



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Petra Mikeše a soudců Milana Podhrázkého a Jitky Zavřelové v právní věci žalobce: **město Holešov**, se sídlem Masarykova 628, Holešov, zast. Mgr. Janem Tejkalem, advokátem se sídlem Helfertova 2040/13, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 2. 9. 2016, čj. ÚOHS-R0060/2016/VZ-36572/2016/323/KKř, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 31. 1. 2019, čj. 29 Af 122/2016-62,

t a k t o :

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 31. 1. 2019, čj. 29 Af 122/2016-62, **se ruší** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Žalovaný (dále „stěžovatel“) rozhodnutím ze dne 29. 1. 2016, čj. ÚOHS-S0690/2015/VZ-03335/2016/551/DBo, uložil žalobci pokutu ve výši 15 000 Kč za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, kterého se dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 citovaného zákona, neboť na svém profilu zadavatele neuveřejnil kompletní textovou část zadávací dokumentace na veřejnou zakázku „Revitalizace ulic v Holešově“, zadávanou v otevřeném řízení. V záhlaví uvedeným rozhodnutím předseda stěžovatele zamítl rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí stěžovatele.

[2] Krajský soud v Brně v záhlaví uvedeným rozsudkem zrušil rozhodnutí předsedy stěžovatele a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Krajský soud v první řadě neuznal za řádné ty žalobní námitky, které pouze odkazovaly na předchozí podání žalobce v řízení před stěžovatelem. Zabýval se však námitkou, která směřovala do toho, že stěžovatel měl

zohlednit podle čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) pro žalobce příznivější právní úpravu. Tu podle jeho názoru představovala úprava obsažená v zákoně č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Tomu však krajský soud nepřisvědčil. Stěžovatel vydal napadené rozhodnutí dne 2. 9. 2016, ale zákon o zadávání veřejných zakázek nabyl účinnosti až 1. 10. 2016. Právní norma může založit účinky až okamžikem své účinnosti, nikoliv již okamžikem nabytí platnosti. Nicméně podle závěrů usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 16. 11. 2016, čj. 5 As 104/2013-46, č. 3528/2017 Sb. NSS, se čl. 40 odst. 6 Listiny uplatní i na řízení ve správním soudnictví, tedy na řízení o již pravomocných rozhodnutích o vině a trestu za správní delikty, pokud po právní moci takového rozhodnutí nabyla účinnosti pro pachatele deliktu příznivější úprava. Krajský soud proto posoudil, zda je úprava v zákoně o zadávání veřejných zakázek pro žalobce příznivější. Po srovnání obou úprav dospěl k závěru, že i podle nyní účinné právní úpravy existuje povinnost zadavatele uveřejňovat na svém profilu zadávací dokumentaci. Zatímco však podle zákona o veřejných zakázkách již samotné porušení povinnosti uveřejnění stanovené zákonem bez dalšího naplnilo skutkovou podstatu správního deliktu [§ 120 odst. 1 písm. b) zákona o veřejných zakázkách], v novém zákoně o zadávání veřejných zakázek zvolil zákonodárce jiný přístup. Ustanovení § 269 zákona o zadávání veřejných zakázek obsahuje taxativní výčet 6 skutkových podstat správních deliktů (nyní přestupků) týkajících se uveřejnění, mezi něž nespadá uveřejnění zadávací dokumentace. Porušení ostatních povinností lze postihovat jako „obecný“ delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) jako nedodržení pravidel stanovených zákonem. Na rozdíl od § 269 zákona o zadávání veřejných zakázek, dle něhož je skutková podstata správního deliktu naplněna již porušením zákonné povinnosti, v případě § 268 odst. 1 písm. a) musí být naplněny tři znaky správního deliktu – zadavatel nedodrží pravidla stanovená zákonem pro zadání veřejné zakázky, ovlivní nebo může tím ovlivnit výběr dodavatele, a zadá veřejnou zakázku nebo uzavře rámcovou dohodu. Podle tohoto ustanovení by tak bylo toto porušení povinnosti postižitelné pouze v případě, že by mělo nebo mohlo mít vliv na výběr dodavatele.

[3] Krajský soud proto dospěl k závěru, že pozdější právní úprava je pro pachatele příznivější, neboť rozšiřuje objektivní stránku skutkové podstaty o další okolnost. Stěžovatel ani jeho předseda nebyli povinni zkoumat okolnost, zda porušení povinnosti mělo nebo mohlo mít vliv na výběr dodavatele, jelikož dle právní úpravy účinné v době jejich rozhodování se nejednalo o součást skutkové podstaty. Ke zrušení rozhodnutí však postačí již samotná skutečnost, že pozdější právní úprava je pro pachatele příznivější, aniž by se soud zabýval tím, zda jednání žalobce naplnilo zákonné znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek či nikoliv. Toto posouzení provede v dalším řízení stěžovatel, neboť jsou to primárně správní orgány, komu přísluší zkoumat otázku naplnění jednotlivých znaků skutkové podstaty správního deliktu (přestupku).

II. Obsah kasační stížnosti, vyjádření žalobce

[4] Stěžovatel se neztotožňuje se závěrem krajského soudu, že jde o příznivější právní úpravu jen na základě obecného posouzení bez přihlédnutí ke konkrétním okolnostem posuzovaného případu, a s konstatováním, že již samotné rozšíření skutkové podstaty o další znak znamená bez dalšího existenci příznivější právní úpravy pro žalobce. Krajský

pokračování

soud částečně rezignoval na svoji přezkumnou úlohu. Tímto postupem se odklonil i od své předešlé rozhodovací praxe, neboť v rozsudku ze dne 24. 10. 2018, čj. 29 Af 101/2016-78, který se týkal též uveřejnění textové části dokumentace, se důsledně vyjádřil ke všem rozhodným skutečnostem při posuzování příznivější právní úpravy. Závěry o obecně příznivější právní úpravě lze vyslovit, ale bez vztažení na konkrétní případ a konkrétní okolnosti je takové tvrzení nepřezkoumatelné a závěr o tom, že právní úprava v zákoně o zadávání veřejných zakázek je pro zadavatele příznivější je nesprávný, resp. předčasný. Aby krajský soud mohl vyslovit závěr o příznivosti, či nepříznivosti příznivější právní úpravy, musel by nejdříve posoudit, jestli pachatel (žalobce) podle zákona o zadávání veřejných zakázek nespáchal správní delikt (přestupek). To však neučinil.

[5] Tento závěr vyplývá i z rozsudku NSS ze dne 23. 11. 2017, čj. 9 As 51/2017-41, ve kterém soud požadoval, aby nová právní úprava byla pro žalobce skutečně příznivější, protože jen v takovém má povinnost krajský soud novou právní úpravu zohlednit. Postup krajského soudu totiž vede v případě, že by i za současné právní úpravy došlo ke spáchání správního deliktu, pouze k prodloužení správního řízení.

[6] Správní soudy ztotožňují správní řízení trestní s trestním řízením a s trestáním před trestními soudy. Správní soud tak má stejně jako soud trestní vyhodnotit „změněnou“ skutkovou podstatu a zjistit naplnění všech znaků, stejně tak jak to činí soudy trestní. Nelze akceptovat částečnou dvoukolejnost, kdy se na jedné straně inspiruje trestním právem a trestním soudnictvím při posuzování „nové“ (příznivější) právní úpravy pro pachatele, ale správní soud pak rezignuje na posouzení naplnění všech znaků změněné skutkové podstaty v novém zákoně.

[7] Stěžovatel se dále domnívá, že dochází bez legitimního důvodu k prolamování § 75 s. ř. s. Listina ani Evropská úmluva o lidských právech a základních svobodách žádný legitimní důvod k prolomení tohoto ustanovení neobsahuje. Z trestní judikatury jasně vyplývá, že zásada vyplývající z čl. 40 odst. 6 Listiny má svoje limity. Limitem pro uplatnění této zásady je existence pravomocného rozhodnutí o vině a trestu.

[8] Stěžovatel proto navrhl, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[9] Žalobce se k podané kasační stížnosti vyjádřil tak, že krajský soud nerezignoval na svoji přezkumnou funkci, neboť v souladu s § 75 odst. 2 s. ř. s. soud napadené výroky rozhodnutí přezkoumával v mezích žalobních bodů. Krajskému soudu tak nepřislušelo přezkoumávat, zda zadavatel naplnil svým jednáním všechny znaky skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek, ale toliko to, zda pozdější právní úprava je pro žalobce příznivější. To, že skutková podstata je širší než v předchozí právní úpravě, znamená, že se nepochybně jedná o příznivější právní úpravu. Samotné posouzení a kvalifikace postupu zadavatele však přísluší stěžovateli. V opačném případě by krajský soud zastupoval úlohu stěžovatele a současně by byl žalobce krácen na svých možnostech opravných prostředků. Mohl by totiž podat pouze mimořádný opravný prostředek v podobě kasační stížnosti. Tehdy, kdy se určité jednání žalobce má nově posuzovat podle zcela jiného ustanovení, je zřejmé, že toto rozhodnutí by mělo být vydáno na základě řádně proběhnuvšího řízení před správním orgánem. Obě rozhodnutí

stěžovatele navíc nemohou obstát ani z toho důvodu, že přímo ve výroku prvostupňového rozhodnutí je odkaz na ustanovení správního deliktu podle zákona o veřejných zakázkách, jehož se měl zadavatel dopustit. Vzhledem k tomu, že výrok prvostupňového rozhodnutí odkazuje na ustanovení zákona, který se neměl použít, jsou obě rozhodnutí stěžovatele stížena vadou zakládající jejich nezákonnost, a jako taková tedy musí být zrušena.

[10] Z prvostupňového rozhodnutí stěžovatele, v části odůvodňující výši uložené pokuty, také vyplývá, že stěžovatel dospěl k závěru, že žalobce nikterak neomezil hospodářskou soutěž jako takovou. Tím tedy nebyla naplněna podmínka potenciality ovlivnění výběru dodavatele, což je třetí znak skutkové podstaty, kterou měl dle názoru stěžovatele krajský soud přezkoumat. Pokud již v dřívějším rozhodnutí stěžovatel konstatoval, že k omezení hospodářské soutěže nedošlo, jeví se jako nadbytečné, aby krajský soud tuto otázku zkoumal, když nebyla předmětem sporu. S tímto závěrem se ztotožnilo i rozhodnutí o rozkladu. Žalobci tak není jasné, čeho chce stěžovatel kasační stížností dosáhnout, protože jediným argumentem je posouzení naplnění jednoho znaku skutkové podstaty, které již sám stěžovatel provedl.

[11] Již v průběhu správního řízení se žalobce opakovaně vyjádřil k tomu, že v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny měl stěžovatel povinnost přihlédnout k pozdější právní úpravě, která byla v době vydání druhostupňového rozhodnutí již platná. Stěžovatel v době vydání druhostupňového rozhodnutí měl znát platné právo a měl postupovat v souladu s takovým právním stavem, že v zákoně o zadávání veřejných zakázek zákonodárce dekriminalizoval přestupek při uveřejňování textové části zadávací dokumentace. Dekriminalizaci přestupku při uveřejňování textové části zadávací dokumentace došlo k zániku materiální stránky tohoto přestupku, byť daná úprava ještě nenabyla účinnosti. Závěrem navrhl kasační stížnost zamítnout.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[12] Podstatou sporu před Nejvyšším správním soudem je vyřešení sporu, zda se má krajský soud při posuzování toho, zda se má ve smyslu čl. 40 odst. 6 Listiny uplatnit pro žalobce příznivější právní úprava, zabývat touto otázkou toliko v abstraktní rovině, nebo zda má sám posoudit novou právní úpravu s ohledem na konkrétní skutkové okolnosti.

[13] Nejvyšší správní soud se naopak nemůže vyjadřovat k námitkám žalobce, že se danou otázkou měl zabývat již stěžovatel v rámci správního řízení. Nejvyšší správní soud je vázán důvody kasační stížnosti, nejde-li o zákonem výslovně předvídané výjimky (§ 109 odst. 4 s. ř. s.). Nepřísluší mu tak se v tomto řízení jakkoliv vyjadřovat k jiným závěrům krajského soudu, než které byly napadeny kasační stížností.

[14] Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že kasační stížnost je důvodná.

[15] Se stěžovatelem nelze souhlasit, že se krajský soud odchýlil od svého dřívějšího rozsudku čj. 29 Af 101/2016-78. V něm totiž dospěl ke stejnému závěru, že postačuje abstraktní výhodnost nové právní úpravy ve prospěch pachatele. Následně však uvedl: „*Pro úplnost je nutné uvést, že žalovaný (ani předseda žalovaného) neměl povinnost tuto okolnost z hlediska viny zkoumat (dle aplikované právní úpravy se nejednalo o součást znaku skutkové*

pokračování

podstaty). I přesto se tímto aspektem žalovaný (i předseda žalovaného) zabýval, a to na základě žalobcem uplatněných námitek. Soud proto může přezkoumat jejich závěry i v tomto ohledu.“ K plnému přezkumu tedy přistoupil jen kvůli tomu, že se podle něj takovou otázkou stěžovatel v dané věci nad rámec svých povinností zabýval, zatímco v nyní posuzované věci dospěl k závěru opačnému.

[16] Podle čl. 40 odst. 6 Listiny platí, že *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.* Věta druhá zakotvuje tzv. zásadu příkazu retroaktivity ve prospěch pachatele. Stejně pravidlo je promítnuto i do aktuálně účinného zákona upravujícího správní trestání, tedy do zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, který v § 2 odst. 1 stanoví, že *odpovědnost za přestupek se posuzuje podle zákona účinného v době spáchání přestupku; podle pozdějšího zákona se posuzuje jen tehdy, je-li to pro pachatele přestupku (dále jen "pachatel") příznivější.*

[17] Již z jazykového výkladu daných ustanovení vyplývá, že základním pravidlem je posuzování odpovědnosti za přestupek (dříve i správní delikt) podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdější zákon se má použít jen tehdy, pokud je to pro pachatele příznivější. Jinými slovy, pokud pozdější zákon pro pachatele příznivější není, ať již proto, že je pachatele buď méně příznivý, nebo by vedl ke stejnému výsledku, pak se má použít zákon účinný v době, kdy byl skutek spáchán.

[18] K tomu, jak má být toto pravidlo aplikováno ve správním soudnictví se podrobně vyjádřil rozšířený senát usnesení čj. 5 As 104/2013-46, z něž vycházel i krajský soud. Rozšířený senát v přijaté právní větě uvedl: *„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, kdy zákon, kterého bylo použito, byl po právní moci správního rozhodnutí změněn nebo zrušen, je povinen přihlídnout k zásadě vyjádřené ve větě druhé čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, podle níž se trestnost činu posoudí a trest ukládá podle právní úpravy, která nabyla účinnosti až poté, kdy byl trestný čin spáchán, je-li to pro pachatele příznivější.“*

[19] V tomto směru je tak v první řadě třeba odmítnout námitku stěžovatele, že dochází bez legitimního důvodu k prolamování ustanovení § 75 s. ř. s., který ukládá správnímu soudu vycházet při přezkumu rozhodnutí správního orgánu ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu. Rozšířený senát se této otázce v uvedeném usnesení velmi podrobně věnoval, neboť byla stěžejní pro učinění shora uvedeného závěru. Nyní rozhodující senát není oprávněn se od těchto závěrů odchýlit, pokud by ze zcela výjimečných důvodů neshledal, že by věc předložil postupem podle § 17 s. ř. s. rozšířenému senátu znovu, aby ten překonal svůj dříve zaujatý názor. Tomu by však měla odpovídat podrobná polemika stěžovatele s dříve vyslovenými závěry rozšířeného senátu. O tu se však stěžovatel ani nepokusil a namísto toho stručně setrval u obecných východisek, aniž by jakkoliv reagoval na detailní argumentaci rozšířeného senátu.

[20] Rozšířený senát se však v daném usnesení nijak konkrétně nevyjádřil k tomu, kdy je pozdější zákon pro pachatele příznivější a má tedy dojít k aplikaci zásady příkazu retroaktivity ve prospěch pachatele dle čl. 40 odst. 6 Listiny. Nicméně v bodě 43

citovaného usnesení k tomu, v jakém postavení jsou při aplikaci krajské soudy, však uvedl: *„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 nenabrazoval 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 skutkový stav správně zjištěný správním orgánem (či doplněný soudem). Důležité ovšem je, aby soud měl povinnost zkoumat, zda nedošlo ke změně zákona, bez ohledu, jestli to žalobce učiní předmětem svých žalobních námitek.“*

[21] Z těchto závěrů rozšířeného senátu je třeba dovodit, že v případě aplikace příkazu retroaktivity ve prospěch pachatele, tam kde podmínky pro jeho aplikaci nastaly až po právní moci rozhodnutí správního orgánu, není správní soud soudem přezkumným, ale nalézacím. Ohledně posouzení dané otázky se totiž musí řídit právním stavem v době svého rozhodování, byť zde takový právní stav nebyl v době rozhodování správního orgánu. Krajský soud tak v tomto případě bude z povahy věci prvním, kdo se bude danou otázkou zabývat.

[22] Zbývá proto posoudit, kdy je ve smyslu čl. 40 odst. 6 věty druhé Listiny pozdější zákon pro pachatele příznivější. K této otázce se již vyjádřil Ústavní soud. Například v nálezu ze dne 22. 1. 2001, sp. zn. IV. ÚS 158/2000, uvedl: *„Rozhodujícím kritériem pro posouzení otázky, zda použití pozdějšího zákona by bylo pro pachatele příznivější, je celkový výsledek z hlediska trestnosti, jehož by bylo při aplikaci toho či onoho zákona dosaženo, s přihlédnutím ke všem právně rozhodným okolnostem konkrétního případu. Použití nového práva je tedy pro pachatele příznivější tehdy, jestliže jeho ustanovení posuzována jako celek skýtají výsledek příznivější, než právo dřívější.“* Tento závěr pak potvrdil, i pokud jde o přestupky například v nálezu ze dne 16. 6. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 4/20.

[23] K těmto závěrům dochází i trestněprávní doktrína. Ta k tomu například uvádí: *„Konkrétní čin konkrétního pachatele je nutno takto podřadit pod všechny souhrny trestněprávních norem, které byly v účinnosti v době počínající dnem spáchání činu a končící dnem rozhodnutí ve věci. Těchto souhrnů takových norem může být i více než dva. [...] Pro pachatele bude nejpríznivější, jestliže se po porovnání souborů trestněprávních norem dospěje k závěru, že by jeho čin nenaplňoval znaky žádného trestného činu.“* (ŠÁMAL, P. § 16 [Časová působnost]. In: ŠÁMAL, P., PÚRY, F., RIZMAN, S. Trestní zákon. 6. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2004, s. 142.).

[24] Shora uvedené závěry je třeba shrnout tedy tak, že orgán, který posuzuje, zda se použije zásada příkazu retroaktivity ve prospěch pachatele, musí podřadit konkrétní čin konkrétního pachatele pod všechna relevantní ustanovení řešící přestupek, celkový

pokračování

výsledek posoudit a podle toho rozhodnout, zda je pozdější právní úprava pro pachatele výhodnější. Jak již bylo uvedeno shora, pokud úprava výhodnější není, má se použít úprava účinná v době spáchání přestupku. Pokud nová právní úprava nabude účinnosti až po vydání rozhodnutí správního orgánu, které nabude právní moci, pak musí tuto úvahu v plném rozsahu učinit krajský soud, i pokud v takovém případě bude muset posoudit i určitý aspekt, který dřívější právní úprava nestanovila. Jen tak je totiž naplněn požadavek, aby krajský soud rozhodoval v plné jurisdikci o trestním obvinění.

[25] Se stěžovatelem lze omezeně souhlasit, že tento závěr šlo dovodit i z dřívějšího rozsudku NSS čj. 9 As 51/2017-41, v něm soud mj. uvedl: „*Pouze za předpokladu, že by krajský soud nezohlednil novou právní úpravu, která by byla pro stěžovatele skutečně příznivější, by bylo nutné rozsudek z důvodu uvedeného v § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. zrušit (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 6. 2017, č. j. 4 Afs 55/2017 – 104).*“ Tento závěr se nicméně primárně vztahoval k posouzení rozdílnosti právních úprav a výslovným předmětem sporu nebyl nyní řešený problém, že právní úprava v obecné rovině příznivější je, ale není zřejmé, zda bude příznivější i pokud jde o konkrétní skutek. Nicméně i v tam posuzované věci byla právní úprava částečně odlišná a NSS věcně posoudil, zda konkrétní jednání pachatele bylo postižitelné i podle nové úpravy. Ani v dané věci soudu nepostačovala úvaha, že nová právní úprava může v některých jiných případech vést k tomu, že by stíhané jednání již postižitelné nebylo, ale posoudil konkrétní jednání pachatele podle nové úpravy.

[26] Je nerelevantní poukaz žalobce, že se proti takovému posouzení bude moci bránit případně pouze kasační stížností. Je třeba si uvědomit, že zásada příkazu retroaktivity ve prospěch pachatele je výjimkou z pravidla, že se vychází ze zákona účinného v době spáchání skutku. Zohledňuje dodatečnou dekriminalizaci stíhaného jednání od určitého okamžiku, a proto k této skutečnosti má přihlédnout ten orgán, který ve věci právě rozhoduje, protože dříve rozhodující orgány tak učinit nemohly. Neexistuje žádné právo na to, aby se touto otázkou musely nejprve zabývat správní orgány a tuto jejich úvahu následně přezkoumával soud ve správním soudnictví. Pokud by tomu tak bylo, musel by správní soud vždy zrušit rozhodnutí správního orgánu, pokud by došlo v době řízení před krajským soudem k jakékoliv změně v právní úpravě týkající se odpovědnosti za přestupek, protože by si sám nemohl učinit úvahu, zda je tato nová právní úprava pro pachatele příznivější nebo nikoliv. Tento závěr je zjevně absurdní.

[27] Nelze přisvědčit ani argumentu žalobce, že se stěžovatel věnoval již tomu, zda jeho pochybení mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Takovou úvahu krajský soud totiž vůbec neučinil a Nejvyššímu správnímu soudu proto nepřisluší takovou úvahu za krajský soud domýšlet. Krajský soud totiž naopak své závěry opřel o to, že tuto úvahu musí učinit v první řadě stěžovatel. Navíc nelze přehlédnout, že žalobce poukazuje na úvahu stěžovatele týkající se pouze výše uložené pokuty. Navíc v této souvislosti stěžovatel uvedl, že žalobce „*neomezil hospodářskou soutěž jako takovou*“, nikoliv to, že jeho jednáním nedošlo ani nemohlo dojít k ovlivnění výběru dodavatele [§ 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek].

IV. Závěr a náklady řízení

[28] Nejvyšší správní soud tedy dospěl k závěru, že kasační stížnost je důvodná. Napadený rozsudek krajského soudu proto dle § 110 odst. 1 věty první s. ř. s. zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení, v němž je v souladu s ustanovením § 110 odst. 4 s. ř. s. právními závěry uvedenými v tomto rozsudku vázán. Konkrétně musí sám posoudit, zda je novější právní úprava pro žalobce příznivější nikoliv v abstraktní rovině, ale posouzením konkrétního jednání. Pokud to bude třeba, bude muset v tomto směru případně doplnit dokazování. Nejvyšší správní soud nicméně poznamenává, že k naplnění skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek nemusí být jen poruchový, ale postačí i ohrožovací, a postačuje tedy, došlo-li k ohrožení zákonem chráněného zájmu, nikoliv nutně k jeho porušení či vzniku újmy (viz např. shrnutí judikatury k obdobné předchozí úpravě v bodech 41 až 46 rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 8. 2016, čj. 9 As 63/2016-43). Pouze v případě, že dospěje k závěru, že by jednání žalobce již podle nové právní úpravy nebylo přestupkem, přistoupí ke zrušení rozhodnutí stěžovatele.

[29] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti rozhodne v souladu s § 110 odst. 3 větou první s. ř. s. městský soud v novém rozhodnutí. Nejvyšší správní soud pro případ opakovaného zrušení rozhodnutí stěžovatele z důvodu pozdější příznivější úpravy upozorňuje na svou nedávnou judikaturu týkající se přiznávání nákladů v takovém případě (viz rozsudek NSS ze dne 13. 10. 2020, čj. 8 As 196/2018-47).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně 11. února 2021

Petr Mikeš
předseda senátu