ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Petra Mikeše a soudců Milana Podhrázkého a Jitky Zavřelové v právní věci žalobkyně: **Kontrol KOVO s.r.o.**, se sídlem nám. Republiky 966, Lom, zast. JUDr. Ing. Vladimírem Nedvědem, advokátem se sídlem Kostelní náměstí 233/1, Litoměřice, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, se sídlem Masarykova 427/31, Brno, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 3. 4. 2017, čj. 16089/17/5000-10610-712195, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 22. 7. 2020, čj. 15 Af 74/2017-31,

takto:

I. Rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 22. 7. 2020, čj. 15 Af 74/2017-31, **se ruší**.

II. Rozhodnutí žalovaného ze dne 3. 4. 2017, čj. 16089/17/5000-10610-712195, **se ruší** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

III. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobkyni náhradu nákladů řízení o žalobě a kasační stížnosti v celkové výši **16 600 Kč**, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám jejího zástupce JUDr. Ing. Vladimíra Nedvěda, advokáta.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Platebním výměrem ze dne 6. 9. 2016, čj. 2000095/16/2500-31472-506136, Finanční úřad pro Ústecký kraj (dále „správce daně“) vyměřil žalobkyni odvod za porušení rozpočtové kázně do Národního fondu ve výši 321 088 Kč, neboť porušila zásadu zákazu diskriminace podle § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 12. 2013 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) tím, že v zadávací

dokumentaci v návrhu smlouvy o dílo v čl. 9.4 uvedla smluvní pokutu, která vytváří nerovný vztah mezi zadavatelem a dodavatelem, čímž neodůvodněně diskriminovala možné uchazeče. Žalobkyně tak nejednala v souladu s obecnými principy, bodem 3 pravidel pro výběr dodavatelů, a tím porušila čl. II bod 2 písm. d) podmínek poskytnutí dotace. Proti platebnímu výměru podala žalobkyně odvolání, které žalovaný (dále „stěžovatel“) v záhlaví uvedeným rozhodnutím zamítl a platební výměr potvrdil, byť s částečně odlišným odůvodněním.

[2] Následně podala žalobkyně u Krajského soudu v Ústí nad Labem žalobu proti rozhodnutí stěžovatele, který v záhlaví uvedeným rozsudkem rozhodnutí žalovaného zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[3] Krajský soud uvedl, že zajišťovací prostředek uvedený v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo má povahu smluvní pokuty podle § 544 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění účinném do 31. 12. 2013 (dále jen „starý občanský zákoník“). Závazek řádného a včasného splnění zakázky a součinnosti představuje hlavní závazek, při jehož porušení je stanovena smluvní pokuta jako akcesorický závazek ve výši schválené dotace. Žalobkyně stanovila smluvní pokutu za prodlení s dokončením a předáním díla opakovaně, a to v čl. 10.1 návrhu smlouvy o dílo.

[4] Jde-li o diskriminační charakter smluvní pokuty, odkázal krajský soud na rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008, čj. 1 Afs 20/2008-152, č. 1771/2009 Sb. NSS, *Lumius*. Smluvní pokuta uvedená v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo zjevně ani skrytě nediskriminovala možné uchazeče. Podle správních orgánů žalobkyně postupovala v ostatních ohledech v souladu s pravidly pro výběr dodavatelů. Shledaly tak, že zadávací dokumentace není v rozporu se zákazem diskriminace a že kvalifikační a technické předpoklady stanovené žalobkyní v zadávací dokumentaci nejsou diskriminační. Návrh smlouvy o dílo je v zadávací dokumentaci zmíněn pouze v části týkající se obsahu nabídky, zpracování nabídky a mezi přílohami zadávací dokumentace. Nebyla tak v něm stanovena žádná kvalifikační kritéria dodavatelů, technické požadavky na stavbu haly ani doba plnění zakázky, které by při výběru zhotovitele byly hodnoceny. Jde pouze o přílohu, kterou bylo nutné doložit pro účast ve výběrovém řízení.

[5] Aby žalobkyně porušila zákaz diskriminace, musela by v zadávacím řízení vymezit kvalifikační předpoklady nepřiměřeně tak, že by vybočovaly z oprávněných potřeb zakázky. Žalobkyně však podle správních orgánů při stanovení kvalifikačních předpokladů nepostupovala diskriminačně a zadávací řízení bylo transparentní. Smluvní pokuta uvedená v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo nestanovuje žádná kvalifikační kritéria dodavatelů. Nehrála proto žádnou roli při výběru zhotovitele. Pro všechny možné uchazeče platí stejně. Nemůže proto některé dodavatele v zadávacím řízení zvýhodnit nebo znevýhodnit. Smluvní pokuta působí až následně po zadávacím řízení a po výběru zhotovitele. Tvrzení správních orgánů o tom, že smluvní pokuta mohla mít odrazující vliv na možné uchazeče, je spekulativní.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalobkyně

[6] Stěžovatel namítá, že zajišťovací prostředek uvedený v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo je nedílnou součástí obchodních podmínek zadávací dokumentace a je závazný pro uchazeče. Nepředložení a nepodepsání návrhu smlouvy o dílo by mohlo vést k vyřazení z dalšího hodnocení nabídek. Žalobkyně v odvolání i v žalobě namítala, že čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo není smluvní pokutou, nýbrž že upravuje o odpovědnost za škodu zaviněnou zhotovitelem. Není podstatné, zda jde o smluvní pokutu či jiný zajišťovací institut. Podstatné je to, zda tato podmínka byla pro uchazeče závazná, zda byla nedílnou součástí zadávací dokumentace a zda mohla ovlivnit možné uchazeče v jejich účasti na zadávacím řízení.

[7] V nyní projednávané věci nejde o nepřiměřené nastavení kvalifikačních předpokladů (rozsudek *Lumius*), nýbrž jde o nepřiměřené nastavení obchodních podmínek zadávací dokumentace uvedených v návrhu smlouvy o dílo. I jiné podmínky zadávací dokumentace než kvalifikační předpoklady mohou působit diskriminačně. Podmínka uvedená v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo zakládá nerovný vztah mezi zadavatelem a dodavatelem veřejné zakázky. Excesivně narušuje ekonomickou rovnováhu smlouvy o dílo ve prospěch zadavatele. Ujednání o smluvní pokutě má charakter obchodní podmínky, kterou si dodavatelé vyhodnocují z hlediska míry rizik s ní spojených. Ta je schopen racionálně uvažující dodavatel promítnou do nabídkové ceny.

[8] Obchodní podmínky reflektují potřeby zadavatele a působí zpravidla vůči všem dodavatelům stejně. Nemohou tedy být samy o sobě diskriminační, ledaže porušují základní zásady práva veřejných zakázek, obcházejí jiné zadávací či zákonné podmínky nebo jsou zjevně excesivní. Je-li výše smluvní pokuty neúměrná představám uchazeče, může to vést k tomu, že se uchazeč výběrového řízení nezúčastní. Žalobkyně ustanovením čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo přenáší odpovědnost za řádné a včasné provedení akce, jakož i její ukončení a doložení dokumentů pro poskytovatele dotace na zhotovitele. Krajský soud se nezabýval tím, zda zajišťovací prostředek je přiměřený, konkrétní a jednoznačný. Krajský soud nevyvozuje z duplicity smluvní pokuty žádné závěry o její zákonnosti či přiměřenosti.

[9] Žalobkyně ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedla, že ze zákona odpovídá zhotovitel za řádné a včasné provedení díla. Žalobkyně proto nemůže tuto odpovědnost na zhotovitele přenést. Žádný uchazeč nemůže být zhotovitelem díla, jestliže je odpovědnost za řádné a včasné provedení díla způsobilá ho odradit. Závěrem navrhla, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[10] Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost a dospěl k závěru, že je důvodná, byť z části z jiného důvodu, než namítá stěžovatel.

[11] Podle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách platilo, že *zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.*

[12] Nejvyšší správní soud ze správního spisu zjistil, že žalobkyně v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo, který tvoří přílohu č. 5 zadávací dokumentace, stanovila, že „[z]*hotovitel se zavazuje, že ponese plnou zodpovědnost za řádné splnění zakázky (věcné i časové) a součinnost (např. nepředání díla v požadovaném rozsahu a kvalitě do určitého termínu, nedodání účetních či jiných dokladů pro administraci projektu, atd.) tak, aby nebylo ohroženo čerpání dotací a mohla být v řádném termínu připravena žádost o platbu z dotačního programu z OPPI (50 % ceny zakázky bez DPH) - program Nemovitosti. V případě neproplacení dotace z důvodu výše uvedených pochybení ze strany zhotovitele, se zhotovitel zavazuje uhradit celou částku schválené dotace.*“

[13] Předmětem sporu v nyní projednávané věci je otázka, zda žalobkyně výše uvedeným ustanovením návrhu smlouvy o dílo porušila zásadu zákazu diskriminace podle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.

[14] Krajský soud s odkazem na rozsudek *Lumius* vyšel z předpokladu, že aby žalobkyně porušila zásadu zákazu diskriminace, musela by v zadávacím řízení vymezit kvalifikační předpoklady nepřiměřeně tak, že by vybočovaly z oprávněných potřeb zakázky. Protože však smluvní pokuta uvedená v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo nestanovila žádná kvalifikační kritéria a protože nebyla ani mezi kvalifikační kritéria zařazena, nemohla v zadávacím řízení působit diskriminačně. Nejvyšší správní soud shledal z níže uvedených důvodů tento předpoklad za chybný.

[15] Zadavatel je povinen v zadávacím řízení postupovat takovým způsobem, aby jeho jednáním nemohlo dojít k diskriminaci žádného z dodavatelů. Za diskriminační je pak třeba považovat takové jednání zadavatele, kdy je s některým, byť i potenciálním dodavatelem nebo skupinou dodavatelů zacházeno odlišně, než s jiným dodavatelem nebo skupinou dodavatelů, ačkoliv proto není relevantní důvod. Nejvyšší správní soud v rozsudku *Lumius*, na který odkázal krajský soud, rozlišil zjevnou a skrytou formu nepřípustné diskriminace, přičemž za skrytou formu považoval i takový postup, „*pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů, které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Někteří z dodavatelů totiž mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Tím se znemožňuje dosažení cíle zákona o veřejných zakázkách, tedy zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.*“ Tímto rozsudkem se však otázka diskriminačního jednání zadavatele v judikatuře Nejvyššího správního soudu nevyčerpává.

[16] Již v rozsudku ze dne 30. 4. 2014, čj. 9 Afs 21/2013-41, *TRIOS*, Nejvyšší správní soud v bodě 26 uvedl, že zákon o veřejných zakázkách „*ponechává způsob stanovení smluvních podmínek zásadně na uvážení zadavatele. Pokud zadavatel dodrží zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, případně další výslovná omezení zákona o veřejných zakázkách, je na něm, aby určil, za jakých podmínek chce smlouvu uzavřít. Je to totiž zadavatel, kdo má nejlepší povědomí o tom, co a za jakých podmínek potřebuje.*“

Přestože tak má zadavatel volnost při stanovení smluvních podmínek, ty musí být v souladu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek.

[17] Nejvyšší správní soud dále v rozsudku ze dne 28. 8. 2018, čj. 9 As 195/2017-47, *Univerzita Pardubice*, bod 32 a 33, dospěl k závěru, že „[n]*ení podstatné, jestli je diskriminující podmínka obsažena v kvalifikačních předpokladech, hodnotících kritériích nebo obchodních podmínkách. V obecné rovině je sice pravdou, že zatímco v případě kvalifikačního předpokladu může být určitý požadavek diskriminační, u obchodních podmínek už tomu tak být nemusí. Bude se jednat o situace, kdy pro samotné plnění zakázky je takový požadavek ospravedlnitelný, ale nikoliv v době prokazování kvalifikace, tedy ještě v době, kdy není jisté, zda uchazeč zakázku vůbec získá. Například se tedy může jednat i o požadavek na zajištění místa kontaktu s příjemci určitého plnění [viz například rozsudek Soudního dvora EU (dále jen „SDEU“) ze dne 27. 10. 2005, ve věci Contse a další, věc C-234/03, body 49 -55]. I obchodní podmínky ale musí dodržovat základní zásady zadávání veřejných zakázek vyjádřené v § 6 zákona o veřejných zakázkách…*“ (zvýrazněno NSS). Tyto závěry potvrdil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 12. 5. 2021, čj. 8 As 124/2019-46, *město Třebíč*, ve kterém shledal diskriminačním požadavek zadavatele na kryté stání stanovený v závazném návrhu smlouvy na veřejnou zakázku.

[18] Z výše uvedeného tak vyplývá, že zákaz diskriminace se nevztahuje pouze na kvalifikační předpoklady, jak mylně uvedl krajský soud. I obchodní podmínky musí být v souladu se zásadou zákazu diskriminace podle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, jak důvodně namítl stěžovatel.

[19] Tato vada nicméně nebrání tomu, aby se Nejvyšší správní soud věcně zabýval tím, zda je čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo diskriminační. Přestože krajský soud primárně žalobě vyhověl z toho důvodu, že obchodní podmínka nemůže být diskriminační bez dalšího, posoudil i to, zda je tato smluvní podmínka sama o sobě diskriminační či nikoliv. Uvedl totiž, že tato podmínka platí pro všechny možné uchazeče stejně. Jde o smluvní pokutu, která má zajistit řádné a včasné splnění zakázky. Působí tedy až po zadávacím řízení. Tvrzení správních orgánů, že by mohla mít odrazující vliv na možné uchazeče, je spekulativní, neboť správní orgány předpokládají, že zhotovitel bude automaticky povinen smluvní pokutu zaplatit. Smluvní pokuta tak není podle krajského soudu zjevně ani skrytě diskriminační (viz rekapitulaci v bodě [4] a [5] tohoto rozsudku).

[20] Z výše uvedeného tak vyplývá, že se krajský soud zabýval diskriminační povahou čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo, přestože se nejednalo o kvalifikační předpoklad. I proti samotnému posouzení diskriminační povahy čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo brojí stěžovatel v kasační stížnosti (blíže viz bod [7] a [8] tohoto rozsudku). Není proto předčasné, zabývá-li se Nejvyšší správní soud již nyní diskriminační povahou čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo, neboť krajský soud i přes chybnou úvahu stran rozsahu uplatnění zásady zákazu diskriminace věcně posoudil, zda je tato smluvní podmínka v souladu s § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, a i do tohoto posouzení směřuje kasační stížnost.

[21] Pro posouzení této otázky je nezbytné se v prvé řadě zabývat právní povahou smluvní podmínky stanovené v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo. Správce daně ji posoudil jako smluvní pokutu. Žalobkyně v odvolání proti platebnímu výměru namítla, že upravuje

o odpovědnost za řádné a včasné provedení díla, tedy o povinnost zhotovitele podle zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník. Z takto formulované odpovědnosti je podle žalobkyně nepochybné, že se jedná o odpovědnost za škodu zaviněnou zhotovitelem. Stěžovatel v rozhodnutí o odvolání uvedl, že nerozporuje tvrzení žalobkyně, že nejde o smluvní pokutu, protože tato podmínka neodpovídá smluvní pokutě svým charakterem. Je nicméně formulována jako zajišťovací prostředek, který posiluje postavení žalobkyně vůči zhotoviteli. Tento zajišťovací prostředek je nepřiměřený a diskriminační. Žalobkyně v žalobě namítla, že čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo nepředstavuje právní ani ekonomický zajišťovací prostředek, protože jím není zajištěn dluh. Není diskriminační, aby škodu hradil ten, kdo ji způsobil. Krajský soud však přisvědčil správci daně a podmínku posoudil jako smluvní pokutu (blíže viz rekapitulaci v bodě [3] tohoto rozsudku).

[22] Nejvyšší správní soud z níže uvedených důvodů nesouhlasí se závěry správce daně a krajského soudu o tom, že sporná smluvní podmínka je smluvní pokutou, ani se závěrem žalovaného, že jde o zajišťovací prostředek. Naopak přisvědčil argumentaci žalobkyně, že čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo představuje ujednání o odpovědnosti zhotovitele za škodu způsobenou žalobkyni, nebude-li dotace proplacena z důvodů pochybení na straně zhotovitele.

[23] Podle § 365 obchodního zákoníku platilo, že *dlužník je v prodlení, jestliže nesplní řádně a včas svůj závazek, a to až do doby poskytnutí řádného plnění nebo do doby, kdy závazek zanikne jiným způsobem. Dlužník však není v prodlení, pokud nemůže plnit svůj závazek v důsledku prodlení věřitele.*

[24] Podle § 367 obchodního zákoníku platilo, že *věřitel je oprávněn při prodlení dlužníka požadovat od něho náhradu škody podle § 373 a násl. Odstoupit od smlouvy je oprávněn v případech, které stanoví zákon nebo smlouva.*

[25] Podle § 373 obchodního zákoníku platilo, že *kdo poruší svou povinnost ze závazkového vztahu, je povinen nahradit škodu tím způsobenou druhé straně, ledaže prokáže, že porušení povinností bylo způsobeno okolnostmi vylučujícími odpovědnost*

[26] Podle § 379 obchodního zákoníku dále platilo, že *nestanoví-li tento zákon jinak, nahrazuje se skutečná škoda a ušlý zisk. Nenahrazuje se škoda, jež převyšuje škodu, kterou v době vzniku závazkového vztahu povinná strana jako možný důsledek porušení své povinnosti předvídala nebo kterou bylo možno předvídat s přihlédnutím ke skutečnostem, jež v uvedené době povinná strana znala nebo měla znát při obvyklé péči.*

[27] K základním předpokladům vzniku odpovědnosti za škodu podle § 373 obchodního zákoníku patří porušení právní povinnosti, vznik škody a existence příčinné souvislosti mezi porušením právní povinnosti a vznikem škody (viz např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 3. 2009, sp. zn. 29 Cdo 407/2007). Nesplní-li dlužník řádně a včas svůj závazek, je věřitel oprávněn požadovat náhradu škody (§ 365 ve spojení s § 367 obchodního zákoníku). Nahrazuje se skutečná škoda a ušlý zisk. Nenahrazuje se však škoda, kterou nemohl nositel porušené povinnosti předvídat jako pravidelný důsledek porušení této povinnosti (§ 379 obchodního zákoníku).

[28] Z čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo vyplývá, že se zhotovitel zavazuje, že ponese zodpovědnost za řádné splnění zakázky a za součinnost tak, aby nebylo ohroženo čerpání dotací a mohla být v termínu připravena žádost o platbu. Dále se zavazuje uhradit celou částku schválené dotace v případě, že ta nebude poskytovatelem dotace proplacena z důvodu pochybení na straně zhotovitele, např. nepředáním díla v požadovaném rozsahu a kvalitě do určitého termínu nebo nedodáním účetních či jiných dokladů pro administraci projektu (viz bod [12] tohoto rozsudku).

[29] Byť není čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo formulován zcela šťastně, je z něj podle Nejvyššího správního soudu seznatelná vůle žalobkyně pouze deklarovat existující zákonnou povinnost zhotovitele nahradit žalobkyni škodu pro případ, že dotace nebude žalobkyni poskytnuta z důvodu pochybení na straně zhotovitele.

[30] Ve větě první čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo stojí, že „[z]*hotovitel se zavazuje, že ponese plnou zodpovědnost za řádné splnění zakázky (věcné i časové) a součinnost (např. nepředání díla v požadovaném rozsahu a kvalitě do určitého termínu, nedodání účetních či jiných dokladů pro administraci projektu, atd.) tak, aby nebylo ohroženo čerpání dotací a mohla být v řádném termínu připravena žádost o platbu z dotačního programu z OPPI (50 % ceny zakázky bez DPH) - program Nemovitosti.*“ Obecnou povinností dlužníka, a tedy i zhotovitele díla, je splnit závazek řádně a včas (§ 365 obchodního zákoníku). Dlužník tak je odpovědný za řádné a včasné splnění závazku. Uváděl-li proto návrh smlouvy, že se zhotovitel zavazuje, že ponese plnou zodpovědnost za řádné splnění zakázky a za součinnost, nedeklaruje tím nic jiného, než že je zhotovitel odpovědný za řádné a včasné splnění zakázky a za splnění svých smluvních povinností zcela v souladu s daným zákonným ustanovením. Podle věty druhé čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo pak „[v] *případě neproplacení dotace z důvodu výše uvedených pochybení ze strany zhotovitele, se zhotovitel zavazuje uhradit celou částku schválené dotace.*“ Tato věta popisuje jednu z možných škod, které mohou vzniknout v důsledku porušení povinnosti zhotovitele provést dílo řádně a včas. Konkrétně popisuje možnost, že poskytovatel dotace objednateli neproplatí dotaci. To by nepochybně škodu představovalo, neboť objednatel by nezískal dotaci, na kterou by měl jinak nárok (k nároku na již přiznanou dotaci viz např. usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 18. 4. 2017, čj. 6 Afs 270/2015-48, *Jihočeská univerzita v Českých Budějovicích*, bod 32, nebo rozsudek rozšířeného senátu NSS ze dne 23. 2. 2022, čj. 4 As 65/2018-85, č. 4329/2022 Sb. NSS, *ZŠ a MŠ KLAS*, bod 98). Zároveň tato věta stanoví, že nárok na náhradu této škody vzniká jen tehdy, pokud k ní dojde *„z důvodu výše uvedených pochybení ze strany zhotovitele*“. Podmínkou vzniku nároku na náhradu škody tak je příčinná souvislost mezi pochybením zhotovitele a neposkytnutím dotace. Jde tedy opět pouze o popsání zákonné odpovědnosti za škodu v konkrétním případě (§ 367, § 373 obchodního zákoníku). Žalobkyně tedy touto větou toliko vymezila, že škoda, která by jí mohla vzniknout v případě, že zhotovitel nesplní zakázku řádně a včas nebo pokud poruší povinnost součinnosti, spočívá v neproplacení dotace poskytovatelem. Povinnost zhotovitele nahradit tuto škodu pak vyplývá z výše citovaných ustanovení obchodního zákoníku, bude-li dána příčinná souvislost mezi jeho protiprávním jednáním a vzniklou škodou.

[31] Přestože odpovědnost za škodu vyplývá přímo z výše citovaných ustanovení obchodního zákoníku a záleželo by v každém jednotlivém případě, o které ustanovení by se nárok na náhradu škody opíral, v souladu se zásadou *superfluum non nocet* (nadbytečné neškodí) není pochybením, je-li odpovědnost za škodu tímto obecným způsobem výslovně zdůrazněna v návrhu smlouvy o dílo. Tímto ujednáním žalobkyně ve výsledku pouze upozorňuje možné uchazeče na to, že mohou být odpovědní za škodu, která žalobkyni vznikne v důsledku pochybení na jejich straně. V důsledku toho tak nemůže jít o škodu nepředvídatelnou, která by se případně nehradila (§ 379 obchodního zákoníku). Proto je také zjevně uveden pouze demonstrativní výčet porušení povinností ze strany zhotovitele, které mohou vést k povinnosti zhotovitele nahradit škodu. Ve zbytku se totiž lze opřít o obecnou úpravu odpovědnosti za škodu obsaženou v § 373 obchodního zákoníku (viz bod [27] tohoto rozsudku).

[32] Podle § 544 odst. 1 starého občanského zákoníku platilo, že *sjednají-li strany pro případ porušení smluvní povinnosti smluvní pokutu, je účastník, který tuto povinnost poruší, zavázán pokutu zaplatit, i když oprávněnému účastníku porušením povinnosti nevznikne škoda.*

[33] Z formulace čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo nevyplývá, že by se mělo jednat o smluvní pokutu, jak tvrdí správce daně a krajský soud. Žalobkyně výslovně stanovila, že „[z]*hotovitel se zavazuje, že ponese plnou zodpovědnost za řádné splnění zakázky (věcné i časové) a součinnost…*“ Nepoužila termín smluvní pokuta a z čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo není zřejmé, že by vůle žalobkyně směřovala k ujednání o smluvní pokutě. Ujednání čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo je také vázáno pouze na situaci, kdy žalobkyně přijde kvůli pochybení zhotovitele o dotaci. Tedy jen na situaci, vznikne-li žalobkyni škoda, a to v rozsahu, ve které jí škoda vznikla (zhotovitel je povinen zaplatit částku neproplacené dotace). Oproti tomu v případě smluvní pokuty je smluvní strana povinna zaplatit smluvní pokutu i tehdy, kdy oprávněné smluvní straně škoda nevznikne. Žalobkyně však povinnost zaplatit částku neproplacené dotace vázala právě na vznik škody spočívající v neproplacení dotace z důvodu pochybení na straně zhotovitele. Tento závěr podporuje také systematika návrhu smlouvy o dílo. Čl. 9.4 je obsažen v kapitole „*9. ZÁRUKY*“, ve které jsou dále obsažena smluvní ujednání stran vad díla (čl. 9.1), skrytých překážek (čl. 9.2) a záruky za dílo (čl. 9.3). Naopak čl. 9.4 nebyl žalobkyní zařazen do kapitoly „*10. SMLUVNÍ POKUTA A ÚROK Z PRODLENÍ*“, ve které je stanovena smluvní pokuta ve výši 5 000 Kč za každý den prodlení s dokončením a předáním díla (čl. 10.1) a 2 000 Kč za každý den a vadu v prodlení po dojednaném termínu jejich odstranění (čl. 10.2). Mělo-li by se proto jednat o smluvní pokutu, žalobkyně by tuto smluvní podmínku formulovala jiným způsobem, jestliže v případě čl. 10.1 a 10.2 byla schopna jasně a srozumitelně zformulovat smluvní pokutu. Zároveň by ji zařadila do odpovídající kapitoly návrhu smlouvy o dílo. Tak tomu však v nyní projednávané věci nebylo.

[34] Rovněž obsah tohoto ujednání neodpovídá institutu smluvní pokuty. Smluvní pokuta totiž zajišťuje (resp. utvrzuje terminologií zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník) splnění konkrétní smluvní povinnosti. Jak uvedl Nejvyšší soud v rozsudku ze dne 19. 3. 2012, sp. zn. 23 Cdo 4281/2011, „[s]*mluvní pokuta je zajišťovací institut, který zajišťuje splnění určité smluvní povinnosti. Není-li určena konkrétní povinnost zajištěná smluvní pokutou, nelze pak posoudit její přiměřenost k porušení dané povinnosti. Při posouzení výše*

přiměřenosti smluvní pokuty je rozhodná doba sjednání dohody o smluvní pokutě a posouzení přiměřenosti výše smluvní pokuty ke konkrétní povinnosti, a nikoliv až následně při porušení konkrétní povinnosti. Z tohoto důvodu sjednání výše smluvní pokuty pro porušení jakékoliv smluvní povinnosti je neurčité, neboť z tohoto ujednání nelze posoudit přiměřenost výše smluvní pokuty. Takové ujednání je proto neplatné podle § 37 obč. zák., jak správně odvolací soud dovodil." V čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo nejsou povinnosti, k nimž by se měla smluvní pokuta vázat, konkrétně vymezeny. Naopak závazek řádného splnění zakázky a součinnosti je formulován vágně. Nelze proto souhlasit se zjednodušujícím závěrem krajského soudu, dle kterého závazek řádného a včasného splnění zakázky a součinnosti představuje hlavní závazek, při jehož porušení je stanovena smluvní pokuta. Žalobkyně totiž nevymezila konkrétní povinnosti, které by mohly být smluvní pokutou zajištěny.

[35] Podle § 266 odst. 4 obchodního zákoníku platilo, že *projev vůle, který obsahuje výraz připouštějící různý výklad, je třeba v pochybnostech vykládat k tíži strany, která jako první v jednání tohoto výrazu použila.*

[36] I kdyby vůle žalobkyně skutečně směřovala ke sjednání smluvní pokuty, jak dovozuje správce daně a krajský soud, nelze ztrácet ze zřetele výkladové pravidlo *contra proferentem* podle § 266 odst. 4 obchodního zákoníku. Vznikl-li by totiž mezi žalobkyní a zhotovitelem spor o výklad čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo, bylo by jej třeba vykládat k tíži žalobkyně, neboť ta jej použila jako první. Pro zhotovitele by bylo výhodnější, aby šlo o odpovědnost za škodu podle obchodního zákoníku, neboť v takovém případě by musela žalobkyně v případě soudního sporu prokazovat vznik škody a příčinnou souvislost mezi protiprávním jednáním zhotovitele a vzniklou škodou. Oproti tomu v případě smluvní pokuty by musela toliko prokázat okolnosti podmiňující povinnost zhotovitele zaplatit smluvní pokutu. I výkladovým pravidlem podle § 266 odst. 4 obchodního zákoníku tak lze dospět k závěru, že čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo je deklarací zákonné odpovědnosti zhotovitele za škodu.

[37] Jde-li o závěr stěžovatele, že se jedná o jiný zajišťovací prostředek, Nejvyšší správní soud podotýká, že je na samé hranici přezkoumatelnosti. Stěžovatel v žalobou napadeném rozhodnutí toliko uvedl, že jde o právní nástroj posilující postavení žalobkyně vůči zhotoviteli, aniž by uvedl, jak tento nástroj posiluje postavení žalobkyně oproti běžné zákonné odpovědnosti za škodu. Z bodu [29] a [31] tohoto rozsudku však vyplývá, že žalobkyně čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo toliko deklarovala odpovědnost zhotovitele za škodu vyplývající z obchodního zákoníku. Nelze z něj seznat vůli žalobkyně sjednat určité innominátní zajištění dluhu pro případ, že by zhotovitel řádně a včas nesplnil svůj závazek. Tomu neodpovídá formulace této smluvní podmínky. Z ní totiž žádným způsobem nevyplývá, jak by mělo být postavení žalobkyně zlepšeno, oproti běžné odpovědnosti za škodu. Náhledem stěžovatele by zajištění směřovalo pouze k tomu, že by zhotovitel v případě pochybení kompenzoval žalobkyni neposkytnutí dotace. Tím by však pouze nahrazoval žalobkyni způsobenou škodu. Zhotovitel se nezavázal žalobkyni jakékoliv zajištění poskytnout.

[38] Nejvyšší správní soud tak s ohledem na výše uvedené uzavírá, že smluvní podmínka obsažená v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo není smluvní pokutou ani jiným zajišťovacím prostředkem. Jedná se o deklaraci zákonné odpovědnosti zhotovitele za případnou škodu

způsobenou žalobkyni, nebude-li jí v důsledku pochybení na straně zhotovitele dotace proplacena. Tato smluvní podmínka tak má spíše informační charakter pro možné uchazeče, neboť odpovědnost za škodu je stanovena obchodním zákoníkem (viz bod [27] tohoto rozsudku). Může hrát nicméně roli při posouzení, zda byla výše škody pro zhotovitele předvídatelná ve smyslu § 379 obchodního zákoníku.

[39] Nejvyšší správní soud se dále zabýval tím, zda je čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo diskriminační. Z jeho formulace vyplývá, že dopadá na všechny možné uchazeče stejně, aniž by bylo mezi nimi jakkoliv výslovně rozlišováno (např. tím, že by tato smluvní podmínka umožňovala závazek plnit jen určitým vymezeným společnostem). Nejedná se proto o zjevnou diskriminaci.

[40] Jde-li o posouzení možné skryté diskriminace, pak Nejvyšší správní soud nevylučuje, že hrozba takto vysoké škody, která u běžné stavební zakázky nehrozí, může část možných uchazečů odradit. Jak nicméně uvedl již v rozsudku *Lumius* „[s]*amotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci. Jak totiž správně uvádí shora citovaný R. Jurčík, pokud bychom chápali zásadu zákazu diskriminace* ‚v absolutním měřítku, tak i samotný požadavek na kvalifikaci je v rozporu se zásadou rovnosti.‘ *(Zadávání veřejných zakázek..., str. 54; Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, str. 66).*“

[41] Tyto závěry jsou plně přenositelné i na smluvní podmínky. Je totiž na zadavateli, aby určil, za jakých podmínek chce smlouvu uzavřít (viz výše citovaný rozsudek *TRIOS*, bod 26). Jsou-li však smluvní podmínky stanoveny jednostranně zhotovitelem, je logické a v obchodním styku běžné, že ne každý uchazeč bude s těmito podmínkami souhlasit. To však neznamená, že jsou obchodní podmínky bez dalšího skrytě diskriminační jen z toho důvodu, že pro některé účastníky nejsou přijatelné. Aby se jednalo o skrytou diskriminaci, musela by být smluvní podmínka zjevně nepřiměřená ve vztahu k povaze veřejné zakázky, přičemž v důsledku takto nastavené smluvní podmínky by veřejnou zakázku mohli splnit toliko někteří z možných uchazečů, kteří by jinak (bez nepřiměřeně nastavené smluvní podmínky) byli objektivně způsobilí veřejnou zakázku splnit (viz bod [15] tohoto rozsudku). O skrytou diskriminaci tak jde tehdy, je-li smluvní podmínka excesivní a vybočuje-li zjevně z oprávněných potřeb dané zakázky, čímž objektivně vylučuje účast určité skupiny možných účastníků v zadávacím řízení (srov. část IV.B rozsudku *město Třebíč*). Tak tomu však v nyní projednávané věci nebylo.

[42] Ujednáním obsaženým v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo žalobkyně pouze deklarovala zákonnou povinnost zhotovitele nahradit jí škodu, která by jí vznikla v případě, že by jí nebyla dotace proplacena z důvodu pochybení na straně zhotovitele. Přestože hrozba takto vysoké škody může mít odrazující účinek, představuje tato podmínka legitimní požadavek, který je navíc toliko odrazem zákonných nároků

žalobkyně. Ta touto smluvní podmínkou nepřekročila rámec toho, co lze běžně v obchodních vztazích tohoto typu očekávat pro případ, že dotace nebude poskytnuta v důsledku pochybení na straně zhotovitele. Lze si jen velmi obtížně představit situaci, že by mohlo mít diskriminační povahu pouhé nevyloučení určitého dispozitivního ustanovení zákona. Ani zde pro to soud neshledává naprosto žádný důvod. Bylo proto na každém uchazeči, aby si vyhodnotil, zda podstoupí riziko vyplývající ze zákonné odpovědnosti za škodu, na kterou žalobkyně pouze výslovně poukázala v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo. Tím však nebyla omezena hospodářská soutěž a konkurenční prostředí mezi uchazeči, neboť se o veřejnou zakázku mohli ucházet všichni účastnící, kteří byli objektivně způsobilí ji splnit. Ujednání čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo proto není ani skrytě diskriminační.

[43] Krajský soud tak dospěl ke správnému závěru, že čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo není v rozporu se zásadou zákazu diskriminace podle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, avšak na podkladě nesprávných právních závěrů. Tím zatížil napadený rozsudek vadou nezákonnosti. Protože výrok napadeného rozsudku stojí v podstatné míře na nesprávných důvodech, je namístě jej zrušit (usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 14. 4. 2009, čj. 8 Afs 15/2007-75, č. 1865/2009 Sb. NSS).

IV. Závěr a náklady řízení

[44] Nejvyšší správní soud z výše uvedených důvodů dospěl k závěru, že je napadený rozsudek nezákonný, a proto jej zrušil (§ 110 odst. 1 s. ř. s.). Jelikož by krajský soud vázán názorem Nejvyššího správního soudu pouze mohl žalobě vyhovět a vrátit věc stěžovateli, rozhodl Nejvyšší správní soud současně o zrušení žalobou napadeného rozhodnutí stěžovatele a věc mu vrátil k dalšímu řízení [§ 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s. za přiměřeného použití § 78 odst. 4 s. ř. s]. V dalším řízení je stěžovatel vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu vyjádřeným v tomto rozsudku [§ 110 odst. 2 písm. a) ve spojení s § 78 odst. 5 s. ř. s.].

[45] V případě, že Nejvyšší správní soud zruší rozsudek krajského soudu a současně i rozhodnutí správního orgánu, je povinen rozhodnout kromě nákladů řízení o kasační stížnosti i o nákladech řízení, které předcházelo zrušenému rozhodnutí krajského soudu (§ 110 odst. 3 věta druhá s. ř. s.). Úspěch ve věci se posuzuje dle výsledku řízení před správními soudy. Výsledkem soudního přezkumu bylo zrušení rozhodnutí stěžovatele, žalobkyně proto měla ve věci plný úspěch. V takovém případě je stěžovatel povinen dle § 60 odst. 1 s. ř. s. nahradit žalobkyni náklady řízení před soudem.

[46] Náklady řízení o žalobě tvoří zaplacený soudní poplatek ve výši 3 000 Kč a odměna advokáta. Ta zahrnuje tři úkony právní služby spočívající v přípravě a převzetí zastoupení, sepsání žaloby a účasti na jednání 22. 7. 2020 (25 minut) [§ 11 odst. 1 písm. a), d) a g) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif)], a činí v dané věci 3 x 3 100 Kč [§ 7 ve spojení s § 9 odst. 4 písm. d) advokátního tarifu], a paušální částku ve výši 300 Kč za každý úkon právní služby (§ 13 odst. 4 advokátního tarifu), tedy 3 x 300 Kč. Zástupci žalobkyně tak náleží odměna a náhrada hotových výdajů ve výši 10 200 Kč. Náklady řízení před krajským soudem tedy celkem představovaly 13 200 Kč.

[47] Náklady řízení o kasační stížnosti tvoří odměna advokáta za jeden úkon právní služby spočívající ve vyjádření ke kasační stížnosti [§ 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu], a činí v dané věci 3 100 Kč [§ 7 ve spojení s § 9 odst. 4 písm. d) advokátního tarifu], a paušální částku ve výši 300 Kč za jeden úkon právní služby (§ 13 odst. 4 advokátního tarifu). Zástupci žalobkyně tak náleží odměna a náhrada hotových výdajů ve výši 3 400 Kč.

[48] Celkem tedy má žalobkyně právo na náhradu nákladů ve výši 16 600 Kč. Tuto částku je stěžovatel povinen žalobkyni zaplatit k rukám jejího zástupce do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně 31. srpna 2022

Petr Mikeš
předseda senátu