



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Mgr. Radovana Havelce a soudců JUDr. Tomáše Rychlého a JUDr. Jaroslava Vlašína v právní věci žalobkyně: **Masarykova univerzita**, se sídlem Žerotínovo náměstí 617/9, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 26. 9. 2018, č. j. 30 Af 103/2016 – 161,

t a k t o :

- I. Návrh na položení předběžné otázky Soudnímu dvoru Evropské unie **se zamítá.**
- II. Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 9. 2018, č. j. 30 Af 103/2016 – 161, **se zrušuje** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

Odůvodnění:

[1] Předseda žalovaného svým rozhodnutím ze dne 29. 8. 2016, č. j. ÚOHS-R404/2015/VZ-35718/2016/321/BRy (dále jen „*rozhodnutí předsedy*“), zamítl rozklad žalobkyně a potvrdil rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „*Úřad*“) ze dne 13. 11. 2015, č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-39461/2015/543/MPř (dále též „*rozhodnutí Úřadu*“). Posledně uvedeným rozhodnutím Úřad uložil žalobkyni pokutu ve výši 30 000 Kč za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „*zákon o veřejných zakázkách*“).

[2] Toho se měla žalobkyně podle rozhodnutí Úřadu dopustit tím, že jako zadavatel veřejné zakázky nepostupovala v souladu s § 82 odst. 7 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, protože dne 11. 9. 2013 uzavřela s dodavatelem dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011 v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „JŘBU“). Tím rozšířila předmět veřejné zakázky – původně zadávané v otevřeném řízení – v rozsahu dodatečného plnění dle „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“, aniž k tomu byly splněny podmínky dle § 23 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách. Uvedeným jednáním žalobkyně umožnila podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

[3] Krajský soud v Brně (dále jen „*krajský soud*“) rozsudkem ze dne ze dne 26. 9. 2018, č. j. 30 Af 103/2016 – 161, rozhodnutí předsedy i rozhodnutí Úřadu zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

[4] Zrušovacím důvodem bylo, že dne 1. 10. 2016 (tedy po vydání rozhodnutí předsedy – pozn. soudu) nabyt účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „*zákon o zadávání veřejných zakázek*“), jenž podle krajského soudu obsahuje právní úpravu pro žalobkyni příznivější. K aplikaci příznivější právní úpravy byl přitom krajský soud veden na základě rozhodnutí rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2016, č. j. 5 As 104/2013 – 46, publ. pod č. 3528/2017 Sb. NSS (dále jen „*rozhodnutí RS z listopadu 2016*“). Jakkoli podle citovaného rozhodnutí rozšířeného senátu musí správní soud zkoumat, zda nedošlo ke změně zákona ve prospěch pachatele bez ohledu na to, jestli tuto otázku učinil žalobce předmětem svých žalobních námitek, sluší se pro úplnost dodat, že v dané věci tak krajský soud učinil k výslovné žalobní námitce [viz část žaloby označená rubrikou *II. c) Změna právní úpravy, možný přímý účinek Směrnice* – pozn. soudu].

[5] Krajský soud poukázal na to, že na rozdíl od původní úpravy v zákoně o veřejných zakázkách nová úprava zákona o zadávání veřejných zakázek umožňuje, aby změny závazků byly sjednány smluvně, aniž by bylo nutné provádět JŘBU. Konkrétně pak poukázal na § 222 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek.

[6] Podle tohoto ustanovení *za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se 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.

[7] Krajský soud uvedl, že tato nová právní úprava zajišťuje soulad tuzemské právní úpravy s evropskou právní úpravou a odkázal (mimo jiné) na čl. 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 (dále jen „*zadávací směrnice*“).

[8] Poukázal na to, 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 o 14 584 668 Kč bez DPH a

pokračování

dodatkem č. 3 o 2 389 462 Kč bez DPH. Celkem tedy došlo ke zvýšení ceny o 17 112 111 Kč bez DPH a součet hodnot změn dosáhl zhruba 4 % původní hodnoty závazku.

[9] Z uvedeného výpočtu je podle krajského soudu patrné, že změny závazků ze smlouvy o veřejné zakázce ve svém součtu nepřekročily limity pro *de minimis* změny podle § 222 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek. Proto by se podle právní úpravy účinné v době rozhodování krajského soudu jednalo o nepodstatnou změnu závazku, kterou by žalobce již nebyl povinen zadávat ani v JŘBU. Pro provedení takové změny by postačilo uzavření příslušného dodatku ke smlouvě.

[10] Vzhledem k uvedenému zrušovacímu důvodu se krajský soud již dále nezabýval ostatními žalobními námitkami, které se týkaly neúplně zjištěného skutkového stavu a nesprávného právního posouzení věci.

[11] Proti rozsudku krajského soudu brojí žalovaný (dále jen „stěžovatel“) kasační stížností, jejíž důvody podřazuje pod § 103 odst. 1 písm. a) a d) soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“).

[12] Předkládá v zásadě dvě kasační námitky. První brojí proti způsobu výpočtu „hodnoty změny“ veřejné zakázky, který užil krajský soud v napadeném rozsudku (viz odstavce [8] výše). V druhé vytýká krajskému soudu, že vycházel ze skutkových zjištění ohledně obsahu dodatků č. 1 a č. 2, které však nejsou součástí správního spisu. Stěžovatel nečinil ve správním řízení skutková zjištění ohledně změn provedených jinými dodatky (než dodatkem č. 3, za jehož uzavření byla žalobkyně poškozena rozhodnutím Úřadu – pozn. soudu). Krajský soud neprovedl vlastní dokazování a není tak zřejmé, o jaké důkazy opřel svá skutková zjištění.

[13] Co se týče první námitky, stěžovatel zdůrazňuje, že v § 222 odst. 4, 5, 6 a 9 zákona o zadávání veřejných zakázek se užívá pojem „hodnota změny“, zatímco odst. 9 téhož ustanovení užívá též pojem „celkový cenový nárůst“. Rozdílné pojmy musejí mít různý význam a pro zjištění „hodnoty změny“ nelze užít totožný početní vzorec jako pro zjištění „celkového cenového nárůstu“. Poukazuje na to, že krajský soud při svém výpočtu „hodnoty změny“ prostě odečetl hodnotu „méněpráci“ od hodnoty „vícepráci“. Takový postup je však nesprávný, protože by umožnil ignorovat podmínky dle § 222 odst. 7 zákona o zadávání veřejných zakázek. Toto ustanovení upravuje, které změny se nepovažují za podstatnou změnu závazku ze smlouvy, aniž by byly limitovány co do svého objemu.

[14] Stěžovatel dále poukazuje na nedatované výkladové stanovisko Ministerstva pro místní rozvoj k výkladu § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek (dále jen „stanovisko MMR“), které bylo konzultováno i s Evropskou komisí. Podle tohoto stanoviska je při výpočtu nutné sečíst absolutní hodnoty nového plnění (vícepráce) i cenu nevyčerpaného původního plnění (méněpráce). Stěžovatel pak dodává, že výklad krajského soudu této otázky je „kusý“, opomíjí stanovisko MMR a nezabývá se souvislostmi mezi jednotlivými odstavci § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek. Z toho dovozuje nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku pro nedostatek důvodů.

[15] Závěrem kasační stížnosti stěžovatel uvádí, že namísto toho, aby ustanovení § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek obsahovalo precizně definované pojmy, je spíše „tekutým pískem“. Proto apeluje na Nejvyšší správní soud, aby svým výkladem odstranil existující pochybnosti, aby zadavatelé měli alespoň rámcovou představu, jak ke smluvním změnám přistupovat.

[16] Žalobkyně ve vyjádření ke kasační stížnosti uvádí, že souhlasí se stěžovatelem v tom, že problematika výkladu § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek způsobuje zadavatelům potíže a nebyla dosud na úrovni Evropské unie uspokojivě vyřešena. Proto navrhuje, aby Nejvyšší správní soud položil předběžnou otázku Soudnímu dvoru Evropské unie (dále jen „SDEU“). Otázka by směřovala k tomu, jak správně vypočíst „hodnotu změny“ dle čl. 72 odst. 2 zadávací směrnice (jenž je promítnut do § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek – pozn. soudu). Z téhož důvodu (význam interpretace § 222 zákona) žalobkyně požaduje přednostní projednání věci.

[17] Žalobkyně pak polemizuje s názorem stěžovatele, že otázku správně řeší stanovisko MMR. Naopak se odvolává na odborný článek o změnách smluv o veřejné zakázce v Nizozemí („*Modification of Public Contracts in the Netherlands*“; autoři Jan M. Hebla a Sander van den Boogaart), rozsáhle z něj cituje a jeho kopii též přiložila ke svému vyjádření. Tento článek podporuje stanovisko žalobkyně (a krajského soudu), že pro účely zjišťování „hodnoty změny“ je nutné méněpráce odečíst od víceprací. Na argument, že dle tohoto výkladu by bylo možné provést *de facto* změnu předmětu zakázky, reagují autoři článku tím, že zdůrazňují další podmínky *de minimis* klauzule, konkrétně absolutní limit [čl. 72 odst. 2 pododstavec i) zadávací směrnice] a podmínku, aby nedošlo ke změně celkové povahy veřejné zakázky [čl. 72 odst. 2 *in fine* zadávací směrnice].

[18] Žalobkyně pak v části II. vyjádření shrnuje svoji žalobní argumentaci a vymezuje spor mezi ní a žalovaným jako spor o to, zda dodatečné stavební práce dle dodatku č. 3 byly nezbytné pro provedení původních stavebních prací a zda jejich realizací došlo k nedovolenému rozšíření předmětu původní veřejné zakázky. Následně pak argumentuje, proč sjednané dodatečné práce byly nezbytné.

[19] Na vyjádření žalobkyně reagoval stěžovatel replikou. Uvádí, že výkladu způsobu výpočtu „hodnoty změny“, za nějž pléduje žalobkyně, nenasvědčuje výklad Evropské komise a přikládá ke své replice odpověď Evropské komise ze dne 6. 6. 2017. Evropská komise v zásadě stojí na stanovisku, že „hodnotu změny“ je třeba zjistit součtem absolutních hodnot víceprací a méněprací. Pouze pokud jsou vícepráce zaměnitelné s méněpracemi (například změna barvy z bílé na modrou) je možné brát v úvahu cenový rozdíl. Závěrem vyjadřuje svůj souhlas s položením předběžné otázky SDEU.

[20] Nejvyšší správní soud nejdříve hodnotil formální náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že byla podána včas (§ 106 odst. 2 s. ř. s.), osobou oprávněnou (§ 102, věta první s. ř. s.), proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná a za stěžovatele jedná pověřená osoba s příslušným právnickým vzděláním (§ 105 odst. 2 s. ř. s.). Nejvyšší správní soud poté přezkoumal napadený rozsudek v rozsahu podané kasační stížnosti (§ 109 odst. 3, věta před středníkem s. ř. s.)

pokračování

a z důvodů v ní uvedených (§ 109 odst. 4, věta před středníkem s. ř. s.). Ve věci přitom rozhodl bez nařízení jednání za podmínek vyplývajících z § 109 odst. 2, věty první s. ř. s.

[21] Kasační stížnost je důvodná.

[22] Z obsahu kasační stížnosti je zřejmé, že stěžovatel napadá rozsudek krajského soudu mimo jiné pro vadu nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů [§ 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.]. Nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku je přitom vadou tak závažnou, že se jí Nejvyšší správní soud musí podle § 109 odst. 4 s. ř. s. zabývat z úřední povinnosti, tedy i tehdy, pokud by ji stěžovatel sám nenamítal. Za nepřezkoumatelná pro nedostatek důvodů jsou považována zejména taková rozhodnutí, u nichž není z odůvodnění zřejmé, jakými úvahami se soud řídil při hodnocení skutkových i právních otázek a jakým způsobem se vyrovnal s argumenty účastníků řízení (srovnej například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003 – 52; všechna zde citovaná judikatura tohoto soudu je dostupná na www.nssoud.cz). Touto vadou rozsudek krajského soudu netrpí.

[23] Nepřezkoumatelnost nemůže spočívat – jak se mylně domnívá stěžovatel – v určitém výkladu neurčitého právního pojmu (zde pojmu „hodnota změny“ dle § 222 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek), ani v tom, že soud nehodnotil určitá stanoviska k tomuto výkladu (zde stanovisko MMR), nota bene za situace, při které na existenci tohoto stanoviska poukázal stěžovatel až v kasační stížnosti. Nepřezkoumatelnost není subjektivní kategorií v tom smyslu, že ji účastník řízení může úspěšně namítat s dodatečně uplatněnou argumentací, čím vším se ještě měl krajský soud podle něj zabývat a jaká další hlediska mohl vzít do úvahy. Jde o objektivně rozpoznatelnou vadu soudního rozhodnutí, která jej znemožňuje věcně přezkoumat. Krajský soud se zaměřil na posouzení, zda nová právní úprava zadávání veřejných zakázek není pro žalobkyni, jako pachatelku správního deliktu v této oblasti, příznivější. Dospěl přitom k závěru, že nová úprava je příznivější a žalobkyně by podle ní již nemohla být za daný skutek potrestána. Otázka, zda tak učinil správně, je otázkou právní. Za situace, při níž krajský soud svůj závěr řádně a srozumitelně osvětlil, mu nelze vytýkat nepřezkoumatelnost jeho rozhodnutí. Ostatně stěžovatel s názory krajského soudu věcně polemizuje a nabízí svůj (alternativní) právní pohled, což by v případě nepřezkoumatelnosti rozsudku nebylo možné.

[24] Co se týče vlastního právního posouzení věci, Nejvyšší správní soud konstatuje, že stěžovatel zaměřil v kasační stížnosti svoji pozornost na otázku výkladu § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek a korespondujícího čl. 72 odst. 2 zadávací směrnice. Již však **výslovně** nezpochybnil vlastní „podkladovou“ úvahu krajského soudu či přesněji předpoklad pro další úvahy o výkladu zmíněných ustanovení, podle něhož samotná právní úprava zákona o zadávání veřejných zakázek je pro žalobkyni jako pachatelku deliktu příznivější, než právní úprava předchozí (zákon o veřejných zakázkách), kterou aplikoval při svém rozhodování stěžovatel, respektive jeho předseda. Na druhou stranu se lze domnívat, že stěžovatel **implicitně** se závěrem krajského soudu o pozdější příznivější právní úpravě nesouhlasí, neboť v kasační stížnosti předkládá další možné varianty výpočtu „hodnoty změny“ veřejné zakázky a výkladu § 222 zákona

o zadávání veřejných zakázek, jež by v konečném důsledku mohly vést k závěru, že nová právní úprava není pro zadavatele příznivější.

[25] Pro zodpovězení otázky, zda je novější úprava vskutku příznivější, je nejprve nutné určit, co přesně se touto „příznivější právní úpravou“ míní.

[26] Podle čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (dále jen „*Listina*“), na něž se odvolává rozhodnutí RS z listopadu 2016, *trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.*

[27] Co se týče rozhodnutí RS z listopadu 2016, nyní rozhodující senát předepisuje, že nesouhlasí s důvody tohoto rozhodnutí, považuje je za krajně problematické a narušující vlastní koncepci s. ř. s. (konkrétně jeho § 75 odst. 1); naopak se plně ztotožňuje s odlišným stanoviskem podle § 55a s. ř. s. soudců Jany Brothánkové, Zdeňka Kühna a Lenky Matyášové. Takto vyjádřený nesouhlas však nic nemění na judikatorní závaznosti rozhodnutí RS z listopadu 2016 a nutnosti jeho závěry aplikovat tam, kde jsou pro to splněny podmínky plynoucí ze zákona (Listiny) a z tohoto rozhodnutí.

[28] Předně z rozhodnutí RS z listopadu 2016 plyne, že pro pachatele příznivější právní úprava se sice neužije v řízení před Nejvyšším správním soudem, nicméně tento soud **z úřední povinnosti** přezkoumá závěry krajského soudu na toto téma, tedy k užití příznivější úpravy, pokud nabyla účinnosti během řízení před krajským soudem. Rozšířený senát k tomu ve svém rozhodnutí z listopadu 2016 uvedl následující: „*Nejvyšší správní soud v řízení o kasační stížnosti bez ohledu na uplatněné kasační námitky ex officio přezkoumá, zda bylo správně aplikováno právo v předcházejících řízeních. Je tedy i povinen se zabývat právním stavem a jeho případnými změnami nastalými až do okamžiku rozhodování krajského soudu a zkoumat v rámci kasačního přezkumu, zda krajský soud dostal své vlastní povinnosti zkoumat tuto otázku před svým rozhodnutím*“ (zvýraznění bylo přidáno nyní rozhodujícím senátem zdejšího soudu).

[29] K této otázce lze tedy shrnout, že Nejvyšší správní soud je povinen přezkoumat zákonnost rozsudku krajského soudu (a tedy i nyní napadeného rozsudku) ve vztahu k otázce užití pro pachatele příznivější úpravy *ex officio*, bez ohledu na obsah kasační stížnosti. Nelze vyloučit, že citovaná pasáž rozhodnutí RS z listopadu 2016 mohla mířit především na situace, ve kterých krajský soud přehlédne či z jiných důvodů neaplikuje novou právní úpravu, příznivější pro pachatele. Nejvyšší správní soud by pak nutně na základě vlastní úvahy korigoval názor krajského soudu ve prospěch pachatele. Současně však není vyloučena situace do jisté míry „opačná“, za níž krajský soud naopak aplikoval pro pachatele příznivější právní úpravu, avšak aplikoval ji nesprávně. Jinak řečeno, Nejvyšší správní soud na základě uvedené zásady takto *ex officio* přezkoumá i zrušující rozsudek krajského soudu, jenž vyznívá ve prospěch užití příznivější úpravy, a tedy i ve prospěch pachatele.

[30] Nejvyšší správní soud dále rozvinul zásady dle rozhodnutí RS z listopadu 2016 ve svém pozdějším rozsudku ze dne 31. 8. 2017, č. j. 1 As 208/2016 – 35. Uvedl k tomu, že „[o]becné pravidlo přednosti pozdější příznivější úpravy je dáno pro případy, kdy **zákonodárce**

pokračování

v důsledku např. společenských změn nebo změny v poznání dopadů regulované činnosti přehodnotí potřebu regulace do té míry, že původně stanovenou povinnost zruší, stanoví v jiném (nižším) rozsahu, nebo alespoň sníží trest za případné porušení takové povinnosti“. Naopak pokud „[z]ákonodárce nebo správní orgán předem, tedy již při prvotním stanovení určité povinnosti, vymezil její rozsah cíleně pro určité konkrétní období, zatímco pro jiné období ji nestanovil vůbec nebo její rozsah vymezil odlišně (lhostejno, zda vyšší nebo nižší)“, o příznivější úpravu se nejedná, byť by i samotný rozsah povinnosti byl nižší (viz odstavec 29 rozsudku č. j. 1 As 208/2016 – 35).

[31] Výše uvedenému názoru ostatně koresponduje i celá řada pasáží rozhodnutí RS z listopadu 2016, v němž se opakovaně hovoří – v kontextu pro pachatele příznivější právní úpravy – přímo o „*dekriminalizaci*“. Je tomu tak kupříkladu v této pasáži rozhodnutí RS z listopadu 2016: „...*důsledná, široká a včasná dekriminalizace, včetně dekriminalizace rozumně zpětně působící, je jednou ze základních ústavních povinností běžného zákonodárce, přestane-li být trestnosti určitých typů jednání potřeba. Stejně tak je povinností orgánů aplikujících sankční zákony vykládat je s ohledem na tuto zásadu.*“

[32] Z výše uvedených judikatorních závěrů plyne, že princip přípustné retroaktivity ve prospěch pachatele nelze užívat paušálně a mechanicky na veškeré situace, ve kterých vlastní hmotněprávní úprava (zde veřejnoprávní úprava zadávání veřejných zakázek) obsahuje nově určité elementy, které by mohly vést ke zmírnění či omezení rozsahu povinnosti pachatele sankcionované příslušným zákonným ustanovením (platným v době rozhodování o deliktu). Naopak je zřejmé, že pokud dojde k vypuštění skutkové podstaty deliktu (tedy vlastní sankční právní normy) ze zákona, či jejímu významnému zúžení, anebo výraznému zmírnění sankce samotné, bude nutné bezpochyby novou, mírnější právní úpravu aplikovat.

[33] V nyní projednávané věci byla žalobkyně trestána za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Podle této sankční normy se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že *nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.*

[34] Podle novější úpravy [§ 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek] se zadavatel dopustí přestupku tím, že *nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.*

[35] Při porovnání obou úprav je zřejmé, že ačkoli úprava nového zákona je podrobnější a obsahuje i terminologické změny a upřesnění, odpovídající vyšší míře komplexnosti novější úpravy; objekt deliktu je stále tentýž – je jím chráněný zájem na férovosti, transparentnosti a objektivitě při zadávání veřejných zakázek při postupu zadavatele. Lze tedy shrnout, že přinejmenším trestnost činu v užším slova smyslu (předpokládající existenci sankční normy) byla zachována i v nové právní úpravě a nová právní úprava v tomto ohledu **není pro pachatele příznivější**.

[36] Co se týče sankce samotné, podle původní právní úpravy [§ 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách] byl pachatel správního deliktu ohrožen trestem až do výše *10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit*. Podle nové právní úpravy [§ 268 odst. 2 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek] je pachatel přestupku ohrožen totožným trestem (opět až do výše *10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit*). I v tomto ohledu tedy výše trestu za daný čin zůstala v nové právní úpravě shodná jako v úpravě předchozí a nová právní úprava ani v tomto ohledu **není pro pachatele příznivější**.

[37] Zbývá tedy posoudit, zda samotný *postup pro zadání veřejné zakázky* (či slovy novější úpravy *pravidla pro zadání veřejné zakázky*) byl významně liberalizován, zda příslušná sankcionovaná povinnost zadavatele byla zrušena či alespoň významně omezena [povinnost je stanovena – slovy rozsudku č. j. 1 As 208/2016 – 35 – „*v jiném (nižším) rozsahu*“].

[38] Krajský soud shledal novou právní úpravu příznivější na základě této úvahy: nejprve provedl výpočet „*hodnoty změny*“ podle § 222 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek (jenž stěžovatel rozporuje v kasační stížnosti) a dále uvedl, že „[d]le 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 stačilo uzavření příslušného dodatku ke smlouvě“ (zvýraznění přidáno – pozn. soudu).

[39] Tato úvaha však nepostačuje pro shledání vyšší míry „příznivosti“ nové právní úpravy pro pachatele. Je tomu tak proto, že žalobkyně **nebyla trestána** za to, že by neuskutečnila JŘBU. Toto řízení uskutečnila, avšak byla postižena za to, že pro takový postup nebyly dle žalovaného splněny zákonné podmínky a žalobkyně měla zadat veřejnou zakázku v jiném z druhů zadávacích řízení tak, aby o ní mohla proběhnout hospodářská soutěž mezi více dodavateli (viz například bod 48 rozhodnutí předsedy).

[40] Pro zjištění příznivosti dané úpravy je tedy nutné porovnat (kromě porovnání vlastní sankční normy a trestní sazby – viz výše) **zákonnou úpravu konkrétní právní povinnosti, jejíž porušení je sankcí postiženo**. Jak je uvedeno výše, tímto porušením povinnosti v projednávané věci nebylo to, že by žalobkyně neuskutečnila JŘBU. **Proto také není pro projednávanou věc rozhodná změna právní úpravy, při níž byla povinnost konat JŘBU vypuštěna a postačuje namísto toho prosté uzavření smlouvy (či dodatku ke smlouvě)**.

[41] Naopak v projednávaném případě je rozhodná otázka, zda žalobkyně jako zadavatel provedla dodatkem č. 3 **podstatnou změnu veřejné zakázky** a měla k tomu konat příslušné výběrové řízení, anebo naopak **zda tato změna byla nepodstatná**.

[42] K tomu je dále nutné uvést, že zákonná úprava podmínek, za kterých změna veřejné zakázky je či není „podstatná“, je velice komplexní, a nelze se omezit na výklad jednoho

pokračování

dílčího ustanovení (jednoho odstavce) zákona. Relevantní právní úprava se měnila již v průběhu správního řízení, protože s účinností od 6. 3. 2015 se změnila úprava § 23 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách (na základě novely č. 40/2015 Sb.), na což také žalobkyně upozornila v rozkladu a předseda stěžovatele tuto námitku vypořádal. Právní úprava se pak dále změnila od 1. 10. 2016, kdy vstoupil v účinnost zákon o zadávání veřejných zakázek.

[43] Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že posledně uvedená změna právní úpravy je zcela zásadní. Jak již bylo uvedeno, do velké míry opouští koncepci, podle níž byl zadavatel nucen konat JŘBU i při nepodstatných změnách zakázky. Dále stanoví – v souladu s úpravou zadávací směrnice – podmínky, za kterých bude změna zakázky považována za nepodstatnou. Tyto podmínky jsou někdy takřka shodné jako v předchozí právní úpravě [srov. § 82 odst. 7 písm. a), b) a d) zákona o veřejných zakázkách a § 222 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek]. Jindy jsou tyto podmínky rozdílné – pro projednáváný případ je zejména významné, že byla zavedena nová tzv. *de minimis* výjimka dle § 222 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek a dle čl. 72 odst. 2 zadávací směrnice, kterou aplikoval krajský soud v napadeném rozsudku.

[44] Nejvyšší správní soud připouští, že posledně uvedená výjimka se může jevit „na první pohled“ jako právní úprava příznivější pro pachatele, jíž je nutno na správní delikt retroaktivně aplikovat v intencích rozhodnutí RS z listopadu 2016. Při bližším zkoumání je však zřejmé, že takto lze chápat výjimku, pouze pokud by tam uvedený neurčitý právní pojem („*hodnota změny*“) byl vyložen určitým způsobem právě ve prospěch zadavatele (jak učinil krajský soud v napadeném rozsudku). Jak ale shodně uvádí stěžovatel v kasační stížnosti i žalobkyně ve svém vyjádření, výklad tohoto neurčitého právního pojmu a možná aplikace této výjimky není pevně ukotvena ani na úrovni práva unijního, ani na úrovni práva českého. Jinými slovy řečeno, právní úprava unijní i česká poskytuje široký interpretační prostor, jenž může vést k výkladu pro pachatele příznivému či nepříznivému. Pro různé výklady existují vhodné argumenty, které stěžovatel a žalobkyně na podporu „svých“ variant výkladu také vyložili ve svých podáních Nejvyššímu správnímu soudu.

[45] K tomu dále soud dodává, že vedle nutnosti (a) vyložit uvedený neurčitý pojem, a (b) dle takto zvoleného výkladu správně vypočíst „*hodnotu změny*“ veřejné zakázky, by bylo dále nutné pro aplikaci výjimky *de minimis* ještě splnit další podmínku, totiž (c) že daná změna *nemění celkovou povahu veřejné zakázky*. Této otázce se krajský soud v napadeném rozsudku věnoval stručně v odstavci 27, s ohledem na absenci všech relevantních podkladů ve správním spise (k tomu viz níže v odstavcích [52] až [54] tohoto rozsudku), je však toto jeho posouzení nedostatečné.

[46] Nejvyšší správní soud k této otázce uzavírá, že nová právní úprava nově a komplexně upravuje podmínky jednoduššího postupu zadavatele při nepodstatné změně veřejné zakázky a nově normuje *de minimis* výjimku umožňující tento jednodušší postup. Tyto změny **mohou být pro pachatele příznivější, avšak pouze za určitých podmínek; konkrétně pouze tehdy pokud (a) výpočet „hodnoty změny“ zakázky by byl proveden způsobem pro pachatele nejpríznivějším (odečítání hodnoty méněprací od hodnoty**

víceprací), a současně (b) by byla splněna zákonná podmínka, že změna *nemění celkovou povahu veřejné zakázky*.

[47] Nejvyšší správní soud na základě výše uvedeného konstatuje, že novou právní úpravu zákona o zadávání veřejných zakázek nelze jednoznačně označit za právní úpravu pro žalobkyni příznivější. Jinými slovy – lze připustit, že tato úprava poskytuje zadavatelům určitý interpretační prostor, v němž mohou uplatnit legitimní právní argumentaci a dovozovat aplikaci *de minimis* výjimky ve svůj prospěch. Nicméně takto „neurčitá“ nová právní úprava nemůže představovat právní úpravu (jednoznačně) „příznivější“ pro žalobkyni.

[48] Má-li totiž dopadnout „příznivější“ právní úprava na rozhodnutí ve věci správního trestání, je nutné, aby zřetelně a jasně odrážela společenský zájem a vůli zákonodárce buď určité jednání do budoucna vůbec netrestat (viz k tomu pojem „*dekriminalizace*“ opakovaně užitý v rozhodnutí RS z listopadu 2016), nebo alespoň aby sankcionovaná právní povinnost, již měl pachatel porušit, byla novou úpravou způsobem nepřipouštějícím významné výkladové problémy a jednoznačně ve prospěch tohoto pachatele změněna či modifikována, popřípadě aby za totéž jednání nově upravovala mírnější formu postihu. K tomu v projednávané věci nedošlo.

[49] Nejvyšší správní soud přitom nad rámec nutného dodává, že lze pochopit, proč krajský soud argumentaci žalobkyně přisvědčil: stěžovatel totiž na rozsáhlou žalobní argumentaci k nutnosti užít *de minimis* výjimky dle nové právní úpravy reagoval jen velmi stručně [ve vyjádření k žalobě pouze nepřipadně odkázal na § 66 písm. b) a c) zákona o zadávání veřejných zakázek – viz jeho vyjádření ze dne 5. 12. 2016, str. 8]. Podstatnou argumentaci si tedy stěžovatel „schoval“ až do své kasační stížnosti proti napadenému rozsudku. Za těchto okolností nelze krajskému soudu vytýkat, že provedl výpočet „*hodnoty změny*“ způsobem, který prosazovala žalobkyně a jenž se tehdy mohl intuitivně jevit jako správný a jediný možný. Zdejší soud ovšem nemohl kasační argumentaci pominout, a to jednak proto, že správnost užití pozdější právní úpravy ze strany krajského soudu přezkoumává z úřední povinnosti (viz odstavec [28] výše), a dále s ohledem na skutečnost, že zákaz novot ve smyslu § 104 odst. 4 s. ř. s. působí pouze ve vztahu k osobám, které byly v řízení před krajským soudem v postavení žalobce či navrhovatele, a mohly tak disponovat předmětem řízení. Žalovaný správní orgán proto může argumentovat jakýmkoli právními důvody bez ohledu na to, jaké uplatnil ve vyjádření k žalobě (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 7. 2008, č. j. 1 Ans 5/2008 – 104, či ze dne 11. 2. 2020, č. j. 8 As 339/2018 – 35).

[50] Nejvyšší správní soud nepřehlédl, že stěžovatel i žalobkyně shodně plédují za položení předběžné otázky SDEU k výkladu výjimky *de minimis*. Výrokem I. tohoto rozsudku však tento návrh zamítl. Jak vyplývá z výše uvedeného, otázka výkladu neurčitých pojmů a řádného výpočtu „*hodnoty změny*“ dle této výjimky není otázkou rozhodnou pro nyní projednávanou věc. V nyní souzené věci je totiž předmětem řízení o kasační stížnosti přezkum zákonnosti napadeného rozsudku. Rozhodnou otázkou v nynějším řízení je to, zda krajský soud správně užil příznivější úpravy, jak je pojednáno výše.

pokračování

[51] Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že krajský soud pochybil, pokud hodnotil novou právní úpravu jako příznivější. Jakkoli nelze zpochybnit objektivní zájem na právní jistotě zadavatelů a dodavatelů ohledně přesné aplikace *de minimis* výjimky a s tím souvisejících otázek, není úlohou tohoto soudu, aby zajišťoval tuto právní jistotu prostřednictvím předběžné otázky nad rámec rozsahu přezkumu napadeného rozsudku. Podle doporučení SDEU pro vnitrostátní soudy o zahájení řízení o předběžné otázce (2016/C 439/01) „[s]oudy členských států mohou Soudnímu dvoru položit otázku týkající se výkladu nebo platnosti unijního práva, **považují-li rozhodnutí Soudního dvora o této otázce za nezbytné k vynesení svého rozsudku** (viz čl. 267 druhý pododstavec SFEU)“ (zvýraznění bylo přidáno). Jak je patrné z výše uvedeného výkladu, rozhodnutí SDEU o otázce výkladu výpočtu „*hodnoty změny*“ v projednávané věci nezbytné není. Pro úplnost lze dodat, že s ohledem na uvedené Nejvyšší správní soud nerozhodoval tuto věc přednostně ze závažných důvodů ve smyslu § 56 odst. 1 s. ř. s., jak navrhovala žalobkyně ve vyjádření ke kasační stížnosti. Tyto důvody totiž neshledal. O kasační stížnosti proto rozhodl podle pořadí, v jakém k němu došla (viz již citovaný § 56 odst. 1 s. ř. s.). Ostatně žalobkyně požadovala přednostní projednání věci právě jen kvůli položení předběžné otázky SDEU, k tomuto kroku ovšem soud nepřistoupil, jak bylo rozvedeno výše.

[52] Co se týče druhé kasační námitky stěžovatele, totiž že krajský soud prováděl výpočet „*hodnoty změny*“ bez opory ve správním spise, tato kasační námitka je důvodná. Předně námitka sama vhodně ilustruje nástrahy precedenční závaznosti rozhodnutí RS z listopadu 2016. Krajský soud v projednávané věci – v souladu se zmíněným rozhodnutím – usiloval o aplikaci komplexní nové úpravy na existující pravomocné správní rozhodnutí, přijaté podle právní úpravy předchozí.

[53] Pokud by správní orgány aplikovaly již „nový“ § 222 na projednávaný případ, musely by provést vlastní výpočet „*hodnoty změny*“ a zjistit příslušné dílčí hodnoty víceprací a méněprací, které by vstupovaly do tohoto výpočtu. Takové zjištění by muselo mít oporu ve správním spise (§ 17 odst. 1 správního řádu) a veškeré dodatky ke smlouvě o dílo by nutně představovaly podklady pro správní rozhodnutí (§ 50 odst. 3 správního řádu). V projednávané věci však správní orgány aplikovaly předchozí úpravu zákona o veřejných zakázkách a tento výpočet proto ani nemohly samy provádět. Správní spis tak logicky neobsahuje relevantní podklady, z nichž by bylo možné příslušné hodnoty dovodit. Krajský soud je tak zřejmě dovozoval především jen z vyjádření žalobkyně v žalobě, přičemž stěžovatel tyto konkrétní okolnosti (hodnotu jednotlivých změn veřejné zakázky ve smyslu zvýšení její ceny na základě dílčích dodatků k původní smlouvě o dílo) v řízení před krajským soudem nezpochybňoval. To by samo o sobě obecně mohlo obstát, avšak nikoli za dané situace, při níž nešlo jen o samotný číselný výpočet „*hodnoty změny*“, ale rovněž o posouzení změny *celkové povahy* původní veřejné zakázky. Stěží by bylo možné aprobovat závěry krajského soudu učiněné bez patřičných podkladů, to znamená bez příslušných dodatků (č. 1 a č. 2) ke smlouvě o dílo z roku 2011, projektové dokumentace, technických zpráv apod. Tyto podklady přitom správní spis neobsahuje, jeho obsahem jsou pouze příslušné dokumenty vztahující se k dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo a k pracím a stavebním úpravám s tím souvisejícím.

[54] Za této situace měl krajský soud – pokud již chtěl sám zjišťovat „*bodnotu změny*“ dané zakázky a rovněž náležitě posoudit, zda změny byly způsobilé modifikovat celkovou povahu veřejné zakázky – provést příslušné dokazování tak, aby spolehlivě zjistil skutkový stav, o němž opřel svoje závěry v napadeném rozsudku. Pokud tak neučinil, zatížil řízení vadou, která mohla mít vliv na zákonnost rozsudku. Ovšem vzhledem k tomu, že Nejvyšší správní soud dospěl k závěru o nesprávnosti samotné aplikace nové úpravy zákona o zadávání veřejných zakázek na projednávanou věc, je tato otázka v dalším řízení před krajským soudem již bezpředmětná. Byť se může postup krajského soudu jevit na první pohled jako správný, při bližším zkoumání neobstojí právě proto, že krajský soud se ve snaze aplikovat novější a potenciálně příznivější právní úpravu věnoval otázkám, pro jejichž vyřešení neměl potřebnou oporu ve správním spise a kterými se správní orgány v předcházejícím průběhu řízení vůbec nezabývaly. Tím výrazně překročil meze soudního přezkumu. Při aplikaci závěrů rozhodnutí RS z listopadu 2016 nelze jít tak daleko, že správní soud v podstatě nahradí roli správního orgánu a bude komplexně rozhodovat o podmínkách odpovědnosti za správní delikt podle novější úpravy za současného zjišťování „nového“ skutkového stavu (či jeho zásadního doplnění zcela mimo rámec toho, co bylo předmětem dokazování ve správním řízení). Použití pozdější příznivější právní úpravy ve správním trestání musí být omezeno na situace rozpoznatelné bez větších obtíží a nevyžadující rozsáhlé doplňování dokazování a složité právní posouzení (viz výše odstavec [48] tohoto rozsudku).

[55] S ohledem na výše uvedené Nejvyšší správní soud uzavírá, že krajský soud posoudil rozhodnou otázku nesprávně, pokud právní úpravu § 222 odst. 4 posoudil jako úpravu příznivější pro žalobkyni jako pachatele správního deliktu.

[56] Nejvyšší správní soud proto napadený rozsudek krajského soudu podle § 110 odst. 1, věta první s. ř. s. zrušil a vrátil mu věc k dalšímu řízení. Krajský soud v něm bude vázán právním názorem vysloveným v tomto rozsudku (§ 110 odst. 4 s. ř. s.). V dalším řízení tedy především posoudí žalobní námitku týkající se zde posuzované otázky příznivější právní úpravy ve světle názorů uvedených v tomto rozsudku, a dále pak vypořádá další žalobní námitky žalobkyně. Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že uvedeným nijak nepředjímá řešení těchto ostatních žalobních námitek, neboť jejich důvodnost či nedůvodnost teprve bude předmětem dalších úvah krajského soudu.

[57] Krajský soud rozhodne v novém rozhodnutí rovněž o nákladech řízení o této kasační stížnosti (§ 110 odst. 3, věta první s. ř. s.).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** přípustné opravné prostředky (§ 53 odst. 3 s. ř. s.).

V Brně dne 14. srpna 2020

Mgr. Radovan Havelec
předseda senátu

pokračování

3 As 140/2018 - 70