



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Mgr. Milana Procházky a soudkyň Mgr. Ing. Veroniky Baroňové a JUDr. Ing. Venduly Sochorové ve věci

žalobce: **Masarykova univerzita**
sídlem Žerotínovo náměstí 617/9, Brno

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 29. 8. 2016, č. j. ÚOHS-R404/2015/VZ-35718/2016/321/BRy

takto:

- I. Rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 29. 8. 2016, č. j. ÚOHS-R404/2015/VZ-35718/2016/321/BRy, a rozhodnutí žalovaného ze dne 13. 11. 2015, č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-39461/2015/543/MPr, se zrušují a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný je povinen zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 3 000 Kč, a to do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí předsedy žalovaného, kterým byl zamítnut rozklad žalobce a potvrzeno prvostupňové rozhodnutí žalovaného ze dne 13. 11. 2015, č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-39461/2015/543/MPr. Podle tohoto rozhodnutí se měl žalobce jako zadavatel dopustit správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), za což mu byla podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) téhož zákona uložena pokuta ve výši 30 000 Kč.

2. Žalobce byl zadavatelem veřejné zakázky „Generální dodávka stavby CESEB - dodatečné práce č. 3“ v jednacím řízení bez uveřejnění, kdy předmětem plnění této veřejné zakázky byla dle bodu II.1.4) oznámení o zadání zakázky „(...) mj. *úprava stavební části SO III 314. Jedná se především o posunutí a doplnění opěrných zdí včetně úprav oplocení a zábradlí, a to z důvodu umístění cca 100 ks kádí o obsahu cca 1 m³ pro pěstování vodních rostlin. K získání prostoru pro dopravu a manipulaci s káděmi je nutné doplnit bránu do oplocení a rozšířit zpevněné plochy zámkové dlažby a vegetačních dlaždic, přemístit zahradní domek a schodiště a realizovat stavební připravenost pro montáž atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny pro kotvení pojezdové dráhy s kotevními sloupky cca po 2 m. Změna obsahuje i dodávku a montáž atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny s nakládacími polohami k přepravování kádí. Součástí stavební připravenosti pro montáž plošiny je jištěný přívod elektro. Vzhledem k novému zaměření pěstování vodních rostlin je nutné doplnit rozvody elektro a rozvody vody po pěstební zahradě z důvodu údržby a požadavků na pěstební proces*“.

3. Dne 11. 9. 2013 byl mezi zadavatelem a vybraným uchazečem – sdružením nazvaným „Sdružení pro realizaci CESEB“, tvořeným společnostmi IMOS Brno, a.s. a SYNER Morava, a.s., uzavřen dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011 uzavřené na plnění předmětu veřejné zakázky „Generální dodávka stavby CESEB“, jehož předmětem bylo provedení prací uvedených ve „Změnovém listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“, který tvořil přílohu č. 1 dodatku č. 3.

4. Žalovaný obdržel podnět k přezkoumání postupu žalobce při zadávání veřejné zakázky „Generální dodávka stavby CESEB - dodatečné práce č. 3“ v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž s ohledem na pochybnosti o souladu postupu žalobce se zákonem o veřejných zakázkách žalovaný podáním ze dne 9. 9. 2015, č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-27199/2015/543/MPr, zahájil ve věci správní řízení.

5. Dne 13. 11. 2015 žalovaný vydal pod č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-39461/2015/543/MPr rozhodnutí, jímž byl žalobce shledán vinným, že se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že nepostupoval v souladu s § 82 odst. 7 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, když dne 11. 9. 2013 uzavřením dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011 s dodavatelem „Sdružení pro realizaci CESEB“ v jednacím řízení bez uveřejnění na plnění veřejné zakázky „Generální dodávka stavby CESEB - dodatečné

práce

č. 3“, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) zákona, rozšířil předmět veřejné zakázky „Generální dodávka stavby CESEB“ zadávané v otevřeném řízení,

v rozsahu dodatečného plnění podle „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“. Tímto postupem dle žalovaného umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze jmenované smlouvy o dílo, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za spáchání tohoto správního deliktu byla žalobci uložena pokuta ve výši 30 000 Kč.

6. Žalobce napadl toto rozhodnutí žalovaného rozkladem, který předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 29. 8. 2016, č. j. ÚOHS-R404/2015/VZ-35718/2016/321/BRy, jako nedůvodný zamítl a prvostupňové správní rozhodnutí potvrdil.

II. Obsah žaloby

7. Žalobce v podané žalobě předně namítal nesprávné a neúplné zjištění skutkového stavu věci. V této souvislosti se ohradil vůči závěru žalovaného, že na podporu svých tvrzení o nezbytnosti modifikace původního směřování předmětného projektu neoznačil žádné konkrétní důkazy. K tomu žalobce zdůraznil, že nejen přímo v textu rozkladu, ale již od zahájení správního řízení označoval ve svých podáních důkazy, o které opíral svá tvrzení, konkrétně zejména zdůvodnění změnového listu č. 7, které bylo podrobně konzultováno s poskytovatelem dotace; Stanovisko auditované osoby ze dne 13. 10. 2014, včetně sedmi příloh, kdy jednou z nich byla Příloha č. 1c - Stanovisko zadavatele k připomínkám MŠMT k Dodatku č. 3 a dále emailovou komunikaci mezi žalobcem a poskytovatelem dotace svědčící o projednávání všech navrhovaných změn týkajících se dodatečných stavebních prací. Potřeba a nezbytnost provedení předmětné změny přitom vyvstala v důsledku částečné modifikace vědeckovýzkumného programu, který měl být s pomocí budované infrastruktury realizován. Dle názoru žalobce se tak v daném případě jednalo o dodatečné stavební práce nezbytné pro dokončení původních stavebních prací a o smysluplné dokončení zamýšleného díla tak, aby nadále splňovalo požadavky jeho budoucích uživatelů. Dále žalobce zdůraznil, že možnost provedení změn byla důkladně konzultována s poskytovatelem dotace, který všechny změnové listy schválil v rámci *ex ante* i *ex post* kontrol jednacímho řízení bez uveřejnění. Postup poskytovatele dotace tak v žalobci oprávněně vyvolal legitimní očekávání, že postupuje v souladu s příslušnými ustanoveními zákona o veřejných zakázkách a také v souladu s rozhodnutím o poskytnutí dotace. Žalovaný přesto nepřihlédl k žalobcem předloženým důkazům, aniž by tento krok jakkoli odůvodnil, a postupoval proto v rozporu s ustanovením § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“).
8. Žalobce dále namítal nesprávné právní posouzení věci, kdy sice připustil, že realizací sporné veřejné zakázky rozšířil předmět původní veřejné zakázky, avšak nesouhlasil se závěry žalovaného, že se jednalo o rozšíření podstatné. Žalobce byl přesvědčen, že v posuzovaném případě se jednalo o dodatečné stavební práce nezbytné k dokončení původních stavebních prací. V této souvislosti připomněl, že v průběhu realizace stavby

CESEB uzavřel ke smlouvě na realizaci původní veřejné zakázky celkem tři dodatky. Celková hodnota dodatečných stavebních prací činila 17 112 111 Kč bez DPH, tedy cca 4 % ze smluvní ceny původní veřejné zakázky, přičemž hodnota zpochybněného dodatku č. 3 činila 2 570 809 Kč bez DPH, tedy 0,6 % ze smluvní ceny původní veřejné zakázky. Pokud by přitom nezbytné změny nebyly provedeny již v průběhu realizace původního díla, musely by být realizovány po uvedení stavby do provozu, aby stavba odpovídala vědeckým potřebám. Takový postup by byl dle žalobce mrháním veřejných prostředků bez zřetele k vlastním cílům projektu. K tomu žalobce uvedl, že ustanovení § 23 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách je třeba vykládat s ohledem na účel a smysl veřejného zadávání, kterým je právě účelné, efektivní a hospodárné vynakládání veřejných prostředků. Závěr žalovaného o tom, že žalobce svým postupem mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, pak žalobce označil za nepodloženou spekulaci. Žalobce byl tedy s ohledem na výše uvedené přesvědčen, že při jednacím řízení bez uveřejnění postupoval v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, přičemž k tomu obsáhle citoval z komentářové literatury.

9. Žalobce zároveň poukázal na skutečnost, že v projednávané věci měl žalovaný přihlédnout ke změně právní úpravy zadávání veřejných zakázek a zabývat se též úpravou obsaženou v novém zákoně č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „nový zákon o zadávání veřejných zakázek“), jehož ustanovení § 222 odst. 4 stanoví, že za podstatnou změnu závazku se nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je nižší než limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a zároveň nižší než 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce. To, že je právní úprava změn smluv v novém zákoně o zadávání veřejných zakázek příznivější, je dle žalobce jednoznačné, k čemuž žalobce zopakoval, že hodnota všech změn na dodatečné stavební práce činila v daném případě cca 4 % z celkové hodnoty původní smlouvy na veřejnou zakázku. Dle názoru žalobce pak s ohledem na to, že výše uvedená nová právní úprava vychází z evropské směrnice, jež nebyla do našeho právního řádu včas a řádně implementována, bylo namísto domáhat se rovněž přímého účinku článku 72 odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. S odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 3. 2012, č. j. 5 Afs 68/2011 - 99, se pak žalobce také domníval, že porušení povinnosti přihlédnout k pozdější právní úpravě jednoznačně příznivější bylo příčinnou nezákonnosti a nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí.
10. S ohledem na vše výše uvedené proto žalobce závěrem navrhl, aby krajský soud žalobou napadené rozhodnutí, jakož i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí, zrušil a žalovanému uložil povinnost nahradit žalobci náklady řízení.

III. Vyjádření žalovaného

11. Žalovaný ve svém vyjádření shrnul skutkový stav projednávané věci, včetně žalobcem vznesených námitek. Setrval přitom na závěrech žalobou napadeného rozhodnutí, o kterém se domníval, že bylo vydáno plně v souladu se zásadou materiální pravdy zakotvenou

v ustanovení § 3 správního řádu a že při hodnocení důkazů a argumentů postupoval důsledně

dle § 50 odst. 4 správního řádu. Žalovaný připomněl, že zadávací řízení představuje značně formalizovaný proces s minimem prostoru pro smluvní volnost. Pokud žalobce změnou uzavřené smlouvy rozšířil předmět veřejné zakázky, byl by takový postup aprobován zákonem toliko v případě, že by žalobce byl oprávněn použít ustanovení § 23 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách. V přezkoumávaném případě však předmětné stavební práce nebylo možno označit

za takové dodatečné stavební práce, které by byly nezbytné pro provedení původních stavebních prací, neboť nebránily tomu, aby došlo k dokončení původní veřejné zakázky dle původní projektové dokumentace. Za daného stavu tak dle názoru žalovaného nedošlo k naplnění podmínky stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, když žalobce si v průběhu realizace původní veřejné zakázky v podstatě „rozmyslel“, že chce něco jiného.

12. Žalovaný se vyjádřil také k námitkám žalobce týkajícím se unesení důkazního břemene, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky postupem žalobce a porušení zásady legitimního očekávání, když setrval na svých předchozích závěrech obsažených v odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí, na které žalovaný odkázal.
13. K žalobním námitkám dovolávajícím se přímého účinku směrnice či povinnosti žalovaného přihlédnout při posuzování řešeného případu k nové právní úpravě obsažené v § 222 odst. 4 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek žalovaný odkázal na čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod a v této souvislosti upozornil, že v době rozhodování žalovaného nebyl nový zákon o zadávání veřejných zakázek dosud účinný. Navíc pro použití jednacího řízení bez uveřejnění by dle žalovaného nebyly splněny podmínky § 66 písm. b) a c) tohoto zákona. Pokud se jednalo o přímý účinek směrnice, žalovaný doplnil, že směrnice může mít přímý účinek v případě, že marně uplynula lhůta pro její implementaci do národního práva. Směrnice však byla do českého právního řádu implementována novým zákonem o zadávání veřejných zakázek, který vstoupil v platnost v dubnu 2016 a nabyl účinnosti dnem 1. 10. 2016. Nelze se tedy dovolávat jejího přímého účinku, neboť k tomu nejsou splněny všechny podmínky vycházející z judikatury Soudního dvora Evropské unie. Závěrem proto žalovaný navrhl, aby krajský soud podanou žalobu jako nedůvodnou zamítl.

IV. Posouzení věci krajským soudem

14. Žaloba byla podána včas [§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“)], osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s. ř. s.) a jedná se o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s. ř. s.). Krajský soud přezkoumal napadené rozhodnutí předsedy žalovaného v mezích uplatněných žalobních bodů, jakož i z pohledu vad, k nimž je povinen přihlížet z úřední povinnosti, přičemž o věci samé rozhodl bez jednání, neboť žalobce ani žalovaný ve lhůtě dvou týdnů ode dne doručení výzvy nevyjádřili ve smyslu § 51 odst. 1 s. ř. s. svůj nesouhlas s takovým projednáním věci, ačkoli byli poučeni o tom,

že nevyjádří-li svůj nesouhlas, bude se mít za to, že souhlas je udělen. Dospěl přitom k závěru,
že žaloba je důvodná.

15. Jak již bylo uvedeno výše, žalobci byla prvostupňovým rozhodnutím žalovaného uložena pokuta ve výši 30 000 Kč za spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jehož se měl žalobce dopustit tím, že nepostupoval v souladu s ustanovením § 82 odst. 7 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, když dne 11. 9. 2013 uzavřel dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011 s dodavatelem „Sdružení pro realizaci CESEB“, a to v jednacím řízení bez uveřejnění na plnění veřejné zakázky „Generální dodávka stavby CESEB - dodatečné práce č. 3“, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) téhož zákona. Dle závěrů žalovaného žalobce tímto postupem rozšířil předmět veřejné zakázky „Generální dodávka stavby CESEB“ zadávané v otevřeném řízení, v rozsahu dodatečného plnění podle „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze jmenované smlouvy o dílo, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
16. Na úvod krajský soud předně připomíná, že úprava změn zadáných veřejných zakázek, resp. závazků ze smluv na plnění veřejné zakázky, vychází z judikatury Soudního dvora EU, a to zejména z rozsudku ze dne 19. 6. 2008, ve věci C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur* (dále jen „rozsudek Presstext“), resp. z následného rozsudku ze dne 13. 4. 2010, ve věci C-91/08 *Wall AG proti městu Frankfurt nad Mohanem*. V odstavcích 34. až 37. odůvodnění rozsudku Presstext přitom Soudní dvůr EU vymezil tzv. generální klauzuli a dále tři typové změny závazku, které jsou považovány za tzv. podstatnou změnu (zakázanou, aniž by bylo provedeno nové zadávací řízení); ostatní změny závazku jsou nepodstatné, tudíž povolené. Tyto skutkové podstaty byly v roce 2012 zákonem č. 55/2012 Sb. (tzv. transparenční novelou) včleněny do ustanovení § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách.
17. Dle ustanovení § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem.
Za podstatnou se považuje taková změna, která by
a) rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) a § 23 odst. 7,
b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů,
c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo
d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.
18. Dle ustanovení § 23 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách (ve znění účinném v době uzavření dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo) může v jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže jde o

a) dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností

a tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za předpokladu, že

1. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli,
2. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a
3. v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky.

(pozn.: *vytýčnění podtržením doplněno krajským soudem*)

19. Dle ustanovení § 23 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách (ve znění účinném v době zahájení správního řízení), může v jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel zadat veřejnou zakázku

na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže jde o

a) dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající

s náležitou péčí nemohl předvídat, a tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb,

a to za předpokladu, že

1. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli,
2. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a
3. v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 30 % ceny původní veřejné zakázky (pozn. *vytýčnění změn v textu bylo doplněno krajským soudem*).

20. Novým zákonem o zadávání veřejných zakázek, který nabyt účinnosti 1. 10. 2016, došlo ke zrušení zákona o veřejných zakázkách. Cílem nového zákona o zadávání veřejných zakázek bylo podle důvodové zprávy mj. zajištění souladu tuzemské právní úpravy s evropskou právní úpravou. Základ evropské sekundární legislativy pro oblast veřejných zakázek, již se v ustanovení § 1 tento zákon dovolává, tvoří směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále také jen „Směrnice 2014/24/EU“), směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES, směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/81/ES ze dne 13. července 2009 o koordinaci postupů při zadávání některých zakázek na stavební práce, dodávky a služby zadavateli v oblasti obrany a bezpečnosti a o změně směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/55/EU ze dne 16. dubna 2014 o elektronické fakturaci při zadávání veřejných zakázek.

21. Právní úprava výše uvedených evropských směrnic týkající se změn závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku byla transponována do ustanovení § 222 nového zákona o zadávání veřejných zakázek. Dle důvodové zprávy lze účel ustanovení umožňujících změnu závazku spatřovat v zajištění hospodárného přístupu k veřejné zakázce. V případě, že jsou oprávněné důvody ke změně závazku, přičemž tyto důvody jsou stanoveny v souladu s dohodou všech členských států Evropské unie vyjádřenou v zadávacích směrnicích, nebylo by zpravidla hospodárné plnění veřejné zakázky ukončovat a zadávat veřejnou zakázku znovu, což by přinášelo dodatečné náklady. Podmínky pro nepodstatné změny však musí být vždy naplněny a provedení změn smlouvy nelze považovat za nárokové ze strany dodavatele. To znamená, že na provedení změny smlouvy se musí obě strany vždy dohodnout, přičemž zadavatel musí respektovat pravidla, která mu v oblasti hospodaření se svěřeným majetkem ukládají jiné právní předpisy, zejména povinnost počínat si účelně, efektivně a hospodárně (text důvodové zprávy dostupný na <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=7&CT=637&CT1=0>).
22. Provedená transpozice tedy odpovídá úpravě obsažené v evropských zadávacích směrnicích. Rozdílně od úpravy v zákoně o veřejných zakázkách tedy nadále nejsou změny závazků prováděny v jednacím řízení bez uveřejnění [až na změny dle ustanovení § 64 písm. b) a § 66], nýbrž prostým jednáním a následným provedením změny; tj. například uzavřením změnového listu, dodatku smlouvy apod. Z hlediska uplatnění změn je přitom možno rozlišit dvě základní kategorie, a to změny závazku vyžadující výhradu v zadávací dokumentaci (§ 100 odst. 1 a odst. 3 a § 66) a změny závazku umožněné přímo ze zákona. Druhou jmenovanou kategorií lze dále rozdělit na změny posuzované *ad hoc* podle principů rozsudku Pressetext (§ 222 odst. 3), změny *de minimis* (§ 222 odst. 4), nezbytné dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky (§ 222 odst. 5), změny z nepředvídaných důvodů (§ 222 odst. 6), záměnu položek soupisu stavebních prací (§ 222 odst. 7) a dodatečné dodávky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění (§ 64 písm. b).
23. Odstavce 4 až 7 ustanovení § 222 nového zákona o zadávání veřejných zakázek stanoví čtyři kategorie změn, které se při splnění stanovených podmínek nepovažují za podstatné změny. Jde o „výjimky“ ze zákazu podstatné změny zakotveného v odstavci 1 tohoto ustanovení. Jejich uplatnění není vázáno na předchozí výhradu v zadávacích podmínkách a lze je využít přímo *ex lege*. Při jejich využití není zadavatel povinen zkoumat, zda plánovaná změna nenaplní některou z obecných skutkových podstat podstatné změny dle § 222 odst. 3 nového

zákona

o zadávání veřejných zakázek. Tyto změny pak lze považovat za na sobě nezávislé.

24. Pro jednu změnu přitom bude třeba použít vždy jen jeden důvod změny (postup dle jednoho z odstavců § 222), byť by i byly splněny předpoklady pro danou změnu dle více odstavců ustanovení § 222 nového zákona o zadávání veřejných zakázek. Kvalifikace provedené změny není závazná a nezměnitelná. Změny dle odstavce 5 a 6 však vyžadují provedení souvisejících uveřejňovacích povinností dle odstavce 8, tudíž například přearažení změny z kategorie *de minimis* dle odstavce 4 do kategorie nepředvídané změny dle odstavce 6 bude problematické. Naopak, zjistí-li zadavatel po splnění smlouvy, že veškeré jeho změny nepřesáhly limity pro změnu *de minimis* dle odstavce 4, nemusí již tyto změny dále zdůvodňovat, přestože je původně klasifikoval například jako změny nepředvídané dle odstavce 6 (shodně k tomu srovnej např. Dvořák, Machurek, Novotný, Šebesta a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: komentář*. Praha: C.H. Beck, 2017. Velké komentáře. str. 1076 - 1093.).
25. Dle § 222 odst. 4 nového zákona o zadávání veřejných zakázek se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je
 - a) nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a
 - b) nižší než
 1. 10 % původní hodnoty závazku, nebo
 2. 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce,
 která není koncesí.
 Pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnot všech těchto změn.
26. Finanční limit pro určení nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce dle ustanovení § 4 nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek činí 149 224 000 Kč.
27. V projednávaném případě byla předmětem původní veřejné zakázky „Generální dodávka stavby CESEB“ (tedy dodávka Centra experimentální, systematické a ekologické biologie), jejímž cílem bylo vybudování nové infrastruktury pro dva ústavy Přírodovědecké fakulty Masarykovy univerzity, konkrétně pro Ústav experimentální biologie a Ústav botaniky a zoologie. Výstupem tohoto projektu byly čtyři nové vědecko-výzkumné pavilony (Pavilony A25, A31, A32 a A36). Rozsah dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo byl stanoven Změnovým listem č. 6. - Osekání betonů, odvodnění anglických dvorků, přeložka kanalizace, úprava železobetonové základové desky pavilonu A36; rozsah dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo byl vymezen Změnovým listem č. 2 - Elektromagnetické stínění v pavilonu A 36, Změnovým listem č. 3 - Změny v laboratořích, a Změnovým listem č. 4 - Skleník. Změna DPH (zvýšení z 20 na 21 %); rozsah dodatku č. 3 pak byl stanoven Změnovým listem č. 7 - pěstební a výukové zahrady – úpravy. Dodatky tedy představovaly dílčí změny stavebních objektů, s jejichž realizací bylo v zadávací dokumentaci počítáno. Dle krajského soudu tedy tyto změny nebyly způsobilé změnit celkovou povahu předmětné veřejné zakázky.

28. Pokud se jedná o hodnotu jednotlivých změn dle přílohy č. 2 k dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo - Rekapitulace ceny díla, je zřejmé, že původní cena díla činila 427 229 054 Kč bez DPH. Dodatkem č. 1 byla cena zvýšena o 137 981 Kč bez DPH, dodatkem č. 2 byla cena zvýšena o 14 584 668 Kč bez DPH a dodatkem č. 3 byla cena zvýšena o 2 389 462 Kč bez DPH. Celkem tedy došlo uzavřením Dodatků č. 1, č. 2 a č. 3 ke smlouvě o dílo ke zvýšení hodnoty původní ceny veřejné zakázky o 17 112 111 Kč bez DPH. Součet hodnot výše uvedených změn tedy dosáhl cca 4 % původní hodnoty závazku.
29. Je tedy patrné, že výše uvedené změny závazku ze smlouvy o veřejné zakázce ve svém součtu nepřekročily limity pro *de minimis* změny dle ustanovení § 222 odst. 4 nového zákona o zadávání veřejných zakázek. Při dodržení kvantitativních, resp. finančních limitů, a při zachování celkové povahy veřejné zakázky jsou přitom takové změny možné (jako nepodstatné) bez dalšího, aniž by bylo nutno zkoumat splnění dalších věcných podmínek [srovnej odst. 107, druhý pododstavec preambule, a čl. 72 odst. 2 směrnice 2014/24/EU]. Dle nového zákona o zadávání veřejných zakázek pak nejsou nadále takové změny závazků prováděny v jednacím řízení bez uveřejnění, nýbrž prostým jednáním a následným provedením změny. Proto podle právní úpravy účinné v době rozhodování krajského soudu by se jednalo o nepodstatnou změnu závazku, kterou by žalobce již nebyl povinen zadávat ani v jednacím řízení bez uveřejnění, když pro provedení takové změny by postačilo uzavření příslušného dodatku ke smlouvě.
30. Krajský soud se tedy musel vypořádat s otázkou, zda má být v daném řízení zohledněna takto provedená změna právní úpravy, která je pro pachatele příznivější, a která nastala v mezidobí po právní moci rozhodnutí předsedy žalovaného, oproti právní úpravě účinné v době spáchání správního deliktu, resp. účinné do pravomocného rozhodnutí předsedy žalovaného, a tedy zda i v soudním řízení správním má být v rámci přezkumu zákonnosti rozhodnutí vydaných ve věcech správního trestání použita zásada vyplývající z čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, která ukládá aplikovat pozdější právní úpravu, je-li tato pro pachatele příznivější.
31. Tato otázka již přitom byla řešena v rozhodovací činnosti Nejvyššího správního soudu, a to konkrétně v usnesení rozšířeného senátu ze dne 16. 11. 2016, č. j. 5 As 104/2013 - 46, publikovaném pod č. 3528/2017 Sb. NSS, v němž tento dospěl k závěru (závaznému pro rozhodovací činnost krajských soudů), že „rozhoduje-li krajský soud ve správním soudnictví o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu, kterým bylo rozhodnuto o vině a trestu za správní delikt v situaci, že zákon, kterého bylo použito, byl po právní moci správního rozhodnutí změněn nebo zrušen, je povinen přihlídnout k zásadě vyjádřené ve větě druhé čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, podle níž se trestnost činu posoudí a trest ukládá podle právní úpravy, která nabyla účinnosti až poté, kdy byl trestný čin spáchán, je-li to pro pachatele příznivější“.
32. V odůvodnění shora citovaného usnesení rozšířený senát Nejvyššího správního soudu mj. uvedl, že „tam, kde správní soud posuzuje právní stránku věci, proto musí mít podle rozšířeného senátu stejný právní prostor či rámec, jaký (by) měl správní orgán. Nelze přece

připustit, aby existoval významný rozdíl mezi kognicí správního orgánu v běžícím řízení, soudu přezkoumávajícího jeho výsledek (meritorní rozhodnutí o vině a trestu) a posléze zase správního orgánu, který pokračuje v řízení poté, co mu soud jeho rozhodnutí (z jiných důvodů) zrušil. Je-li soud nadán úplnou kasační pravomocí nejen z hlediska nezákonnosti správního rozhodnutí, vadného řízení, ale i nedostatečnosti skutkových zjištění, je zřejmé, že i hmotněprávní posouzení věci musí odpovídat aktuálnímu právnímu stavu v době jeho rozhodování. Plná jurisdikce se tedy uplatní jak co do jejího obsahu, tak co do času. Na tom nic nemění fakt, že by soud nenahrazoval svým výrokem správní rozhodnutí (s výjimkou modorce), ale na příznivější změnu zákona by reagoval prostým kasačním výrokem bez stopy výtky vůči správnímu orgánu I. a II. stupně, ovšem se závazným právním názorem k aplikaci a interpretaci hmotného práva na správním orgánem správně zjištěný (či soudem doplněný) skutkový stav. Důležité ovšem je, aby soud měl povinnost zkoumat, zda nedošlo ke změně zákona, bez ohledu, jestli to žalobce učiní předmětem svých žalobních námitek“.

33. Jak již přitom krajský soud konstatoval výše, dospěl v dané věci k závěru, že je na místě aplikovat závěry obsažené v rozhodnutí rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu, které jsou pro rozhodovací činnost krajského soudu závazné a od nichž nemá důvod se odchýlit ani v tomto konkrétním případě. Při respektování povinnosti soudu vykládat právní normy ústavně konformně, tedy za účelem zohlednění zásady vyplývající z čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, proto bylo v intencích shora citovaného usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu nezbytné přistoupit k prolomení zásady obsažené v § 75 odst. 1 s. ř. s., a tedy vyjít nikoliv z právního stavu, resp. právní úpravy, která zde byla v době rozhodování správního orgánu, ale aplikovat právní úpravu pozdější, která je v daném případě pro žalobce příznivější. To z toho důvodu, že v důsledku přijetí nového zákona o zadávání veřejných zakázek by již změna smlouvy o dílo dle uzavřeného dodatku č. 3 (a to ani v součtu se změnami smlouvy o dílo dle dodatků č. 1 a č. 2) nepřesáhla limit pro *de minimis* změnu smlouvy přípustnou vždy bez dalšího. Jednalo by se tak o nepodstatnou změnu smlouvy o dílo, kterou by nebylo nutné zadávat v některém ze zadávacích řízení dle nového zákona o zadávání veřejných zakázek, a tedy postup žalobce by nebylo možno kvalifikovat jako správní delikt, za jehož spáchání byl v předchozím řízení poškozen.

34. Za této situace se proto krajský soud již dále nezabýval ostatními žalobními námitkami týkajícími se zejména neúplně zjištěného skutkového stavu a nesprávného právního posouzení věci, neboť jejich vypořádání se s ohledem na shora učiněné závěry stalo bezpředmětným.

V. Závěr a náklady řízení

35. Vzhledem ke změně právní úpravy zadávání veřejných zakázek, které stanoví limit pro *de minimis* změnu smlouvy, kdy při dodržení finančních limitů a při zachování celkové povahy veřejné zakázky je taková změna možná (jako nepodstatná) bez dalšího, proto krajský soud přistoupil ve smyslu § 78 odst. 1 a 3 s. ř. s. ke zrušení žalobou napadeného rozhodnutí předsedy

žalovaného a z povahy věci také ke zrušení jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí a vrácení věci žalovanému podle § 78 odst. 4 s. ř. s. k novému projednání a rozhodnutí. V něm bude žalovaný v intencích závěrů rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu povinen postupovat podle právního názoru vysloveného v tomto rozsudku, ve spojení s citovaným usnesením rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu.

36. Výrok o náhradě nákladů řízení je odůvodněn ustanovením § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobce měl ve věci úspěch, a proto má vůči žalovanému právo na náhradu nákladů řízení před soudem. Náklady řízení spočívají v zaplaceném soudním poplatku za žalobu ve výši 3 000 Kč (nikoli již za návrh na přiznání odkladného účinku, který nebyl žalobě usnesením ze dne 24. 11. 2016, č. j. 30 Af 103/2016 - 140, přiznán). Ke splnění uvedené povinnosti byla žalovanému stanovena přiměřená lhůta.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat do dvou týdnů po jeho doručení kasační stížnost. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních právních předpisů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno dne 26. září 2018

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu