



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Ondřeje Mrákoty a soudkyň Michaely Bejčkové a Zuzany Břízové v právní věci žalobce: **statutární město Děčín**, se sídlem Mírové nám. 1175/5, Děčín, zastoupeného Mgr. Narcisem Tomáškem, advokátem se sídlem U Starého mostu 111/4, Děčín, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 24. 11. 2016, čj. ÚOHS-R80/2016/VZ-46669/2016/322/LKa, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 14. 6. 2018, čj. 62 Af 10/2017-63,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Žalovaný dne 17. 2. 2016 rozhodl, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, tím, že nedodržel postup dle § 82 odst. 7 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, neboť uzavřením dohody o narovnání s vybraným uchazečem změnil ekonomickou rovnováhu uzavřené smlouvy o dílo ve prospěch vybraného uchazeče a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Dohodou o narovnání s vybraným uchazečem žalobce snížil vyčíslenou smluvní pokutu za prodlení z částky 6 800 000 Kč na 1 740 739 Kč. Za spáchání správního deliktu byla žalobci uložena pokuta ve výši 40 000 Kč. Proti tomuto rozhodnutí

podal žalobce rozklad, který předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 24. 11. 2016 zamítl a rozhodnutí žalovaného potvrdil.

[2] Proti rozhodnutí předsedy žalovaného brojil žalobce žalobou, kterou krajský soud v záhlaví označeným rozsudkem zamítl.

II. Kasační stížnost a vyjádření žalovaného

[3] Žalobce (dále jen „stěžovatel“) napadl rozsudek krajského soudu kasační stížností. Namítl, že nebyl dostatečně zjištěn skutkový stav. Podle stěžovatele měl žalovaný i krajský soud při zjišťování skutkového stavu vzít v úvahu i motivy stěžovatele k uzavření smlouvy o narovnání (např. případnou moderaci smluvní pokuty soudem, skutečnost, že prodlení zhotovitele nastalo z důvodů, které nelze přičítat jen jemu, atd.). Stěžovatel dále uvedl, že nemohl předvídat všechny eventuality při plnění veřejné zakázky, a proto stanovil výši smluvní pokuty tak, aby mohl pružně reagovat na nastalé eventuality při jejím plnění. Uchazeči o veřejnou zakázku si měli být případně vědomi, že smluvní pokuta k jednotlivým částem díla může být moderována pro její nepřiměřenost. Stěžovatel dále konstatoval, že bylo povinností žalovaného, pokud jeho jednání považoval za ohrožovací delikt, aby předestřel logickou a objektivizovanou hypotézu potenciality vlivu na výběr nejvhodnější nabídky. Této povinnosti žalovaný nedostál, neboť pouze uvedl, že výše smluvní pokuty mohla ovlivnit nabídky jednotlivých uchazečů. Stěžovatel se domnívá, že potenciální uchazeči o veřejnou zakázku zvažují před podáním nabídky celou řadu věcí. Stěžovatel cílil na velké, spolehlivé a zkušené uchazeče, kteří měli prostředky k provedení díla. Podotkl, že primárně by se do zadávacího řízení v souladu s principem poctivosti měli hlásit právě uchazeči s dostatečnými prostředky, a proto výše smluvní pokuty nemůže mít vliv na výši podané nabídky.

[4] Stěžovatel také namítl, že je dvakrát trestán za totožné jednání, neboť za stejné jednání byl již potrestán sankcí ve formě zkrácení dotace ve výši 25 %.

[5] Stěžovatel navrhl, aby NSS napadený rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[6] Žalovaný uvedl, že žádná eventualita nemůže odůvodňovat změnu smlouvy způsobem, který nebyl v původních zadávacích podmínkách předpokládán a mění ekonomickou rovnováhu, která plyne z původního smluvního vztahu vzniklého za podmínek zadávacího řízení, ve prospěch jednoho z uchazečů. Žalovaný upozornil na to, že vybraný uchazeč byl v prodlení s podstatnou částí poskytovaného plnění veřejné zakázky. Podle žalovaného představuje zmírnění smluvní sankce v projednávané věci podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách.

[7] Podle názoru žalovaného mohla výše smluvní pokuty odradit potenciální uchazeče o veřejnou zakázku od podání nabídky, případně uchazeči mohli výši smluvní pokuty zohlednit v nabídkových cenách.

pokračování

[8] Žalovaný dále konstatoval, že zkrácení dotace je mířeno na ochranu veřejných rozpočtů, kdežto chráněným zájmem z pohledu zákona o veřejných zakázkách je zájem na dodržování závazných pravidel zadávacího řízení. Žalovaný se proto domnívá, že bylo rozhodováno o dvou rozdílných skutcích.

[9] Žalovaný navrhl, aby NSS kasační stížnost zamítl.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[10] Kasační stížnost není důvodná.

[11] Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách 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.

[12] Podle § 82 odst. 7 písm. d) 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 měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.

[13] Posledně citované ustanovení bylo do zákona vloženo novelou provedenou zákonem č. 55/2012 Sb. a reprodukuje výklad pojmu „podstatná změna smlouvy“ provedený Soudním dvorem Evropské unie v rozsudku ze dne 19. 6. 2008, C-454/06 (Presstext). *„Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata. Změna původní veřejné zakázky může být rovněž považována za podstatnou, pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány... Změna může být rovněž považována za podstatnou, jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána“* (body 35 až 37 citovaného rozhodnutí).

[14] Současně je vhodné podotknout, že § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách upravuje „jen“ otázku podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, která byla uzavřena s vybraným uchazečem. Jedná se tedy jen o jeden z mnoha případů nedodržení postupu dle zákona o veřejných zakázkách ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Pod které písmeno § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách bude možné konkrétní nedodržení zákona o veřejných zakázkách zařadit, bude vždy záviset na individuálních okolnostech každého případu.

[15] Pro takové hodnocení bude významné rovněž posouzení zájmů chráněných jednotlivými písmeny § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách. Ustanovení § 82 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách chrání především zájem na tom, aby se zadávacího

řízení účastnil co nejširší okruh dodavatelů (uchazečů). Zájmem chráněným ustanovením § 82 odst. 7 písm. d) zákona o veřejných zakázkách je pak zájem na zachování ekonomické rovnováhy smlouvy tak, aby se nevychýlila ve prospěch vybraného uchazeče a k újmě zadavatele.

[16] S ohledem na skutečnost, že jednotlivé důvody podstatné změny smlouvy se navzájem doplňují a překrývají, bude ovšem mnohdy rozhodující důvod (resp. chráněný zájem), který nad ostatními v konkrétním případě převažuje. Proto nelze vyloučit ani případy, v nichž skutkově obdobné věci mohou být s ohledem na své konkrétní okolnosti posouzeny podle různých písmen § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách.

[17] Podle čl. XI odst. 1 smlouvy o dílo ze dne 10. 7. 2013 na akci „Revitalizace sídliště Děčín III-Staré Město, veřejné prostranství – 2. část – 1. část této 2. části“ byl zhotovitel (vybraný uchazeč) povinen uhradit smluvní pokutu ve výši 50 000 Kč za každý den prodlení s provedením kterékoliv části díla.

[18] Z čl. I odst. 2 dohody o narovnání ze dne 16. 6. 2014 vyplývá, že stěžovatel dopisem ze dne 14. 4. 2014 uplatnil u zhotovitele (vybraného uchazeče) nárok na smluvní pokutu ve výši 6 800 000 Kč z důvodu prodlení s dokončením a předáním osmi částí díla v rámci akce „Revitalizace sídliště Děčín III - Staré Město, veřejné prostranství - 2. část - 1. část této druhé části“. Z dohody o narovnání dále vyplývá, že doba prodlení s dokončením a předáním částí díla byla v rozsahu 92 až 136 dnů; z toho pět částí díla bylo dokončeno a předáno se zpožděním 103 dnů oproti smluveným termínům. Strany dohody o narovnání se podle jejího znění dohodly, že původní smluvní pokutu nahrazují novou smluvní pokutou ve výši 1 740 739 Kč.

[19] Stěžovatelem původně požadovaná smluvní pokuta ve výši 6 800 000 Kč odpovídá 136 dnům prodlení (50 000 Kč za den prodlení), narovnáním nově stanovená výše smluvní pokuty při délce prodlení 136 dnů odpovídá v přepočtu na jeden den částce 12 799,55 Kč.

[20] Podle čl. I odst. 3 dohody o narovnání „...zhotovitel shora uvedenou smluvní pokutu neuznává, neboť namítá, že k prodlení s dokončením a předáním shora uvedených částí díla nedošlo výhradně z důvodů, za které by byl odpovědný pouze zhotovitel, a dále namítá, že smluvní pokuta není přiměřená“. V čl. I odst. 4 pak je k důvodu snížení výše smluvní pokuty z 6 800 000 Kč na 1 740 739 Kč (čl. II odst. 1) uvedeno: „...s ohledem na skutečnost, že mezi stranami je sporné, v jaké výši (s ohledem na přiměřenost) a za jakou dobu prodlení s dokončením jednotlivých částí díla vznikl objednateli nárok na smluvní pokutu podle smlouvy o dílo, dohodly se strany na narovnání uvedeném v následujícím článku této dohody“.

[21] NSS ve shodě se žalovaným a krajským soudem konstatuje, že smluvní ujednání, jímž zadavatel změnil smlouvu na veřejnou zakázku uzavřenou v souladu se zadávací dokumentací s vybraným uchazečem tím, že oproti původně sjednané částce za každý den prodlení ve výši 50 000 Kč bude nově požadovat pouze částku 12 799,55 Kč (tj. cca pouhých 25,6% z původně sjednané smluvní pokuty) za každý den prodlení, představuje podstatnou změnu práv a povinností ze smlouvy.

pokračování

[22] Ekonomickou nerovnováhu je přitom možné shledat právě např. v situaci, v níž zadavatel s vybraným uchazečem smluvně upustí od části plnění, ale cena za plnění veřejné zakázky zůstává nezměněna [viz komentář k § 222 odst. 3 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (PODEŠVA, Vilém a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. *Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016); ačkoli se citovaný komentář vztahuje k novější právní úpravě týkající se veřejných zakázek, lze z něj vycházet, neboť znění § 82 odst. 7 písm. d) zákona o veřejných zakázkách a § 222 odst. 3 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek je v podstatě totožné]. V uvedeném vzorovém příkladu je vybraný uchazeč nedůvodně zvýhodněn. Tímto způsobem lze nahlížet i na projednávanou věc.

[23] Termín dodání (včetně smluvních sankcí za jeho nedodržení) představuje jeden ze zásadních parametrů veřejné zakázky, na základě něhož dodavatelé zvažují svou účast v zadávacím řízení a podobu svých nabídek. Jakákoliv významnější změna těchto parametrů veřejné zakázky by měla být s ohledem na smysl a účel ustanovení § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách v zásadě vyloučena. Termín dodání a smluvní pokuta včetně její výše, která je spojena s jeho nedodržením, může podstatně ovlivnit, jakým způsobem budou potenciální uchazeči o veřejnou zakázku vážit zisk, náklady a rizika, jež jsou spojena s účastí v zadávacím řízení. V určitých případech se pak může stát, že za stanovených podmínek pro potenciálního uchazeče o veřejnou zakázku bude účast v zadávacím řízení z ekonomického hlediska neatraktivní, případně tomu přizpůsobí své nabídky (srov. rozsudek NSS ze dne 31. 1. 2019, čj. 10 As 39/2018-37).

[24] V projednávané věci podstatnou změnou výše smluvní pokuty byla vytvořena ekonomická nerovnováha ve prospěch vybraného uchazeče ve smyslu § 82 odst. 7 písm. d) zákona o veřejných zakázkách - vybraný uchazeč byl nedůvodně zvýhodněn. Je nutné zdůraznit, že dotčeným narovnáním se stěžovatel (zadavatel) ke své újmě vzdal práva na většinu smluvní pokuty, což je ve zjevném rozporu s efektivním vynakládáním veřejných prostředků a smyslem zákona o veřejných zakázkách.

[25] V této souvislosti neobstojí námitky stěžovatele, že prodlení zhotovitele nastalo z důvodů, které nelze přičítat jen zhotoviteli. Nelze přehlédnout, že stěžovatel ve správním řízení ani v řízení před soudy nijak nekonkretizoval důvody, které k prodlení zhotovitele údajně vedly (důvody nejsou konkretizovány ani v dohodě o narovnání). Stěžovatel ostatně ani nerozvedl svou argumentaci, která se týkala údajné nepřiměřenosti původně sjednané smluvní pokuty. Nelze tedy než konstatovat, že stěžovatel neunesl ani své břemeno tvrzení; za této situace nemohou být jeho zcela obecné argumenty týkající se důvodů uzavření smlouvy o narovnání nijak hodnoceny.

[26] NSS rovněž nepřehlédl, že smlouva o dílo obsahuje ujednání, podle něhož např. *„Smluvní strany se osvobozují od plnění těch závazků, které nejsou splnitelné vlivem působení tzv. vyšší moci. Za vyšší moc se pokládají okolnosti vzniklé po neodvratitelných událostech mimořádné povahy, které mají vliv na plnění podle této smlouvy, např. živelné pohromy, válečné události, atp. V těchto případech se prodlužují rovněž lhůty plnění o dobu trvání takové události, pokud byly jednoznačně a prokazatelně dotčeny působením vyšší moci. Za vyšší moc se nepovažují vlivy počasí.“*, anebo *„Jestliže se [...] v průběhu provádění díla ukáže, že podklady*

specifikující předmět díla jsou nedostatečné nebo nevhodné, zavazuje se zhotovitel na takové vady podkladů specifikujících předmět díla upozornit bezodkladně objednatele a vyčkat jeho písemného pokynu. V případě, že objednatel nedá zhotoviteli písemný pokyn do 5 pracovních dnů, sjednaná doba pro provedení díla se prodlužuje o počet dní prodlení objednatele s udělením pokynu.“ Byl-li by tedy některým z důvodů, které údajně vedly k prodlení zhotovitele, důvod uvedený v právě citovaných smluvních ujednáních, nešlo by dle znění samotné smlouvy o prodlení zhotovitele, za něž by mohla být požadována smluvní pokuta, a nebyl by ani důvod k uzavření smlouvy o narovnání. Jak ovšem bylo již výše uvedeno, z tvrzení stěžovatele (ani z jiných podkladů) není ani zřejmé, z jakých konkrétních důvodů k prodlení zhotovitele vlastně došlo.

[27] Z hlediska naplnění příslušné skutkové podstaty NSS dále ve shodě se žalovaným a krajským soudem konstatuje, že kdyby potenciální uchazeči o veřejnou zakázku předem znali nyní posuzovaný postup stěžovatele, mohlo by to jistě ovlivnit jejich rozhodnutí o jejich účasti v zadávacím řízení, anebo by tomu uzpůsobili své nabídky.

[28] To by v konečném důsledku mohlo vést k tomu, že narovnáním nově nastavené smluvní podmínky mohly ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, což v sobě zahrnuje také umožnění účasti jiných dodavatelů v původním zadávacím řízení podle § 82 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách [na projednávanou věc je tedy též aplikovatelný rozsudek NSS ze dne 8. 8. 2019, čj. 9 As 153/2019-73, podle něhož *také smluvní ujednání, jímž zadavatel změnil smlouvu na veřejnou zakázku uzavřenou v souladu se zadávací dokumentací s vybraným uchazečem tím způsobem, že po vybraném uchazeči nebude oprávněn požadovat smluvní pokutu nikoliv zanedbatelné výše sjednanou za prodlení s dodáním, představuje podstatnou změnu práv a povinností ze smlouvy, která by mohla za použití v původním zadávacím řízení umožnit účast jiných dodavatelů ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách ve znění do 30. 9. 2016*].

[29] Nelze souhlasit s námitkami stěžovatele, že uchazeči o veřejnou zakázku mohli dopředu sami předpokládat, že smluvní pokuta je k jednotlivým částem díla stanovena nepřiměřeně, a měli proto počítat s tím, že tato smluvní pokuta bude moderována. Zadavatel (tj. stěžovatel) je povinen stanovit smluvní pokutu dostatečně určitě, a to i ve vztahu k jednotlivým částem díla (resp. závazků vyplývajících ze smlouvy). Uchazeči nemohou očekávat, že smluvní pokuta bude moderována, a být tak v nejistotě ohledně toho, jaká vlastně bude výsledná výše smluvní pokuty. Podmínky smlouvy musí být stanoveny dostatečně určitě a její podmínky zadavatel musí případně dopředu nastavit tak, že z ní bude zřejmé, jakým způsobem bude možné výši smluvní pokuty uzpůsobovat eventualitám, které nebylo možné dopředu předpokládat.

[30] Konečně NSS dodává, že vzhledem k tomu, že správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách zahrnuje poruchový i ohrožovací delikt, nebylo třeba konkrétně zjišťovat, zda byl skutečně ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky. Postačí, že tento výběr mohl být ovlivněn. V tomto ohledu tedy žalovaný dostatečně zjistil skutkový stav a žalovaný i krajský soud v tomto směru své závěry dostatečně zdůvodnili; s jejich závěry NSS souhlasí.

pokračování

[31] NSS tedy konstatuje, že stěžovatel naplnil skutkovou podstatu § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, protože 1) nedodržel postup stanovený zákonem o veřejných zakázkách, neboť v rozporu s § 82 odst. 7 písm. d) téhož zákona uzavřením dohody o narovnání s vybraným uchazečem změnil ekonomickou rovnováhu uzavřené smlouvy o dílo ve prospěch vybraného uchazeče, přičemž 2) tímto postupem mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

[32] K zákazu dvojího trestání v téže věci NSS s odkazem např. na rozsudek NSS ze dne 31. 3. 2015, čj. 5 As 95/2014-46, uvádí, že uložení odvodu za porušení rozpočtové kázně není trestní sankcí, tudíž se při jeho ukládání neuplatní zákonné instituty určené pro oblast správního trestání. Uvedené platí obdobně o krácení dotace a rovněž z tohoto důvodu nemůže být porušen zákaz dvojího trestání v téže věci - krácení dotace trestem není.

[33] Ke zbývajícím námitkám stěžovatele lze uvést, že shodné námitky byly uplatněny již v řízení o žalobě a krajský soud se s nimi dostatečně vypořádal. S posouzením krajského soudu se NSS ztotožňuje, a proto na jeho rozsudek v podrobnostech odkazuje.

IV. Závěr a náklady řízení

[34] Ze všech uvedených důvodů dospěl NSS k závěru, že kasační stížnost stěžovatele není důvodná, a proto ji v souladu s § 110 odst. 1 s. ř. s. *in fine* zamítl.

[35] Stěžovatel neměl ve věci úspěch, nemá proto právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti (§ 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s.); žalovanému nevznikly v tomto řízení náklady nad rámec jeho běžné činnosti.

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e n í** opravný prostředek přípustný.

V Brně dne 27. srpna 2020

Ondřej Mrákota
předseda senátu