejnou zakázku mohli vědět pouze o zadávací podmínce spočívající v nutnosti předložit bankovní záruku, přičemž o žádných jiných zadávacích podmínkách, které byly následně změněny, nemohli mít vědomost. Všechny uvedené skutečnosti měl krajský soud zohlednit a v případě nejednoznačnosti výkladu pojmu „podstatná změna zadávacích podmínek“ měl uplatnit zásadu *in dubio pro libertas*, případně je zohlednit při ukládání odvodu za porušení rozpočtové kázně.

[12] Stěžovatelka poukazovala v průběhu řízení před správními orgány na své legitimní očekávání a svou dobrou víru ve správnost a zákonnost svého postupu. Svůj postup totiž konzultovala s administrátorem projektu, který zadávací řízení na předmětnou zakázku zkontroloval, aniž by dospěl k závěru o porušení právních předpisů. Přestože měl k dispozici zadávací podmínky i uzavřenou smlouvu se společností REVOLT, nic stěžovatelce nevytkl a následně poskytovatel dotace vydal rozhodnutí o poskytnutí dotace.

Porušení zákonných ustanovení tak bylo konstatováno až dlouho poté, co stěžovatelka učinila vše pro ověření správnosti svého postupu a poskytnutí dotace. Stěžovatelka přitom splnila všechny podmínky pro vznik legitimního očekávání, jak bylo definováno v krajském soudem odkazovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 1. 2023, č. j. 1 Afs 316/2021-38. Vysvětlila jednotlivá kritéria vzniku legitimního očekávání, přičemž konstatovala, že administrátor projektu zkontroloval předmětné zadávací řízení, aniž by dospěl k závěru o jakémkoli porušení zákona o veřejných zakázkách ze strany stěžovatelky. V důsledku uvedeného jí bylo poskytnuto konkrétní ujištění o správnosti jejího postupu. Žalovaný nadto v odůvodnění svého rozhodnutí vycházel z nesprávné skutečnosti, že předmětem veřejné zakázky bylo poskytnutí projektové dokumentace, kterou administrátor projektu nemohl zkontrolovat. V posuzovaném případě však bylo předmětem veřejné zakázky poskytnutí stavebních prací. Popsané pochybení žalovaného nelze označit za chybu v psaní, jak učinil krajský soud, jelikož při posuzování věci vycházel z nesprávně zjištěného skutkového stavu věci. Krajský soud však tuto skutečnost přešel a nedostatečné závěry žalovaného nepřipustně doplnil závěry vlastními.

[13] Stěžovatelka závěrem namítla, že krajský soud dospěl k nesprávnému závěru, podle něhož nelze při stanovování odvodu za porušení rozpočtové kázně přihlídnout k účelu využití dotačních prostředků, tj. v posuzovaném případě stavbě domova pro seniory a domova se zvláštním režimem. Z usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ve věci vedené pod č. j. 4 Afs 291/2017-33 naopak vyplývá, že je nutno jej zohlednit jako okolnost polehčující. Žalovaný ani krajský soud nezvážili skutečnost, že o předmětnou veřejnou zakázku neměli zájem žádní další potenciální dodavatelé a na jejich okruh nemohly mít vliv čtyři z pěti změn zadávacích podmínek. Pominuli pak rovněž legitimní očekávání o správnosti postupu stěžovatelky. Odvod v maximální výši 25 % tak nebyl stanoven správně.

[14] S ohledem na tyto skutečnosti stěžovatelka navrhl, aby Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu, rozhodnutí žalovaného i platební výměry správce daně zrušil a věc vrátil správci daně k dalšímu řízení.

[15] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti nejprve uvedl, že stěžovatelka opakovaně poukazuje na nesprávný výklad § 23 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách a § 34 odst. 4 téhož zákona. Krajský soud se však v odůvodnění napadeného rozsudku podrobně zabýval specifiky jednacího řízení bez uveřejnění a zdůraznil jeho výjimečnost. Proti argumentaci stěžovatelky ohledně nepřipustné analogie postavil vlastní argumentační systém a přesvědčivě vyložil, které skutečnosti jej vedly k závěru o podstatnosti změn zadávací dokumentace. Rozhodným hlediskem pro vyhodnocení, zdali změny zadávacích podmínek provedené stěžovatelkou byly podstatnými, bylo posouzení jejich vlivu na okruh potenciálních dodavatelů. Jednací řízení bez uveřejnění nadto navazuje na předchozí zadávací řízení, a proto je provedené změny nutno hodnotit v kontextu obou řízení se zohledněním konkrétních okolností případu. V posuzovaném případě bylo možné využít analogie s § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách. Stěžovatelka v posuzovaném případě umožnila subdodávky, rezignovala na bankovní záruku a snížila smluvní pokutu, což nejsou pouhá technická specifika splnitelná pouze některými vybranými zájemci, nýbrž podmínky, jejichž přítomnost či nepřítomnost cílí na neurčitý okruh dodavatelů. Jsou proto způsobilé jejich okruh ovlivnit, a proto se jedná o změny podstatné, jelikož narušují transparentnost zadávané veřejné zakázky. Stěžovatelka se za změněných podmínek ani nepokusila veřejnou

pokračování

zakázku zadat v některém ze základních zadávacích řízení. Krajský soud své závěry řádně odůvodnil a správně konstatoval, že stěžovatelka nesplnila zákonné podmínky pro realizaci zadávacího řízení v jednacím řízení bez uveřejnění.

[16] K námitce stěžovatelky o nepřezkoumatelnosti jeho rozhodnutí i rozsudku krajského soudu žalovaný konstatoval, že obě rozhodnutí nelze považovat za nepřezkoumatelná pro nesrozumitelnost ani pro nedostatek důvodů, přičemž v této souvislosti odkázal na judikaturu Nejvyššího správního soudu a Ústavního soudu. Žalovaný nesouhlasí s námitkou stěžovatelky, že krajský soud za něj doplnil nedostatky odůvodnění. Z rozhodnutí správních orgánů jsou totiž zřejmé všechny skutkové okolnosti případu i jejich právní závěry, přičemž krajský soud se s nimi ztotožnil. Krajský soud současně vlastní závěry ohledně posuzování podstatnosti změn zadávacích podmínek doložil odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2015, č. j. 8 As 149/2014-68. Stěžovatelce současně nevzniklo legitimní očekávání ohledně správnosti jejího postupu, přičemž žalovaný v této souvislosti odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu vedený pod sp. zn. 1 Afs 316/2021. Žalovaný závěrem uvedl, že vyměřený odvod za porušení rozpočtové kázně byl odůvodněn náležitou úvahou se zohledněním míry závažnosti uvedeného pochybení a všech okolností svědčících ve prospěch i neprospěch stěžovatelky. Zohledněno bylo rovněž i naplnění účelu předmětné dotace. V posuzovaném případě však stěžovatelka narušila samotnou podstatu férovosti hospodářské soutěže, a její porušení bylo proto velmi závažné, čemuž odpovídal vyměřený odvod za porušení rozpočtové kázně.

[17] S ohledem na tyto skutečnosti žalovaný navrhl zamítnutí kasační stížnosti.

[18] Stěžovatelka v replice k vyjádření žalovaného nejprve zdůraznila, že byť krajský soud v odůvodnění napadeného rozsudku nejdříve uvedl, že posouzení pojmu „podstatná změna zadávacích podmínek“ musí vždy odpovídat konkrétním skutkovým okolnostem dané věci, následně konstatoval, že za nepodstatnou změnu lze považovat pouze změnu technického charakteru, u níž zadavatel prokáže, že je schopen splnit ji pouze vybraný uchazeč. Uvedenými závěry se proto krajský soud sám popřel a tyto nemají oporu v judikatuře správních soudů ani odborné literatuře. Krajský soud dále využil obdobnou analogii mezi pojmy „podstatná změna zadávacích podmínek“ a „podstatná změna práv a povinností vyplývajících ze smlouvy“, aniž by zohlednil argumentaci stěžovatelky. Důsledkem takové argumentace je pak závěr, že za podstatnou změnu je nutno považovat každou změnu zadávacích podmínek, která je způsobilá změnit okruh uchazečů o veřejnou zakázku. Takový výklad je však chybný a popírá samotnou podstatu jednacích řízení bez uveřejnění. Stěžovatelka zdůraznila, že učiněné změny je nutno posuzovat v kontextu předchozího zrušeného zadávacího řízení a zadavatelem stanovených požadavků. Dále zopakovala námitku nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku, v němž se krajský soud nevypořádal s jejími základními námitkami. Závěrem namítla, že vybraného dodavatele společnost REVOLT nijak nezvýhodnila, jelikož v jednacím řízení bez uveřejnění postupovala tak, aby předmět veřejné zakázky zůstal nedotčen a provedené změny reagovaly na předchozí neúspěšná zadávací řízení realizovaná v užším řízení.

III. Posouzení kasační stížnosti

[19] Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., podle nichž byl vázán rozsahem a důvody, jež stěžovatelka uplatnila v kasační

stížnosti. Stěžovatelka v kasační stížnosti odkázala na důvody uvedené v § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) s. ř. s.

[20] Podle písm. a) zmíněného ustanovení, *kasační stížnost lze podat pouze z důvodu tvrzené nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení.* Podle písm. b) téhož ustanovení, *kasační stížnost lze podat pouze z důvodu tvrzené vady řízení spočívající v tom, že skutková podstata, z níž správní orgán v napadeném rozhodnutí vycházel, nemá oporu ve spisech nebo je s nimi v rozporu, nebo že při jejím zjišťování byl porušen zákon v ustanoveních o řízení před správním orgánem takovým způsobem, že to mohlo ovlivnit zákonnost, a pro tuto důvodně vytýkanou vadu soud, který ve věci rozhodoval, napadené rozhodnutí správního orgánu měl zrušit; za takovou vadu řízení se považuje i nepřezkoumatelnost rozhodnutí správního orgánu pro nesrozumitelnost.* Konečně podle písm. d) tohoto ustanovení, *kasační stížnost lze podat pouze z důvodu tvrzené nepřezkoumatelnosti spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí, popřípadě v jiné vadě řízení před soudem, mohla-li mít taková vada za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé.*

[21] Stěžovatelka nejprve namítla, že žalovaný a krajský soud při výkladu pojmu „podstatná změna zadávacích podmínek“ nesprávně využili analogie s pojmem „podstatná změna práv a povinností vyplývajících ze smlouvy“. Oba pojmy jsou však na sobě nezávislé a týkají se jiných fází zadávacího řízení, přičemž zákonodárce je nijak v zákoně o veřejných zakázkách nepropojil. Krajský soud se tak nevěnoval její argumentaci ohledně výkladu institutu „podstatná změna zadávacích podmínek“, a vyložil jej proto nesprávně.

[22] Podle § 23 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách platí, že *při splnění podmínek uvedených v odstavci 1 může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění za předpokladu, že podstatně nezmění zadávací podmínky a zahájí jednacím řízení bez uveřejnění bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení.*

[23] K jednacím řízení bez uveřejnění se vyjádřil již Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 31. 8. 2015, č. j. 8 As 149/2014-68, v němž konstatoval, že se jedná o jediný druh zadávacího řízení podle zákona o veřejných zakázkách, ve kterém zadavatel neoznamuje svůj úmysl zadat veřejnou zakázku neomezenému počtu dodavatelů (s výjimkou zjednodušeného podlimitního řízení). Použitím jednacím řízení bez uveřejnění proto z povahy věci dochází k omezení (v případě oznámení úmyslu omezenému počtu zájemců) či vyloučení (v případě oznámení úmyslu jedinému zájemci - jako v posuzované věci) hospodářské soutěže (srov. Jurčík, Radek. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 301). Zadavatel může použít jednacím řízení bez uveřejnění jen za podmínek stanovených v § 23 zákona o veřejných zakázkách, jinak musí využít jiný způsob (§ 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách). Nejvyšší správní soud dále v rozsudku ze dne 10. 12. 2020, č. j. 4 As 207/2020-40, doplnil, že *„použití jednacím řízení bez uveřejnění představuje výjimku z povinnosti zadat veřejnou zakázku v některém ze základních druhů zadávacího řízení. Tato výjimka proto musí být vykládána restriktivně a je nutno trvat na tom, že povinnost prokázat důvody ohledně existence výjimečných podmínek pro uplatnění této výjimky má ten, kdo se jich dovolává, tedy veřejný zadavatel (srov. rozsudek Soudního dvora EU ze dne 14. 9. 2004, Komise proti Itálii, C-385/02, Sb. rozh., s. I-08121, bod 19, a tam citovaná další judikatura).“*

pokračování

[24] Pojem podstatná změna zadávacích podmínek sice není v zákoně o veřejných zakázkách definován, nicméně ze smyslu a účelu tohoto zákona lze dovodit, jaké změny mají charakter změn podstatných a jaké nikoli. Smyslem a účelem zákona o veřejných zakázkách je, aby zadavatel při dodržení zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace našel nejvhodnějšího dodavatele. Za podstatnou změnu zadávacích podmínek bude proto vždy nutné považovat takovou změnu, která je způsobilá ovlivnit okruh potenciálních dodavatelů (zájemců) schopných splnit předmět veřejné zakázky. Ke shodnému závěru dospěla i odborná literatura, která uvádí i příklady podstatných změn, a to změnu předmětu plnění veřejné zakázky, změnu obchodních a platebních podmínek nebo změnu nastavení kvalifikace (srov. Podešva, V., a kol. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2006 - komentář k § 23 odst. 2. Dostupné v ASPI).

[25] Nepodstatnou změnou pak je možné rozumět např. přesnější specifikaci předmětu plnění veřejné zakázky či přesnější specifikaci požadavku zadavatele na zpracování nabídkové ceny. Skutečnost, zda se jedná o změnu podstatnou, či nikoli, je třeba vždy posuzovat s ohledem na specifičnost každého jednotlivého případu. V některých případech bude dokonce nezbytně nutné, aby zadavatel zadávací podmínky pozměnil a předešel důvodům, na základě kterých došlo k naplnění podmínek stanovených v § 23 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, v čemž lze plně souhlasit se stěžovatelkou. Vždy to však musí učinit tak, aby změna zadávacích podmínek nebyla podstatná.

[26] K obdobným závěrům dospěl rovněž krajský soud v odst. 22 až 25 odůvodnění napadeného rozsudku, přičemž v této souvislosti odkázal na totožná výkladová hlediska a při posuzování věci vycházel z judikatury Nejvyššího správního soudu a obdobných zdrojů odborné literatury, na něž odkázala rovněž stěžovatelka v kasační stížnosti. Nejvyšší správní soud proto nesouhlasí se stěžovatelkou, že se krajský soud dopustil nepřípustné analogie, kterou převzal od žalovaného a za jejíž pomoci vyložil institut „podstatné změny zadávacích podmínek“ nesprávně. Z příslušné pasáže odůvodnění napadeného rozsudku je naopak zřejmé, že krajský soud vyložil zmíněný institut zcela nezávisle na stěžovatelkou zmiňovaném institutu „podstatné změny práv a povinností ze smlouvy“.

[27] Nejvyšší správní soud dále uvádí, že byť podle krajského soudu za nepodstatnou změnu lze považovat pouze změnu v technických okolnostech veřejné zakázky, což stěžovatelka označila za paušalizující výklad, je z odst. 25 odůvodnění napadeného rozsudku zřejmé, že vycházel rovněž z dalších výkladových hledisek. Připustil, že striktní chápání teze, podle níž každá změna může být způsobilá ovlivnit okruh potenciálních uchazečů, by vedlo k závěru, že každá změna zadávacích podmínek v jednacím řízení bez uveřejnění je podstatná. Uvedený druh zadávacího řízení by nebylo prakticky možné použít. Zároveň správně zdůraznil, že u změny zadávacích podmínek je podstatné, zdali cílila a vedla k tomu, že byly podmínky plnění veřejné zakázky tzv. „ušity na míru“ některému konkrétnímu zájemci. V této souvislosti lze opětovně zdůraznit, že při posuzování podstatnosti konkrétní změny, tj. rovněž otázky, zdali byla daná změna způsobilá ovlivnit okruh potenciálních dodavatelů veřejné zakázky, je nutno vycházet z konkrétních skutkových okolností případu.

[28] Nelze zároveň souhlasit se stěžovatelkou, že krajský soud nepřípustně doplnil odůvodnění rozhodnutí žalovaného vlastními závěry, podle nichž stěžovatelka porušila zásadu transparentnosti a rovného zacházení zakotvenou v § 6 zákona o veřejných zakázkách, v důsledku čehož předmětnou veřejnou zakázku tzv. „ušila na míru“ společnosti

REVOLT. Již z odůvodnění rozhodnutí žalovaného je totiž zřejmé, že stěžovatelce vytkl nepřípustné zvýhodnění vybraného dodavatele veřejné zakázky společnosti REVOLT, s nímž stěžovatelka dohodla odlišné podmínky plnění oproti původní zadávací dokumentaci, čímž porušila zákon o veřejných zakázkách. Z uvedeného je proto zřejmé, že krajský soud nad rámec odůvodnění rozhodnutí žalovaného nic nového nedoplnil, nýbrž vycházel z obdobných skutečností a závěrů jako žalovaný.

[29] Stěžovatelka dále namítla, že měla legitimní očekávání o správnosti a zákonnosti svého postupu, který konzultovala s administrátorem projektu. Ten ostatně předmětnou veřejnou zakázku zkontroloval a nedospěl k závěru o porušení právních předpisů. Stěžovatelce ničeho nevytkl a následně vydal poskytovatel dotace rozhodnutí o poskytnutí dotace. Současně k vyměření odvodu za porušení rozpočtové kázně došlo až po realizaci předmětné veřejné zakázky. V důsledku uvedeného jí bylo příslušným orgánem poskytnuto konkrétní ujištění o správnosti jejího postupu.

[30] Předpokladem práva dovolávat se legitimního očekávání je, že příslušný orgán poskytne konkrétní ujištění, která mohou vzbudit legitimní očekávání u toho, komu jsou určena, a jsou v souladu s použitelnými právními předpisy (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 8. 2012, č. j. 1 Afs 15/2012-38, publ. pod č. 2713/2012 Sb. NSS). Judikatura Nejvyššího správního soudu zároveň připouští, aby legitimní očekávání založil i jiný správní orgán než ten, který zároveň stojí v roli poskytovatele dotace. Relevantní literatura uvádí, že konkrétní ujištění příjemce dotace může být založeno jednáním jakéhokoli orgánu veřejné moci, který je oprávněn vyjadřovat se k dotčeným povinnostem. Jedná se zejména o poskytovatele dotace, ale i „*jím pověřené subjekty plnící metodickou činnost při poskytování dotací*“ (MATUŠKOVÁ, Tereza. Legitimní očekávání příjemce dotace. *Soudní rozhledy*, 2022, č. 11-12, s. 347-352). Vztaženo na posuzovaný případ tak lze za příslušný orgán považovat rovněž administrátora projektu.

[31] Z judikatury Nejvyššího správního soudu dále vyplývá, že ujištění způsobilé založit legitimní očekávání musí předcházet porušení rozpočtové kázně. „*Následná ujištění již nebudou schopna změnit nic na tom, že příjemce dotace porušil rozpočtovou kázeň na základě svého rozhodnutí, tedy neovlivněn předchozím konkrétním ujištěním poskytovatele dotace*“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 5. 2021, č. j. 8 Afs 114/2019-52, publ. pod č. 4213/2012 Sb. NSS, dále srov. rozsudek ze dne 19. 1. 2023, č. j. 1 Afs 316/2021-38). Jde tedy zpravidla o situaci, kdy příjemce dotace neví, jak má přesně postupovat, a proto se obrátí na poskytovatele dotace či jiný příslušný orgán, aby mu určitý postup poradil nebo výslovně příjemcem navržený postup potvrdil jako souladný s pravidly poskytnuté dotace. Pokud pak příjemce v souladu s takto daným ujištěním jedná, má být chráněno jeho legitimní očekávání (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 1. 2024, č. j. 5 Afs 296/2022-34).

[32] Legitimní očekávání příjemce podpory současně nemůže založit ani vědomost poskytovatele finančních prostředků či administrátora projektu o jeho pochybení (viz již citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Afs 114/2019-52). Opačný výklad by vedl ke stavu, kdy by byl příjemce podpory zbaven veškeré odpovědnosti za nesrovnalosti, které nebyly oznámeny jejím poskytovatelem či jiným kontrolním orgánem (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 11. 2020, č. j. 9 Afs 441/2018-52).

pokračování

[33] Nejvyšší správní soud vzhledem k citovaným závěrům, které lze plně využít i v nyní posuzovaném případě, ve shodě s krajským soudem konstatuje, že stěžovatelce za podmínek uvedených v ustálené judikatuře správních soudů nebylo poskytnuto konkrétní ujištění o správnosti jejího postupu. Jinak řečeno, skutečnost, že administrátor projektu zkontroloval předmětnou veřejnou zakázku, aniž by odhalil pochybení stěžovatelky, a že jí byly následně poskytnuty finanční prostředky poskytovatelem dotace, v posuzovaném případě nepředstavovala zmíněné konkrétní ujištění, a stěžovatelce tak nemohlo vzniknout legitimní očekávání o správnosti jejího postupu.

[34] Vzhledem k výše uvedenému nelze souhlasit ani s námitkou stěžovatelky, že krajský soud zcela pominul pochybení žalovaného, který při posuzování věci vycházel z nesprávně zjištěného skutkového stavu, jelikož uvedl, že administrátor projektu posuzoval veřejnou zakázku na poskytnutí projektové dokumentace. Z odůvodnění napadeného rozsudku je naopak zřejmé, že krajský soud uvedené pochybení posoudil jako marginální, které nemělo vliv na správnost ostatních závěrů žalovaného. Stěžovatelka ostatně v této souvislosti ničeho konkrétního nenamítla, ani nevysvětlila, proč se nejednalo o marginální nesprávnost.

[35] Stěžovatelka dále namítla, že se krajský soud nezabýval její argumentací ohledně časové souslednosti jednotlivých změn zadávací dokumentace. K části změn zadávacích podmínek totiž došlo ve fázi přípravy zadávacích podmínek a z části ve fázi jednání o podmínkách veřejné zakázky v průběhu jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž každá z těchto fází má samostatnou a odlišnou právní úpravu. Předmětné změny stěžovatelka provedla pouze s ohledem na zamezení zmaření účelu zadávání veřejné zakázky a nijak nezasáhla do předmětu veřejné zakázky, rozsahu plnění, ceny díla a termínu jeho dodání.

[36] Jak již Nejvyšší správní soud citoval výše, samotný pojem „podstatné změny zadávacích podmínek“ není v zákoně o veřejných zakázkách definován, a proto je za podstatnou změnu zadávacích podmínek třeba považovat zejména takovou změnu, která je způsobilá rozšířit či naopak zúžit okruh potenciálních dodavatelů způsobilých splnit předmět veřejné zakázky. Při posuzování otázky, zda se jedná o změnu podstatnou, či nikoliv, je třeba vždy postupovat s ohledem na specifika a konkrétní okolnosti každého jednotlivého případu. V některých případech bude dokonce nezbytně nutné, aby zadavatel zadávací podmínky pozměnil, aby předešel důvodům, na základě kterých došlo k naplnění podmínek stanovených pro vyhlášení jednacího řízení bez uveřejnění, avšak vždy to musí učinit tak, aby změna zadávacích podmínek nebyla podstatná.

[37] Stěžovatelka konkrétně v posuzovaném případě namítla, že v případě vypuštění požadavku na omezení možnosti subdodávek v zadávací dokumentaci v jednacím řízení bez uveřejnění se jedná o změnu, která byla učiněna právě v souvislosti se zahájením jednacího řízení bez uveřejnění, na které dopadají podmínky definované v § 23 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách. Zdůraznila, že uvedená podmínka nebyla uvedena v oznámení o veřejné zakázce, nýbrž v zadávací dokumentaci, která byla zveřejněna až na základě konkrétní výzvy k podání nabídky. V době rozhodování potenciálních dodavatelů o účasti v užším zadávacím řízení nemohli vědět o nemožnosti využití subdodávek, tudíž ji ani nemohli brát v té době v úvahu. Ostatní potenciální dodavatelé tak neměli o předmětnou veřejnou zakázku zájem. Žádní další potenciální dodavatelé předmětného plnění totiž neučinili nezbytný krok k tomu, aby se o předmětné podmínce vůbec dozvěděli, tj. nepodali žádost o účast v užším řízení, případně nesplnili potřebné kvalifikační předpoklady. Krajský

soud se však uvedenou argumentací nezabýval, a proto je napadený rozsudek nepřezkoumatelný, jelikož nevypořádal jednu ze základních žalobních námitek.

[38] Jak již Nejvyšší správní soud uvedl výše, podle § 23 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách platí, že zadavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění za předpokladu, že podstatně nezmění zadávací podmínky a zahájí jednacím řízení bez uveřejnění bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení. Z uvedeného proto vyplývá, jak ostatně připomněl již krajský soud v odůvodnění napadeného rozsudku, že předchozí neúspěšná zadávací řízení tvoří mantinely nově vyhlášeného jednacím řízení bez uveřejnění. V tomto ohledu je proto podstatné, zdali zadavatel podstatně nezměnil zadávací dokumentaci v jednacím řízení bez uveřejnění oproti předchozímu zadávacímu řízení tak, že by tato změna mohla ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku. Nejvyšší správní soud však zdůrazňuje, že při posuzování této otázky je nutno vycházet z konkrétních skutkových okolností daného případu a podstatnost změny zadávacích podmínek nelze vykládat zjednodušujícím způsobem. Jinak řečeno, způsoblost ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku nemůže být pouze domnělá či imaginární bez konkrétního projevu v posuzovaném zadávacím řízení, jak namítala stěžovatelka v posuzovaném případě.

[39] Podle § 28 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách dále platí, že *v oznámení užšího řízení oznamuje zadavatel neomezenému počtu dodavatelů svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení; oznámení užšího řízení je výzvou k podání žádostí o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace*. Podle odst. 2 věty první a druhé téhož ustanovení dále platí, že *zájemci podávají písemnou žádost o účast a prokazují splnění kvalifikace ve stanovené lhůtě. Po posouzení kvalifikace zájemců zadavatel vyzve zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky*. Podle odst. 4 písm. a) téhož ustanovení konečně platí, že *písemná výzva k podání nabídek obsahuje alespoň zadávací dokumentaci nebo podmínky přístupu či poskytnutí zadávací dokumentace podle § 48*.

[40] Podle § 48 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách dále platí, že *zadavatel v otevřeném řízení, zjednodušeném podlimitním řízení, užším řízení a jednacím řízení s uveřejněním, s výjimkou postupu sektorového zadavatele podle § 33, uveřejní na profilu zadavatele alespoň textovou část zadávací dokumentace ode dne uveřejnění oznámení zadávacího řízení či výzvy k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení nebo ode dne odeslání výzvy k podání nabídek v užším řízení nebo jednacím řízení s uveřejněním, a to alespoň do konce lhůty pro podání nabídek; to neplatí, pokud by uveřejněním došlo k vyřazení nebo obrození utajovaných informací*.

[41] Z citovaných ustanovení vyplývá, že se užší řízení člení do dvou fází. V rámci první fáze zadavatel oznamuje neomezenému počtu dodavatelů úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto druhu zadávacího řízení. Oznámením je míněno uveřejnění v informačním systému (příslušného formuláře oznámení o zakázce), tj. oznámení je neadresné. V oznámení užšího řízení oznamuje zadavatel dodavatelům svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení. V rámci této první fáze uchazeči vyjadřují svou vůli účastnit se zadávacího řízení prostřednictvím tzv. žádosti o účast v užším řízení a prokazují ve lhůtě definované zadavatelem splnění kvalifikace (v rozsahu zákonem a zadavatelem stanoveném). Ve druhé fázi vyzývá zadavatel příslušný počet dodavatelů k podání nabídek, tj. zadavatel již nevyzývá všechny dodavatele, ale pouze ty, kteří prokázali splnění kvalifikace. Písemná výzva

pokračování

k podání nabídek musí obsahovat, mimo jiné, alespoň zadávací dokumentaci nebo podmínky přístupu či poskytnutí zadávací dokumentace podle § 48 zákona o veřejných zakázkách. Zadávací dokumentace je tak v užším řízení dodavatelům poskytována až v pozdější fázi, po prokázání splnění kvalifikace, a to v rámci výzvy k podání nabídek. Zadávací dokumentace současně obsahuje technické specifikace předmětu veřejné zakázky a za její správnost a úplnost odpovídá zadavatel. Jedná se o tedy o poskytnutí určitých, kompletních a dostatečně podrobných informací, na základě kterých se dodavatelé rozhodují, zda se o veřejnou zakázku budou dále ucházet či nikoliv (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007-131, publ. pod č. 2535/2012 Sb. NSS).

[42] Ze zprávy správce daně o daňové kontrole vyplývá následující. Stěžovatelka vyhlásila první užší zadávací řízení oznámením o zakázce ve Věstníku veřejných zakázek dne 20. 8. 2014, přičemž další informace a zadávací dokumentaci bylo možné získat na kontaktním místě uvedeném ve zmíněném oznámení a byla zde rovněž uvedena adresa profilu stěžovatelky. V Oddílu III oznámení byl uveden požadavek na bankovní záruku ve výši 5 mil. Kč za provedení díla. Zrušení zadávacího řízení (pro nepodání žádné žádosti o účast) bylo zveřejněno dne 10. 9. 2014. Druhé užší zadávací řízení stěžovatelka zahájila oznámením o zakázce zveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek dne 26. 9. 2014, přičemž další informace a zadávací dokumentaci bylo možné získat na kontaktním místě uvedeném ve zmíněném oznámení a byla zde rovněž uvedena adresa profilu stěžovatelky. V Oddílu III oznámení byl uveden požadavek na bankovní záruku ve výši 4 mil. Kč za provedení díla. Na adrese profilu stěžovatelky byla zadávací dokumentace zveřejněna až dne 18. 11. 2014, přičemž z Protokolu o posouzení kvalifikace z téhož dne vyplývá, že u žádosti společnosti CERGOMONT s.r.o. nebyly splněny kvalifikační předpoklady. Rovněž téhož dne stěžovatelka vyzvala společnost REVOLT k podání nabídky, která ji však následně neučinila. Zrušení zadávacího řízení (pro nepodání žádných nabídek) bylo zveřejněno dne 15. 12. 2014. Stěžovatelka následně Výzvou k podání nabídky ze dne 30. 12. 2014 vyzvala společnost REVOLT k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění na předmětnou veřejnou zakázku, přičemž jí zaslala zadávací dokumentaci. Její součástí byla právě nyní posuzovaná změna, která spočívala ve vypuštění požadavku na vyloučení subdodávek stavebních prací.

[43] Žalovaný v tomto ohledu v odst. 29 odůvodnění svého rozhodnutí pouze konstatoval, že ze str. 84 zprávy o daňové kontrole je zřejmé, že bez vypuštění předmětné podmínky by společnost REVOLT nebyla sama schopna předmět veřejné zakázky splnit. Dále žalovaný odkázal na str. 42 až 61 odůvodnění zprávy o daňové kontrole, s níž se ztotožnil a konstatoval, že se jednalo o podstatnou změnu zadávací dokumentace, která byla způsobilá ovlivnit okruh potenciálních zájemců o veřejnou zakázku. Krajský soud k příslušné argumentaci stěžovatelky uvedl pouze závěr, že pokud stěžovatelka nově umožnila subdodavatele, nejedná se o pouhé technické specifikum, nýbrž o podmínku, jejíž přítomnost či nepřítomnost cílí na neurčitý okruh uchazečů. V důsledku uvedeného byla tato změna podle krajského soudu způsobilá okruh uchazečů změnit, a proto se jedná o změnu podstatnou, která narušila transparentnost veřejné zakázky.

[44] Z uvedeného má však Nejvyšší správní soud za to, že se žalovaný ani krajský soud nijak nevyjádřili k podstatné námitce stěžovatelky uplatněné již v odvolání a následně v žalobě, podle níž s ohledem na individuální okolnosti případu nemohla předmětná změna zadávací dokumentace nijak ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku. Jinak řečeno,

stěžovatelka relevantně namítala, že žádní další uchazeči o veřejnou zakázku nepodali žádost o účast ve vyhlášených užších zadávacích řízeních, případně nesplnili kvalifikační předpoklady, a tedy se o předmětné podmínce nemohli ani dozvědět. V důsledku uvedeného tak předmětná podmínka nemohla ovlivnit jejich rozhodování o účasti či neúčasti na zadávacích řízeních, a proto nemohla ani ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku. Pokud správce daně a žalovaný v této souvislosti konstatovali, že si jakýkoli zájemce o veřejnou zakázku mohl zadávací podmínky vyzvednout na kontaktním místě uvedeném v příslušných oznámeních, namítla stěžovatelka, že uvedené tvrzení se nezakládalo na pravdě, jelikož zadávací podmínky poskytovala až společně s výzvou k podání nabídky.

[45] Žalovaný se v tomto ohledu zabýval spíše skutečností, zdali mohla společnost REVOLT splnit veřejnou zakázku i bez připuštění subdodávek, což však nijak nesouvisí s předmětnou argumentací stěžovatelky. Jinak řečeno, uvedený závěr neposkytuje odpověď na otázku, zdali stěžovatelka dodržela zákonem stanovené podmínky pro jednacím řízení bez uveřejnění stanovené v § 23 zákona o veřejných zakázkách a zdali se pohybovala v mantinelech nastavených předchozími užšími zadávacími řízeními. Způsobnost společnosti REVOLT dodat požadované plnění v předmětné veřejné zakázce totiž nemá na uvedené žádný relevantní vliv.

[46] Krajský soud se v této souvislosti omezil na pouhé paušální konstatování, že předmětná změna může být způsobila ovlivnit okruh potenciálních dodavatelů. Nejvyšší správní soud však zdůrazňuje, jak vysvětlil již výše, že nelze současně pominout skutečnost, zdali nezůstala zmíněná způsobnost ovlivnit okruh potenciálních dodavatelů veřejné zakázky v rovině pouhých domněnek bez reálného vlivu na proces zadávání veřejné zakázky v posuzovaném případě, a to právě s ohledem na konkrétní specifika dané věci. Touto problematikou se však krajský soud nijak nezabýval, a dostatečně tak neposoudil konkrétní okolnosti posuzovaného případu. Jinak řečeno, krajský soud v odůvodnění napadeného rozsudku neposkytl ani implicitní odpověď na otázku, zdali v posuzovaném případě s ohledem na konkrétní skutkové okolnosti případu mohla skutečně předmětná změna vyloučit z účasti na předmětných zadávacích řízeních některé dodavatele, pokud o předmětné podmínce nemohli žádní další dodavatelé vědět, a nebyli jí proto ovlivněni při rozhodování o účasti na předmětné veřejné zakázce, jak relevantně namítala stěžovatelka.

[47] Nejvyšší správní soud proto přisvědčil stěžovateli, že rozhodnutí žalovaného i rozsudek krajského soudu jsou v této části nepřezkoumatelné, v důsledku čehož byl naplněn důvod kasací stížnosti uvedený v § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.

[48] Námitce stěžovatelky, že v případě vypuštění bankovní záruky ve smlouvě o dílo uzavřené se společností REVOLT oproti předchozím užším řízením se rovněž nejednalo o podstatnou změnu zadávací dokumentace, Nejvyšší správní soud však nepřisvědčil. Ze skutkových okolností případu a tvrzení stěžovatelky totiž vyplývá, že konkrétní výše bankovní záruky byla zájemcům o veřejnou zakázku známa již v užších řízeních z příslušných oznámení zveřejněných ve Věstníku veřejných zakázek. V rámci jednacím řízení bez uveřejnění stěžovatelka zmíněnou bankovní záruku vypustila, a to právě s ohledem na skutečnost, že za původních podmínek veřejné zakázky, kdy byla bankovní záruka stanovena nejprve ve výši 5 mil. Kč a následně ve výši 4 mil. Kč, nedošlo k podání žádné nabídky. Nejvyšší správní soud proto v tomto ohledu souhlasí s krajským soudem, že

pokračování

v případě, kdyby o změně této podmínky veřejné zakázky věděli případní další potenciální uchazeči o veřejnou zakázku již v užším řízení, mohla tato skutečnost ovlivnit jejich rozhodnutí o jejich účasti v příslušných zadávacích řízeních. Stěžovatelka se však za upravených podmínek, tj. po vypuštění požadavku na bankovní záruku, užší řízení již vyhlásit nepokusila. Zároveň se jednalo o podmínku, která byla způsobilá cílit na neurčitý okruh uchazečů, a proto mohla ovlivnit okruh potenciálních dodavatelů veřejné zakázky, a tedy i změnu podstatnou, jak uvedl již krajský soud v odst. 26 odůvodnění napadeného rozsudku.

[49] Ve vztahu ke změně zadávacích podmínek spočívající ve snížení smluvní pokuty za prodlení s realizací veřejné zakázky a odstraněním vady v záruční době stěžovatelka namítla, že k ní došlo v rámci jednání se společností REVOLT v jednacím řízení bez uveřejnění. Zároveň namítla, že posouzení přípustnosti této změny se řídilo § 34 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, přičemž k jejímu provedení přistoupila s ohledem na neúspěch předchozích zadávacích řízení. Nezasáhla však do podstatných náležitostí veřejné zakázky, mezi něž patří předmět veřejné zakázky, rozsah plnění, cena díla a termín jeho dodání.

[50] Ustanovení § 34 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách stanoví, že *v rámci jednání je zadavatel oprávněn dohodnout s vyzvanými zájemci i jiné podmínky plnění veřejné zakázky, než které byly uvedeny ve výzvě k jednání či v zadávací dokumentaci. Jakákoliv změna podmínek plnění veřejné zakázky však musí i nadále splňovat předpoklady pro použití jednacím řízení bez uveřejnění (§ 23).*

[51] Nejvyšší správní soud nejprve zdůrazňuje, že podmínky uvedené v § 34 zákona o veřejných zakázkách musí být zadavatelem vykládány a uplatňovány restriktivně a v žádném případě nesmí docházet z jeho strany k jejich rozšiřování. V rámci jednání v uvedeném smyslu mohou být diskutovány a dohodnuty veškeré podmínky, za nichž vyzvaní zájemci zadavateli poskytnou požadované plnění. Jedná se tedy zejména o předmět plnění veřejné zakázky, cenové podmínky, obchodní podmínky, podmínky časového rozvrstvení poskytování plnění apod. Odstavec 4 citovaného ustanovení stanoví, že v rámci jednání je zadavatel oprávněn dohodnout s vyzvanými zájemci i jiné podmínky plnění veřejné zakázky, než které byly uvedeny ve výzvě k jednání či v zadávací dokumentaci. Jakákoli změna podmínek plnění veřejné zakázky však musí i nadále splňovat předpoklady pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Z uvedeného tedy vyplývá, že v rámci jednání v jednacím řízení bez uveřejnění je možno jakýmkoli způsobem upravit podmínky plnění veřejné zakázky, přičemž je však třeba vždy dodržet základní zásady zadávacího řízení stanovené v § 6 zákona o veřejných zakázkách.

[52] Nejvyšší správní soud vzhledem k uvedenému konstatuje, že stěžovatelka oproti zadávací dokumentaci, kterou poskytla v jednacím řízení bez uveřejnění společnosti REVOLT, s vybraným dodavatelem dohodla odlišné podmínky ohledně odpovědnosti za vadné či opožděné dodání plnění, které bylo předmětem veřejné zakázky. Krajský soud v této souvislosti správně uvedl, že se jedná o podmínku, jejíž přítomnost či nepřítomnost cílí na neurčitý okruh uchazečů, resp. se nejedná o okolnost, jejíž splnění by bylo vázáno výlučně na způsob plnění předmětné veřejné zakázky společností REVOLT. Byť v tomto ohledu stěžovatelka vyjmenovala podmínky veřejné zakázky, jejichž změnu lze považovat za podstatnou, Nejvyšší správní soud konstatuje, že rovněž odpovědnost za vady plnění

veřejné zakázky je nutno považovat za okolnost, která by mohla podstatně ovlivnit rozhodování potenciálních uchazečů o jejich případné účasti na zadávacím řízení.

[53] V této souvislosti je nutno zdůraznit, že ačkoli byla rovněž odpovědnost za vadné či opožděné plnění veřejné zakázky součástí zadávacích podmínek, o nichž stěžovatelka tvrdila, že je zveřejnila až společně s výzvou k podání nabídky, nelze v tomto ohledu pominout, že k předmětné změně podmínky plnění veřejné zakázky došlo až na základě konkrétního jednání se společností REVOLT. Průběh a podmínky tohoto jednání však byly limitovány § 34 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, který sice umožňuje sjednat s vybraným dodavatelem odlišné podmínky oproti zadávací dokumentaci zveřejněné v jednacím řízení bez uveřejnění, nesmí se však jednat o podstatné změny těchto podmínek.

[54] Byť tak stěžovatelka nezasáhla do předmětu veřejné zakázky, rozsahu plnění, ceny díla a termínu jeho dodání, upravila další z neméně podstatných součástí podmínek veřejné zakázky, tj. odpovědnost za vady jejího plnění. Nejvyšší správní soud má za to, že rovněž odpovědnost za vady plnění veřejné zakázky je nutno považovat za podstatnou součást jejich podmínek, jelikož její obsah může mít zásadní vliv na práva a povinnosti zadavatele a poskytovatele veřejné zakázky. Nejedná se proto o pouhé doplňkové či technické parametry, jež by bylo možné považovat v tomto ohledu za nepodstatné. V této souvislosti Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, jak ostatně uvedl již výše, že přípustnost odlišných podmínek plnění veřejné zakázky dohodnutých podle § 34 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách je posuzována restriktivně, z čehož při posuzování věci správně vycházel rovněž krajský soud v odůvodnění napadeného rozsudku. Odkaz stěžovatelky na zásadu výkladu *in dubio pro libertas* nebyl v posuzovaném případě případný.

[55] Ostatně sama společnost REVOLT podle vlastního vyjádření nepodala v užším zadávacím řízení nabídku, jelikož stěžovatelkou stanovené smluvní pokuty považovala za příliš vysoké. Z uvedeného proto lze mít za to, že sám vybraný dodavatel vnímal předmětnou změnu podmínek veřejné zakázky sjednanou se stěžovatelkou v jednacím řízení bez uveřejnění jako podstatnou. Nejvyšší správní soud se proto shoduje se krajským soudem, že snížení smluvní pokuty lze v kontextu posuzovaného případu vnímat jako podstatnou změnu oproti zadávacím podmínkám platným v jednacím řízení bez uveřejnění, která je vyloučena v § 34 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách.

[56] Nejvyšší správní soud proto uzavírá, že právní otázky ohledně podstatnosti změn zadávací dokumentace spočívajících ve vypuštění bankovní záruky a snížení smluvní pokuty v jednacím řízení bez uveřejnění posoudil krajský soud správně.

[57] K námitkám stěžovatelky o nesprávně stanovené výši odvodu za porušení rozpočtové kázně Nejvyšší správní soud konstatuje, že bude úkolem žalovaného opětovně posoudit konkrétní výměru odvodu za porušení rozpočtové kázně, a to poté, co se bude opětovně zabývat otázkou, zdali stěžovatelka podstatně změnila zadávací podmínky, pokud v jednacím řízení bez uveřejnění připustila možnost subdodávek. Jakékoli závěry Nejvyššího správního soudu by byly vzhledem k výše uvedeným závěrům v tomto ohledu předčasné.

[58] V této souvislosti lze pouze nad rámec výše uvedeného shrnout, že správce odvodu je povinen při ukládání sankce za porušení rozpočtové kázně ve formě odvodu zejména zohlednit závažnost konkrétních porušení podmínek poskytnutí dotace, závažnost

pokračování

jednotlivých pochybení příjemce dotace ve vztahu k čerpané částce prostředků státního rozpočtu (případně státního fondu, Národního fondu, státních finančních aktiv, apod.), posoudit, v jaké fázi k těmto pochybením docházelo a jaké byly dopady těchto pochybení, a vymezit, jaká část dotace byla čerpána bezchybně, a tuto bezchybnou část zhodnotit v rámci proporcionality výše odvodu (a nikoli až následně v samostatném řízení o prominutí odvodu či jeho části). K uvedeným závěrům dospěl Nejvyšší správní soud např. v rozsudcích ze dne 31. 3. 2015, č. j. 5 As 95/2014-46, ze dne 5. 12. 2014, č. j. 4 As 215/2014-40, nebo ze dne 31. 3. 2014, č. j. 2 Afs 49/2013-34. Při stanovení výše odvodu za porušení rozpočtové kázně je současně třeba vycházet ze zásady přiměřenosti, tedy rozumného vztahu mezi závažností porušení rozpočtové kázně a výší za ně předepsaného odvodu (viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 10. 2018, č. j. 1 Afs 291/2017-33, publ. pod č. 3854/2019 Sb. NSS).

IV. Závěr a náklady řízení

[59] S ohledem na všechny tyto skutečnosti Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu podle § 110 odst. 1 věty první před středníkem s. ř. s. zrušil. Jelikož by krajský soud v novém žalobním řízení nemohl učinit nic jiného, než žalobou napadené rozhodnutí zrušit kvůli jeho uvedené částečné nepřezkoumatelnosti, dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že povaha věci umožňuje, aby o žalobě sám rozhodl. Proto podle § 110 odst. 2 písm. a), § 76 odst. 1 písm. b) a § 78 odst. 1 a 4 s. ř. s. současně se zrušením napadeného rozsudku zrušil pro vady řízení také rozhodnutí žalovaného a věc mu vrátil k dalšímu řízení. V něm je žalovaný v souladu s § 78 odst. 5 s. ř. s. použitého přiměřeně podle § 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s. vázán výše vysloveným právním názorem Nejvyššího správního soudu. V dalším řízení se tedy žalovaný bude opětovně zabývat skutečností, zdali byla změna zadávací dokumentace posuzované veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění spočívající v připuštění možnosti subdodávek požadovaných stavebních prací skutečně a nikoli pouze domněle způsobila ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku. Současně v tomto ohledu opětovně posoudí přiměřenost vyměřeného odvodu za porušení rozpočtové kázně.

[60] Nejvyšší správní soud je posledním soudem, který o dané věci rozhoduje, a proto musí rozhodnout i o náhradě nákladů celého soudního řízení. O náhradě nákladů řízení před krajským soudem a řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud tak, že stěžovatelka má vůči žalovanému právo na náhradu nákladů řízení, které důvodně vynaložila, neboť měla ve věci plný úspěch (§ 60 odst. 1 věta první za použití § 120 s. ř. s.).

[61] Důvodně vynaložené náklady žalobního řízení a řízení o kasační stížnosti tvoří zaplacený soudní poplatek za žalobu ve výši 3.000 Kč, soudní poplatek za návrh na přiznání odkladného účinku žalobě ve výši 1.000 Kč, soudní poplatek za kasační stížnost ve výši 5.000 Kč, soudní poplatek za návrh na přiznání odkladného účinku kasační stížnosti ve výši 1.000 Kč a dále odměna a náhrada hotových výdajů zástupce stěžovatelky. Odměna zástupce stěžovatelky byla v žalobním řízení určena podle § 11 odst. 1 písm. a), d), g), odst. 2 písm. a), odst. 3 ve spojení s § 7 a § 9 odst. 4 písm. d) vyhlášky Ministerstva spravedlnosti č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „advokátní tarif“), a to za tři úkony právní služby po 3.100 Kč (převzetí a příprava zastoupení, sepsání žaloby a účast na soudním jednání netrvajícím déle než dvě hodiny), tedy v celkové výši 9.300 Kč, a za jeden

úkon právní služby po 1.550 Kč (sepsání návrhu na přiznání odkladného účinku žalobě). Náhrada hotových výdajů (režijní paušál) činí podle § 13 odst. 4 advokátního tarifu 300 Kč za každý z uvedených čtyř úkonů právní služby, což je celkem 1.200 Kč. Zástupce stěžovatelky doložil, že je plátcem DPH, a proto byla výše odměny zvýšena o 2.531 Kč, což po zaokrouhlení odpovídá sazbě 21 % z částky 12.050 Kč (§ 57 odst. 2 s. ř. s.). Odměna za zastupování za řízení o kasační stížnosti byla určena podle § 11 odst. 1 písm. d) odst. 2 písm. a), odst. 3 ve spojení s § 7 a § 9 odst. 4 písm. d) advokátního tarifu, a to za dva úkony právní služby po 3.100 Kč (sepsání kasační stížnosti a repliky k vyjádření žalovaného), tedy v celkové výši 6.200 Kč, a za jeden úkon právní služby po 1.550 Kč (sepsání návrhu na přiznání odkladného účinku kasační stížnosti). Náhrada hotových výdajů (režijní paušál) činí podle § 13 odst. 4 advokátního tarifu 300 Kč za každý z uvedených tří úkonů právní služby, což je celkem 900 Kč. Zástupce stěžovatelky doložil, že je plátcem DPH, proto byla výše odměny navýšena o 1.817 Kč, což po zaokrouhlení odpovídá sazbě 21 % z částky 8.650 Kč (§ 57 odst. 2 s. ř. s.).

[62] Celkové důvodně vynaložené náklady soudního řízení stěžovatelky činí 35.048 Kč. Proto Nejvyšší správní soud uložil procesně neúspěšnému žalovanému povinnost zaplatit tuto částku úspěšné stěžovatelce na náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti a o žalobě, a to k rukám jejího zástupce. Ke splnění této povinnosti stanovil Nejvyšší správní soud přiměřenou lhůtu třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 14. listopadu 2024

JUDr. Jiří Palla
předseda senátu