



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Mgr. Milana Procházky a soudců Mgr. Ing. Veroniky Baroňové a JUDr. Viktora Kučery v právní věci žalobce: **Technické služby Rudná a.s.**, se sídlem Poštovní 133/4, Rudná, zastoupeného Mgr. Jindřichem Šimberským, advokátem se sídlem Hořejší nábřeží 786/21, Praha 5, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 16. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R268/2014/VZ-39447/2015/322/EDy,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 16. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R268/2014/VZ-39447/2015/322/EDy, a výroky I. a III. rozhodnutí žalovaného ze dne 8. 7. 2014, č. j. ÚOHS-S64/2014/VZ-14371/2014/522/PLy, **se zrušují** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 11 228 Kč, a to do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám zástupce žalobce, Mgr. Jindřicha Šimberského, advokáta.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí, kterým předseda žalovaného zamítl rozklad žalobce a potvrdil výroky I. a III. prvostupňového rozhodnutí žalovaného ze dne 8. 7. 2014, č. j. ÚOHS-S64/2014/VZ-14371/2014/522/PLy.

Žalobce zahájil výzvou k podání nabídek dne 2. 1. 2012 výběrové řízení, zadávané výzvou více zájemcům mimo režim zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), na veřejnou zakázku „*Vodovodní přivaděč*“. Předmětnou zakázku žalobce realizoval v souvislosti s výkonem relevantní činnosti ve smyslu ustanovení § 4 odst. 1 písm. d) bodu 1. zákona o veřejných zakázkách, přičemž se v daném případě jednalo o podlimitní veřejnou zakázku. Dne 15. 5. 2012 žalobce uzavřel se společností MERTASTAV s.r.o., se sídlem Štěpánovská 1176, Předklášteří (dále jen „MERTASTAV s.r.o.“) smlouvu o dílo na realizaci předmětné veřejné zakázky, jejímž předmětem bylo zejména zhotovení stavby vodovodního přivaděče, a to za podmínek stanovených touto smlouvou. Cena díla byla stanovena na částku 29 498 999 Kč bez DPH. Dne 28. 12. 2012 uzavřel žalobce se společností MERTASTAV s.r.o. dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo ze dne 15. 5. 2012, jehož obsahem bylo zejména prodloužení vodovodního řadu DN 225 do Chýně, včetně vybudování souvisejícího technického vybavení, odstranění odpadní skládky bránící v řádném provádění díla a změna termínu řádného ukončení objednaného díla. Původní cena díla byla navýšena o 12 079 220 Kč, tj. na částku 41 578 219 Kč bez DPH. Následně žalobce dne 28. 3. 2013 uzavřel se společností MERTASTAV s.r.o. dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo ze dne 15. 5. 2012, jehož obsahem byla zejména změna platebního mechanismu dílčí úhrady ceny díla a prodloužení vodovodního řadu do obce Chrástany. Původní cena díla byla navýšena o 2 450 398,40 Kč, tj. na částku 44 028 617,40 Kč bez DPH.

Žalovaný obdržel podnět k prošetření postupu žalobce při uzavření výše specifikovaných dodatků č. 1 a č. 2 ke smlouvě o dílo se společností MERTASTAV s.r.o. a podáním ze dne 31. 3. 2014, č. j. ÚOHS-S64/2014/VZ-6861/2014/522/PLy, oznámil žalobci zahájení správního řízení. V tomto řízení žalovaný vydal dne 8. 7. 2014 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S64/2014/VZ-14371/2014/522/PLy, kterým ve výroku I. shledal žalobce vinným ze spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jehož se měl dopustit porušením ustanovení § 21 zákona o veřejných zakázkách tím, že předmět plnění odpovídající dodatku č. 1 ze dne 28. 12. 2012 vztahujícího se ke smlouvě o dílo uzavřené dne 15. 5. 2012 se společností MERTASTAV s.r.o. nezadal v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacího řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ve výroku II. žalovaný podle ustanovení § 117a písm. d) zákona o veřejných zakázkách zastavil správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách žalobcem při uzavírání dodatku č. 2 ze dne 28. 3. 2013 ke smlouvě o dílo uzavřené dne 15. 5. 2012 se společností MERTASTAV s.r.o., neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona o veřejných zakázkách. Konečně ve výroku III. žalovaný uložil žalobci za spáchání správního deliktu uvedeného

ve výroku I. tohoto rozhodnutí pokutu ve výši 150 000 Kč podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

V odůvodnění prvostupňového rozhodnutí žalovaný konstatoval, že žalobce vystupoval v posuzovaném případě v pozici veřejného zadavatele ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, který vykonával relevantní činnost dle ustanovení § 4 téhož zákona. Postup veřejného zadavatele vykonávajícího relevantní činnost při zadávání veřejných zakázek souvisejících s relevantní činností přitom upravuje zákon o veřejných zakázkách v ustanovení § 2 odst. 7. V nyní posuzované věci pak měla zásadní význam skutečnost, že novelou zákona o veřejných zakázkách provedenou zákonem č. 55/2012 Sb., která nabyla účinnosti dnem 1. 4. 2012, tj. před uzavřením šetřeného dodatku č. 1, došlo ke zpřísnění postavení veřejného zadavatele vykonávajícího relevantní činnost podle § 4 odst. 1 písm. d) a e) zákona o veřejných zakázkách. Zákon o veřejných zakázkách v ustanovení § 2 odst. 7, ve znění účinném od 1. 4. 2012, totiž stanovil, že pokud vykonává veřejný zadavatel relevantní činnost dle § 4 zákona v odvětví vodárenství a má-li být veřejná zakázka zadávána v souvislosti s výkonem této relevantní činnosti, postupuje takový veřejný zadavatel podle ustanovení vztahujících se na veřejného zadavatele, tedy nikoli podle ustanovení vztahujících se na zadavatele sektorového. S odkazem na judikaturu Soudního dvora Evropské unie, zejména rozsudek ze dne 19. 6. 2008, sp. zn. C-454/06, ve věci *Presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku*, žalovaný dospěl k závěru, že žalobce uzavřením dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo uzavřené dne 15. 5. 2012 se společností MERTASTAV s.r.o. umožnil podstatnou změnu smlouvy, když rozšířil původní předmět plnění, v důsledku čehož došlo k navýšení původní ceny díla. Jelikož dodatek č. 1 představoval podstatnou změnu původní smlouvy a jeho předmět byl novou veřejnou zakázkou (a s ohledem na znění zákona o veřejných zakázkách v rozhodné době, podle něhož měl žalobce v šetřeném případě povinnost postupovat jako veřejný zadavatel), proto žalobce měl dle závěru žalovaného předmětný dodatek č. 1 zadat jako samostatnou veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacích řízení podle § 21 zákona o veřejných zakázkách, neboť hodnota této samostatné veřejné zakázky překročila minimální limit stanovený pro zadání podlimitní veřejné zakázky v § 12 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách.

Žalobce se s výše uvedenými závěry žalovaného neztotožnil a napadl toto rozhodnutí ve výroci I. a III. rozkladem, který předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 16. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R268/2014/VZ-39447/2015/322/EDy, jako nedůvodný zamítl a prvostupňové rozhodnutí v napadených výroci potvrdil.

II. Obsah žaloby

Žalobce v úvodu podané žaloby shrnul skutkové okolnosti posuzované věci, dosavadní průběh správního řízení, včetně argumentace žalovaného, a dále vymezil jednotlivé žalobní body. Předně, shodně jako v podaném rozkladu, namítal, že veřejnou zakázku zadával jako sektorový zadavatel ve smyslu ustanovení § 2 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách, neboť vykonával relevantní činnost dle ustanovení § 4 téhož zákona a je osobou, nad kterou může veřejný zadavatel přímo či nepřímo uplatňovat dominantní vliv. K tomu žalobce odkázal na rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 3. 2011, č. j. ÚOHS-S13/2011/VZ-3200/2011/520MNe,

dále na rozhodnutí ze dne 6. 3. 2013, č. j. ÚOHS-R231/2012/VZ-4105/2013/310/MMI, a pro úplnost též na směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. 3. 2004, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v oblasti vodovodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (dále jen „směrnice 2004/17/ES“), která v příloze č. III. stanoví demonstrativní výčet subjektů považovaných za sektorové zadavatele. S ohledem na to, že žalobce zadával veřejnou zakázku jako sektorový zadavatel a předmětná veřejná zakázka představovala ve smyslu ustanovení § 12 odst. 1 a 2 zákona o veřejných zakázkách veřejnou zakázku podlimitní, měl žalobce za to, že v souladu s ustanovením § 19 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách nemusel postupovat podle zákona o veřejných zakázkách, a to ať již ve vztahu k samotné smlouvě o dílo, tak i oběma jejím dodatkům.

Žalobce byl dále přesvědčen, že žalovaný postupoval chybně, pokud na daný případ přímo neaplikoval čl. 12 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „směrnice 2004/18/ES“), resp. čl. 2 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/17/ES, a pokud subsumoval postup žalobce pod ustanovení § 2 odst. 7 *in fine* zákona o veřejných zakázkách. S ohledem na rozpor ustanovení § 2 odst. 7 *in fine* zákona o veřejných zakázkách s unijní úpravou měl žalovaný dle názoru žalobce aplikovat zásadu bezprostředního účinku směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES. Dle unijního práva totiž platí, že zadává-li veřejný či sektorový zadavatel veřejnou zakázku v souvislosti s relevantní činností v oblasti vodárenství, použije se na něj právní úprava stanovená směrnicí 2004/17/ES. Tomu dle žalobce odpovídá také ustálená judikatura Soudního dvora Evropské unie, zejména rozsudek ze dne 10. 4. 2008, sp. zn. C-393/06, ve věci *Ing. Aigner, Wasser-Wärmer-Umwelt, GmbH proti Fernwärme Wien GmbH*.

Žalobce rovněž připomněl, že podle § 17 písm. m) zákona o veřejných zakázkách se zadáváním rozumí závazný postup podle zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení. Naproti tomu postupuje-li zadavatel mimo režim zákona o veřejných zakázkách, není takový postup nikde definován, a takový okamžik si může definovat sám zadavatel za podmínky, že nedojde k překročení zákonného limitu podlimitní veřejné zakázky a porušení zásad uvedených v § 6 zákona o veřejných zakázkách. Proto plnění, které bylo kontrahováno dodatkem č. 1, nemohlo být vyčleněno z režimu původního zadávacího řízení a celý kontraktní proces musel tvořit jednotu. Pokud by zadavateli veřejné zakázky zadávané původně mimo režim zákona o veřejných zakázkách měla transparentní novelou vzniknout povinnost podřídit takovou veřejnou zakázku pod režim zákona (byť i jen zčásti), jednalo by se dle názoru žalobce o nepřipustné porušení zásady zákazu retroaktivity.

Ve vztahu k procesu ukládání sankce měl žalobce za to, že žalovaný rozhodl čistě dle formálního kritéria neexistence soutěže, aniž zkoumal kvalitu uzavřeného dodatku a otázku, zda postupem žalobce skutečně mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky. Dle názoru žalobce byl jím zvolený postup z hlediska efektivnosti a hospodárnosti postupem jediným možným. Žalobce tak usuzoval především z počtu původně oslovených stavebních společností, z nabídkových cen minimálně o jednu třetinu vyšších oproti současnému dodavateli, neschopnosti konkurovat v ceně na dodatečné stavební práce (náklady na přesun

techniky, přípravu stavenišť apod.), a zejména pak z nutnosti návaznosti stavebních prací. Vzhledem k výše uvedenému se proto žalobci uložená pokuta jevila jako nepřiměřená, neboť o její výši bylo rozhodnuto na základě formálních hledisek. Uložení pokuty pak nebylo dle žalobce na místě ani s ohledem na chybnou interpretaci a aplikaci unijní a české právní úpravy. K tomu žalobce doplnil, že v případě, kdy aktuální právní úprava zákona o veřejných zakázkách nabízí minimálně dvojí výklad (pro rozpor s unijní úpravou, kdy výklad příslušných norem je rozporný i v samotné rozhodovací praxi žalovaného), bylo nutné respektovat právo na spravedlivý proces a postupovat v souladu se zásadou *in dubio mitius*, kterou blíže rozvedl Ústavní soud například v nálezech ze dne 19. 11. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 14/07, nebo ze dne 15. 12. 2003, sp. zn. IV. ÚS 666/02.

Ze všech výše uvedených důvodů proto žalobce závěrem navrhl, aby krajský soud napadené rozhodnutí předsedy žalovaného, jakož i výroky I. a III. jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí, zrušil a žalovanému uložil povinnost nahradit žalobci náklady řízení. Pro případ, že by krajský soud žalobou napadené rozhodnutí nezrušil, žalobce *in eventum* navrhl, aby krajský soud přistoupil k moderaci uložené pokuty a rozhodl o upuštění od uložení trestu za správní delikt.

III. Vyjádření žalovaného

Žalovaný v úvodu svého vyjádření k podané žalobě předně popsal skutkové okolnosti posuzované věci a průběh předcházejícího správního řízení. K jednotlivým žalobním námitkám uvedl následující. Za mylný považoval názor žalobce, že by v době uzavírání dodatku č. 1 žalobce byl sektorovým zadavatelem. Žalovaný v této souvislosti srovnal pojem „ovládání“ v rámci definice veřejného zadavatele a možnost výkonu dominantního vlivu jako aspektu sektorového zadavatele, přičemž v případě žalobce dovedl naplnění podmínek ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách. Dále připomněl, že transparentní novela, kterou bylo mj. novelizováno i ustanovení § 2 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, vešla v účinnost dne 1. 4. 2012; a dodatek č. 1 byl uzavřen dne 28. 12. 2012. Žalobce v rámci dodatku č. 1 rozšířil původní předmět smlouvy, v důsledku čehož také podstatně navýšil původní cenu díla. Uzavřením dodatku č. 1 tedy došlo dle žalovaného k podstatné změně smlouvy, a předmět dodatku č. 1 proto bylo třeba považovat za novou veřejnou zakázku. Vzhledem k tomu se již na žalobce vztahovala právní úprava zákona o veřejných zakázkách ve znění transparentní novely, která neumožňovala pohlížet na veřejného zadavatele vykonávajícího relevantní činnost dle ustanovení § 4 odst. 1 písm. d) a e) téhož zákona jako na sektorového zadavatele, ale bylo třeba tuto novou veřejnou zakázku zadat v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacího řízení.

Žalovaný nesouhlasil s tvrzením žalobce, že nebyla naplněna materiální stránka správního deliktu. S odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 - 28, uvedl, že správní delikt je spáchán též v případě, kdy potenciálně škodlivý následek předvídaný právní normou (možné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky) i „jen“ hrozí. Vyjádřil se též k tvrzení žalobce, že charakter stavebních prací plynoucích z předmětných dodatků k původní smlouvě nedovoloval, aby byly zadány v některém z druhů zadávacích řízení, a že tyto práce nebylo možno ani technicky zadat jinému dodavateli,

k čemuž odkázal na bod 56. odůvodnění prvostupňového rozhodnutí žalovaného. Dále žalovaný konstatoval, že evropské zadávací směrnice 2004/17/ES a 2004/18/ES podrobně upravují postupy pro zadávání nadlimitních veřejných zakázek, tj. zakázek dosahujících určité předpokládané hodnoty (hodnotového prahu). U podlimitních veřejných zakázek se tyto omezují na zakotvení principu transparentnosti a nediskriminace při jejich zadávání, ve zbylém pak ponechávají úpravu na členských státech.

Za zavádějící žalovaný označil odkaz žalobce na rozhodnutí žalovaného ze dne 3. 8. 2012, č. j. ÚOHS-S104/ 2012/VZ-5607/2012/510/MLr (jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy žalovaného ze dne 6. 3. 2013, č. j. ÚOHS-R231/2012/VZ-4105/2013/310/MMI), neboť toto se týkalo zakázky zadávané v režimu zákona o veřejných zakázkách před transparentní novelou, který ještě v ustanovení § 2 odst. 7 neobsahoval větu druhou. Taktéž odkaz na rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 3. 2011, č. j. ÚOHS-S13/2011/VZ-3200/2011/520MNe, ve věci Letiště Praha, a. s., považoval žalovaný za nepřiléhavý. V daném případě se totiž dle žalovaného jednalo o zcela jinou relevantní činnost, jež nebyla vyloučena ustanovením § 2 odst. 7, větou druhou, zákona o veřejných zakázkách.

K námitce směřující proti výši uložené pokuty žalovaný uvedl, že při jejím stanovení přihlédl k závažnosti správního deliktu, vzal v úvahu veškeré skutečnosti, které vyšly ve správním řízení najevo, zejména posoudil žalobcem předloženou dokumentaci o veřejné zakázce a učinil z ní konkrétní zjištění, posoudil přiměřenost ukládané sankce, a to i s ohledem na její represivní a preventivní účinek, a zkoumal také to, zda pokuta není pro žalobce likvidační. S ohledem na vše výše uvedené proto žalovaný navrhl, aby krajský soud podanou žalobu jako nedůvodnou v plném rozsahu zamítl.

IV. Posouzení věci krajským soudem

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 dodatečně vyslovil svůj souhlas s rozhodnutím věci bez nařízení jednání a žalovaný ve lhůtě dvou týdnů ode dne doručení výzvy nevyjádřil ve smyslu § 51 odst. 1 s. ř. s. nesouhlas s takovým projednáním věci, ačkoli byl poučen o tom, že nevyjádří-li svůj nesouhlas, bude se mít za to, že souhlas je udělen. Dospěl přitom k závěru, že žaloba je důvodná.

Jak již bylo uvedeno výše, žalobci byla prvostupňovým rozhodnutím žalovaného uložena pokuta ve výši 150 000 Kč za spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jehož se měl žalobce dopustit porušením ustanovení § 21 zákona o veřejných zakázkách tím, že předmět plnění odpovídající dodatku č. 1 ze dne 28. 12. 2012 vztahujícího se ke smlouvě o dílo uzavřené dne 15. 5. 2012 se společností MERTASTAV s.r.o. nezadal v některém z v úvahu připadajících druhů

zadávacího řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Žalovaný dospěl k závěru, že dodatek č. 1 představoval podstatnou změnu původní smlouvy o dílo, a jeho předmět byl proto novou veřejnou zakázkou. S ohledem na znění zákona o veřejných zakázkách v rozhodné době, podle něhož měl žalobce v šetřeném případě povinnost postupovat jako veřejný zadavatel, měl přitom žalobce dle závěrů žalovaného předmětný dodatek č. 1 zadat jako samostatnou veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacích řízení podle § 21 zákona o veřejných zakázkách, neboť hodnota této samostatné veřejné zakázky překročila minimální limit stanovený pro zadání podlimitní veřejné zakázky v § 12 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách.

Dle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud

1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

Dle ustanovení § 2 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 55/2012 Sb. účinného od 1. 4. 2012, vykonává-li veřejný zadavatel nebo dotovaný zadavatel jednu či více relevantních činností podle § 4, platí pro něj ustanovení zákona vztahující se na sektorového zadavatele za předpokladu, že veřejná zakázka má být zadávána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. Krajský soud přitom na tomto místě s odkazem na ustanovení § 19 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách připomíná, že sektorový zadavatel měl povinnost postupovat podle tohoto zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. Ustanovení § 2 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, ve znění po novele účinné od 1. 4. 2012, ovšem dále pokračuje větou druhou následujícího znění: Veřejný zadavatel však nepostupuje podle ustanovení vztahujících se na sektorového zadavatele, pokud vykonává relevantní činnost podle § 4 odst. 1 písm. d) a e) (pozn.: zvýraznění potvrzením doplněno krajským soudem).

S ohledem na charakter činnosti žalobce a předmět veřejné zakázky (výstavba vodovodního přivaděče) se dle ustanovení § 4 odst. 1 písm. d) zákona o veřejných zakázkách relevantní činností pro účely tohoto zákona rozumí v odvětví vodárenství⁵⁾

1. poskytování vodovodu, sloužícího veřejné potřebě, pro účely provozování takového vodovodu podle zvláštního právního předpisu⁵⁾ v souvislosti s výrobou nebo dodávkou pitné vody,
2. provozování vodovodu sloužícího veřejné potřebě podle zvláštního právního předpisu⁵⁾ v souvislosti s výrobou nebo dodávkou pitné vody, nebo
3. dodávka pitné vody do vodovodu podle bodů 1 a 2.

Dle ustanovení § 12 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách se podlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota činí v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby nejméně 1 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce nejméně 3 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty a nedosáhne finančního limitu podle odstavce 1.

Zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon 134/2006 Sb.“), který nabyl účinnosti 1. 10. 2016, došlo ke zrušení zákona o veřejných zakázkách. Nová právní úprava přinesla zásadní změnu v definici zadavatele, přičemž již dále nepoužívá a nerozlišuje tři druhy zadavatelů (veřejného, sektorového a dotovaného zadavatele), jako tomu bylo v případě zákona o veřejných zakázkách. Rozhodujícím kritériem je dle zákona č. 136/2016 Sb. při zadávání veřejných zakázek charakter činnosti zadavatele, nikoliv status zadavatele. Zákon č. 136/2016 Sb. užívá pojem „sektorová veřejná zakázka“, kdy podstata zadávání zakázek v sektorové oblasti zůstává zachována, avšak těžiště definice je přesunuto na konkrétní zakázky zadávané při výkonu relevantní činnosti. Postup zadávání sektorových veřejných zakázek je v zákoně č. 136/2016 Sb. upraven v ustanoveních § 151 až 173.

Dle ustanovení § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb. je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud

1. byla založena nebo zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
2. jiný veřejný zadavatel ji převážně financuje, může v ní uplatňovat rozhodující vliv nebo jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu.

Dle ustanovení § 151 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb. je sektorovou veřejnou zakázkou veřejná zakázka, kterou zadává veřejný zadavatel při výkonu relevantní činnosti.

Ustanovení § 153 zákona č. 134/2016 Sb. pak obsahuje výčet jednotlivých relevantních činností. Dle ustanovení § 153 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb. se relevantní činnosti pro účely tohoto zákona rozumí v odvětví vodárenství

1. poskytování nebo provozování vodovodu podle jiného právního předpisu³⁶⁾, nebo
2. dodávka pitné vody do vodovodu.

Dle ustanovení § 158 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb. není zadavatel povinen v zadávacím řízení zadat sektorovou veřejnou zakázku, jejíž předpokládaná hodnota nedosahuje finanční limit stanovený prováděcím právním předpisem podle § 25 téhož zákona. Tímto prováděcím předpisem je nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek. Dle ustanovení § 4 uvedeného nařízení vlády přitom činí finanční limit pro určení nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce 142 668 000 Kč (pozn.: zvýraznění podtržením doplněno krajským soudem).

Je tedy patrné, že žalobce při zadávání veřejných zakázek, které zadává při výkonu relevantní činnosti, postupuje dle příslušných ustanovení zákona č. 134/2016 Sb., upravujících zadávání sektorových veřejných zakázek, dle kterých je ovšem žalobce povinen zadat sektorovou veřejnou zakázku v zadávacím řízení pouze v případě, že její předpokládaná hodnota překročí finanční limit stanovený prováděcím právním předpisem (tzn. v případě tzv. nadlimitních veřejných zakázek). Naproti tomu v případě podlimitních sektorových veřejných zakázek bude žalobce postupovat mimo režim zákona č. 134/2016 Sb.

V návaznosti na výše uvedené pak krajský soud uvádí, že podlimitní veřejné zakázce související s výkonem relevantní činnosti odpovídal právě též předmět plnění dodatku č. 1 ze dne 28. 12. 2012 vztahující se ke smlouvě o dílo uzavřené dne 15. 5. 2012 se společností MERTASTAV s.r.o. Proto podle právní úpravy účinné v době rozhodování krajského soudu by žalobce již nebyl povinen tuto veřejnou zakázku zadávat v některém z druhů v úvahu přicházejících zadávacích řízení (ve smyslu ustanovení § 3 zákona č. 134/2016 Sb.).

Krajský soud se tedy musel vypořádat s otázkou, zda má být zohledněna 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, pokud je tato pro pachatele příznivější.

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 přihlédnout 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“.

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“.

Krajský soud, vědom si skutečnosti, že tento přístup prolamuje jednu ze základních zásad přezkumu rozhodnutí správního orgánu ve správním soudnictví vyjádřenou

v ustanovení § 75 odst. 1 s. ř. s., podle níž soud vychází při přezkoumání rozhodnutí ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu, a zároveň s ohledem na vyloučení překvapivosti soudního rozhodnutí pro účastníky řízení, poučil ve smyslu § 36 odst. 1 s. ř. s. žalobce a žalovaného o tom, že v rámci přípravy věci na rozhodnutí dospěl v daném případě k závěru, že je na místě aplikovat závěry vyslovené shora rozšířeným senátem Nejvyššího správního soudu, a v tomto ohledu tedy zároveň poskytl oběma účastníkům řízení lhůtu k případnému zaujetí stanoviska ke shora uvedeným skutečnostem.

Žalobce soudu v rámci svého doplňujícího vyjádření sdělil, že se s předběžně vyjádřeným právním názorem soudu ztotožňuje. Konstatoval, že podle nové právní úpravy by již žalobce bezpečně nebyl povinen plnění kontrahované dodatkem č. 1 ke smlouvě o dílo zadávat v některém ze zadávacích řízení dle zákona č. 134/2016 Sb., a tedy by postup žalobce nebylo možno kvalifikovat jako správní delikt (přestupek). Ve věci proto je na místě aplikovat shora uvedené závěry rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu stran aplikace pro pachatele příznivější právní úpravy. Žalobce nicméně trval také na svých závěrech, že svým jednáním nenaplnil znaky správního deliktu ani v poměrech tehdy účinného zákona o veřejných zakázkách, a to z důvodů již v žalobě uvedených. Setrval proto na svém návrhu, aby krajský soud rozsudkem zrušil žalobou napadené rozhodnutí předsedy žalovaného, jakož i výroky č. I a III. jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí žalovaného, a aby správní řízení zastavil, resp. aby věc vrátil žalovanému se závazným pokynem k zastavení správního řízení; a aby žalobci přiznal náhradu nákladů soudního řízení.

Žalovaný koncipoval své doplňující vyjádření v intencích publikovaného odlišného stanoviska tří soudců rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu, kteří se s většinou rozšířeného senátu neztotožnili. Žalovaný v zásadě v celém rozsahu souhlasil s argumentací odlišného stanoviska, v němž bylo konstatováno, že ani z judikatury ESLP, ani z judikatury Ústavního soudu závěr usnesení rozšířeného senátu nevyplývá, kdy retrospektivní koncepce správního soudnictví dle § 75 odst. 1 s. ř. s. požadavkům ESLP rovněž vyhovuje a princip plné jurisdikce není projednávanou otázkou dotčen. Žalovaný tak byl přesvědčen, že citované usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu by nemělo být na posuzovanou věc aplikováno. Dle právního názoru žalovaného by krajský soud měl postupovat ústavně konformním způsobem, v intencích nezávislosti a vázanosti soudu jen zákonem, s respektem ke znění i smyslu zákonných ustanovení a v nich zakotvenému stávajícímu retrospektivnímu modelu správního soudnictví a „přihlédnout“ k pozdější příznivější právní úpravě v rámci uplatnění moderačního práva podle § 78 odst. 2 s. ř. s., v jehož rámci může rozhodnout o upuštění od potrestání zadavatele. Žalovaný připustil, že argumentace obsažená v usnesení rozšířeného senátu takový postup zpochybňuje, neboť v bodu [43] odůvodnění usnesení zmiňuje jako důsledek aplikace čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod „*prostý kasační výrok bez stopy výtky*“. Žalovaný však současně připomněl, že dle jeho názoru institut moderace z koncepčního hlediska umožňuje zohlednit všechny aspekty zmírnění trestnosti v důsledku změny právních předpisů, aniž by tím byl nepříznivě deformován stávající systém správního trestání. Žalovaný se nadto domníval, že krajský soud by se měl od právního názoru vyjádřeného v usnesení rozšířeného senátu odchýlit, kdy v opačném případě může dojít k porušení čl. 95 Ústavy. Neopomněl ani zásadní ekonomické a společenské dopady univerzální aplikace právního názoru obsaženého v předmětném usnesení. Samostatný rámec

právního a skutkového hodnocení by pak měl náležet též rozhodování o náhradě nákladů řízení, kdy ve smyslu § 60 odst. 7 s. ř. s. jsou zde dány důvody zvláštního zřetele hodné pro uplatnění moderačního pravidla, neboť to byl právě žalobce, kdo ohrozil veřejný zájem nerespektováním, potažmo porušení zákona o veřejných zakázkách. Tím žalobce způsobil zahájení správního řízení, jakož i následného řízení soudního, a to vůči pravomocnému rozhodnutí, kterým byl žalobce uznán vinným ze spáchání správního deliktu, přičemž dle přesvědčení žalovaného toto rozhodnutí ke dni svého vydání žádnou formou nezákonnosti či nesprávnosti netrpělo.

Jak již přitom krajský soud konstatoval výše, v dané věci dospěl 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 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 zákona č. 134/2016 Sb. by již žalobce nebyl povinen plnění dle uzavřeného dodatku č. 1 smlouvy o dílo zadávat v některém ze zadávacích řízení dle tohoto zákona, a tedy by jeho postup nebylo možno kvalifikovat jako správní delikt, za jehož spáchání byl v předchozím řízení postižen.

Za této situace se proto krajský soud již dále nezabýval ostatními žalobními námitkami týkajícími se zejména postavení žalobce při zadávání předmětné veřejné zakázky, rozporu ustanovení § 2 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách s unijním právem, jakož i námitkami týkajícími se nepřiměřenosti stanovené pokuty, neboť jejich posouzení se s ohledem na shora učiněné závěry stalo bezpředmětným.

V. Závěr a náklady řízení

Vzhledem ke změně právní úpravy zadávání veřejných zakázek, jež nadále nestanoví zadavatelům zadávajícím veřejnou zakázku související s relevantní činností v oblasti vodárenství povinnost postupovat podle zákona v případě podlimitních veřejných zakázek, 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 i výroků I. a III. jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí žalovaného, 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.

I přes vznesený návrh žalovaného ohledně aplikace ustanovení § 60 odst. 7 s. ř. s. krajský soud v souladu s rozsudkem Nejvyššího správního soudu (navazujícím na rozhodnutí

rozšířeného senátu) ze dne 26. 1. 2017, č. j. 5 As 104/2013 - 61, rozhodl o náhradě nákladů řízení dle ustanovení § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobce měl ve věci úspěch, a proto mu vůči žalovanému přísluší 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 18. 2. 2016, č. j. 30 Af 6/2016 - 146, přiznán), a dále v nákladech právního zastoupení v celkové výši 8 228 Kč dle vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „advokátní tarif“). V daném případě se jedná o odměnu Mgr. Jindřicha Šimberského, advokáta, za zastupování v řízení před krajským soudem, a to za dva úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení a jedno písemné podání soudu ve věci samé – podání žaloby) dle § 7, § 9 odst. 4 písm. d) a § 11 odst. 1 písm. a) a d) advokátního tarifu ve výši 6 200 Kč (2 x 3 100 Kč); a dále o náhradu hotových výdajů ve výši 600 Kč (2 x 300 Kč). Doplnující vyjádření žalobce učiněné k výzvě soudu krajský soud jako samostatné podání ve věci nehodnotil. Vzhledem k tomu, že zástupce žalobce je plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšuje se částka odměny za zastupování a náhrady hotových výdajů o částku 1 428 Kč odpovídající příslušné dani z přidané hodnoty. Celkem se tedy jedná o částku 11 228 Kč. Ke splnění uvedené povinnosti byla žalovanému stanovena přiměřená lhůta.

P o u č e n í : 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.

V Brně dne 18. prosince 2017

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu