



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Tomáše Langáška (soudce zpravodaj), soudce JUDr. Filipa Dienstbiera a soudkyně Mgr. Veroniky Baroňové v právní věci žalobce: **Vodohospodářské sdružení Turnov**, IČO 49295934, sídlem Antonína Dvořáka 287, Turnov, zastoupený Mgr. Davidem Hejzlarem, advokátem, sídlem 1. máje 97/25, Liberec, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, sídlem Masarykova 427/31, Brno, týkající se žaloby proti rozhodnutí žalovaného ze dne 10. prosince 2018 č. j. 52798/18/5000-10480-712244, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Ústí nad Labem – pobočky v Liberci ze dne 3. srpna 2020 č. j. 59 Af 10/2019 - 114,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost žalobce **s e z a m í t á .**
- II. Žalobce **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému **s e n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Vymezení případu

[1] Žalobce je svazkem obcí, který obdržel dotaci v rámci Operačního programu životní prostředí na projekt s názvem CZ.1.02/1.1.00/08.01981 Čistá Jizera I, jehož účelem byla dostavba a rekonstrukce kanalizace ve městech Turnov, Semily a Jilemnice (větší část dotace byla financována z Fondu soudržnosti EU, menší část ze Státního fondu životního prostředí).

[2] Dne 13. června 2012 byla zahájena daňová kontrola žalobce týkající s období od 1. ledna 2011 do 13. března 2012. Finanční úřad pro Liberecký kraj (dále jen „finanční úřad“) zjistil pochybení žalobce v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Čistá Jizera I – správce stavby“. Toto pochybení spočívalo v tom, že původní požadované složení týmu správce stavby (vedoucí správce stavby, 3 technické dozory investora, 2 asistenti, technický poradce, finanční poradce a právní poradce) bylo změněno dodatkem uzavřeným měsíc po podpisu smlouvy s vybraným uchazečem (nově měli tým správce stavby tvořit pouze vedoucí správce stavby, 3 technické dozory investora a koordinátor BOZP na staveništi). Nabídková cena přitom byla odvozena ze struktury týmu požadované žalobcem. Podpisem dodatku tedy došlo ke změně zadávacích podmínek (předmětu plnění veřejné zakázky). V tom finanční úřad spatřoval porušení § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, konkrétně porušení zákazu diskriminace a zásady rovného zacházení. Jelikož bylo dodržení pravidel pro zadávání veřejných zakázek podmínkou poskytnutí dotace, dopustil se žalobce porušení rozpočtové kázně podle § 44 odst. 1 písm. b) zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění účinném do 29. prosince 2011. Finanční úřad vyhodnotil pochybení žalobce jako hrubé porušení povinnosti zadat veřejnou zakázku v souladu se zadávacími podmínkami, a proto žalobci platebními výměry ze dne 6. března 2018 vyměřil odvod za porušení rozpočtové kázně do Národního fondu ve výši 1 551 459 Kč (č. j. 280014/18/2600-31472-605189) a do Státního fondu životního prostředí ve výši 91 264 Kč (č. j. 28001/18/2600-31472-605189), tj. ve výši 50 % z částky dotace použité na financování veřejné zakázky.

[3] Odvolání žalobce proti platebním výměrům zamítl žalovaný rozhodnutím označeným v návěti. Konstatoval, že v důsledku uzavření dodatku ke smlouvě s vybraným uchazečem zcela zaniklo pět pracovních pozic a jedna byla nově vytvořena, zároveň bylo upuštěno od stanovení nabídkové ceny kombinací tří postupů, které byly nahrazeny jediným kritériem. Tím se zásadně změnila původní zadávací podmínky veřejné zakázky, šlo tedy o podstatnou změnu smlouvy. Skutečnost, že jiné kontrolní orgány nezjistily v postupu žalobce pochybení, není závazná pro orgány finanční správy, jimž je svěřeno posuzování, zda nedošlo k porušení rozpočtové kázně. Výši odvodu považoval žalovaný za přiměřenou závažnosti porušení rozpočtové kázně.

[4] Žalobu proti rozhodnutí žalovaného zamítl Krajský soud v Ústí nad Labem – pobočka v Liberci (dále jen „krajský soud“) rozsudkem označeným v návěti. V první řadě uvedl, že absence výslovné úpravy změny smluv v zákoně o veřejných zakázkách účinném v době, kdy žalobce veřejnou zakázku na správce stavby zadával, neznámá, že podstatné změny smluv byly povolené. Žalobci mělo být zřejmé, že podstatná změna smlouvy je v rozporu se smyslem a účelem zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný na postup žalobce neaplikoval pozdější právní úpravu. Krajský soud dále přisvědčil žalovanému, že změna smlouvy v posuzovaném případě byla podstatná. Vymezení týmu správce stavby včetně požadovaného počtu pracovních hodin v dodatku ke smlouvě bylo natolik odlišné od zadávací dokumentace a původně uzavřené smlouvy, že lze předpokládat, že pokud by bylo součástí původních zadávacích podmínek, mohly být nabídky uchazečů jiné, popřípadě se do zadávacího řízení mohli přihlásit i jiní uchazeči. Původní požadavky na složení týmu správce stavby, jimiž se uchazeči o veřejnou zakázku řídili, byly později značně zjednodušeny. O tom, že změna smlouvy mohla mít dopad i na nabídkovou cenu,

pokračování

svědčí již to, že žalobce a vybraný uchazeč museli dodatkem ke smlouvě upravit i způsob stanovení nabídkové ceny. Skutečnost, že žalobce nenastavil pro jednotlivé pozice v týmu kvalifikační předpoklady a že v případě přetížení bylo možné tým doplnit, nepovažoval krajský soud za stěžejní. Pokud by konkrétní struktura týmu správce stavby nebyla pro žalobce podstatná, neměl ji uvádět jako jeden z požadavků v zadávací dokumentaci. Z hlediska posouzení porušení rozpočtové kázně není podstatné, zda uzavření dodatku schválil, či dokonce inicioval Státní fond životního prostředí, a že jiné kontrolní orgány neshledaly v postupu žalobce pochybení. Rovněž není podstatné, zda se v důsledku uzavření dodatku zjednodušilo vykazování poskytnutých služeb. Krajský soud proto souhlasil se žalovaným, že žalobce porušil zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace, a v důsledku toho též rozpočtovou kázeň. Výši odvodu žalovaný odůvodnil přezkoumatelným způsobem a v souladu s pokynem GFR-D-27 pro stanovení odvodů za porušení rozpočtové kázně v souladu se zásadou proporcionality. Vysoká závažnost pochybení žalobce odůvodňuje uložení odvodu na horní hranici sazby stanovené pokynem.

II. Kasační stížnost a průběh řízení o ní

[5] Žalobce (dále též „stěžovatel“) podal proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost. Namítl, že dodatek, jehož účelem bylo zjednodušení vykazování plateb za činnost správce stavby, nezměnil cenu za poskytnuté služby, předmět zakázky či rozsah požadovaných a poskytovaných služeb, nemohl tedy vést k podstatné změně smluvních podmínek. Stěžovatel považuje za zcela nepravděpodobné, že by zahrnutí dodatku do původních zadávacích podmínek mělo dopady, které popisoval krajský soud. Změny vyvolané dodatkem byly nepodstatné, změnil se pouze způsob vykazování výkonů a fakturace, veškeré podstatné parametry smlouvy zůstaly zachovány. Nabídková cena, která byla jediným hodnotícím kritériem v zadávacím řízení, nebyla dodatkem dotčena. Žalovaný neprokázal, jak by dodatek mohl ovlivnit soutěž o veřejnou zakázku. V zadávacích podmínkách nebyla zakázána kumulace jednotlivých funkcí, respektive odborných předpokladů potřebných pro výkon daných činností. Dodavatel musel v každém případě zajistit osoby schopné provést požadované činnosti. Zadávací dokumentace od počátku požadovala výkon předepsaných činností, ne konkrétní počet pracovníků, neobsahovala žádné kvalifikační požadavky na osoby, které se měly podílet na plnění předmětu smlouvy. Součástí zadávacích podmínek bylo ujednání, že o složení týmu správce stavby se bude jednat před podpisem smlouvy. Dodatek tedy představoval pouze nepodstatnou, navíc předem avizovanou (možnou) změnu smlouvy, která nemohla porušit § 6 zákona o veřejných zakázkách.

[6] Stěžovatel dále namítl, že krajský soud přistoupil k jeho argumentaci zavádějícím způsobem a nevypořádal se s jeho námitkami týkajícími se podstatných a nepodstatných změn smluv v režimu zákona o veřejných zakázkách před novelizací v roce 2012. Odkázal na expertní stanovisko Ing. M. B. R., které přiložil k odvolání a s nímž se žalovaný nijak nevypořádal. Z tohoto stanoviska vyplývá, že žalobce neporušil zákon o veřejných zakázkách. V době, kdy zadával veřejnou zakázku a uzavíral dodatek ke smlouvě, zákon o veřejných zakázkách neobsahoval ustanovení zakazující změny smluv, rozhodovací praxe

k této otázce navíc ještě nebyla ustálena. Stěžovatel trvá na tom, že žalovaný případ posuzoval optikou pozdější právní úpravy namísto toho, aby postupoval *in dubio pro libertate*. Stěžovatel neporušil zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace. Zadávací řízení bylo vůči uchazečům otevřené, o čemž svědčí i skutečnost, že se jich přihlásilo deset. Potřeba uzavřít dodatek vyvstala až následně a stěžovatel by takto postupoval vůči jakémukoli vybranému uchazeči.

[7] Stěžovatel zdůraznil, že jiné kontrolní orgány v jeho postupu neshledaly pochybení. Dodatek ke smlouvě byl uzavřen na základě požadavku poskytovatele dotace a s jeho souhlasem. Žalovaný měl vyslechnout dozorujícího pracovníka Státního fondu životního prostředí, jehož žalobce navrhoval jako svědka, a krajský soud měl přihlídnout alespoň k jeho písemnému vyjádření. Z tohoto vyjádření je zřejmé, že ani dle názoru poskytovatele dotace se v důsledku uzavření dodatku nezměnily podstatné parametry smlouvy. Stěžovatel nemůže nést důsledky nejednotného postoje poskytovatele dotace a žalovaného, taková situace porušuje jeho legitimní očekávání.

[8] Stěžovatel též namítl, že v rozhodnutích žalovaného a správce daně chybí jakákoli úvaha ohledně výše odvodu ve vztahu k intenzitě domnělého porušení zákona. Žalovaný nezdůvodnil posouzení porušení zákona o veřejných zakázkách jako „hrubě závažného“ za situace, kdy se dodatek dotkl pouze zlomku veřejné zakázky. Bez bližšího zdůvodnění byl stěžovateli stanoven odvod v nejvyšší možné výměře. Žalovaný nepřihlédl k řadě okolností, které závažnost pochybení stěžovatele snižují.

[9] Žalovaný se ve vyjádření ke kasační stížnosti plně ztotožnil se závěry krajského soudu. Zopakoval, že uzavřením dodatku ke smlouvě stěžovatel porušil § 6 zákona o veřejných zakázkách a zároveň rozpočtovou kázeň. Proporcionalitou odvodu se žalovaný zabýval. V podrobnostech žalovaný odkázal na své vyjádření k žalobě.

[10] Nejvyšší správní soud zaslal vyjádření žalovaného stěžovateli na vědomí.

III. Posouzení kasační stížnosti Nejvyšším správním soudem

[11] Nejvyšší správní soud kasační stížnost posoudil a dospěl k závěru, že není důvodná.

[12] Jak v úvodu své stížnosti upozornil sám stěžovatel, totožnou otázku jako je ta, která je předmětem tohoto řízení, Nejvyšší správní soud posuzoval v řízení sp. zn. 9 Afs 441/2018 o kasační stížnosti téhož stěžovatele proti rozsudku krajského soudu ze dne 5. prosince 2018 č. j. 59 Af 50/2017 - 163; jak konstatoval krajský soud, jednalo se o stejný skutkový stav a jediným rozdílem bylo odlišné kontrolované období. V nyní projednávané věci krajský soud ze svých dřívějších závěrů vycházel a i stěžovatel v kasační stížnosti zopakoval námitky a argumentaci z řízení sp. zn. 9 Afs 441/2018. Nejvyššímu správnímu soudu proto nic nebrání převzít závěry rozsudku ze dne 25. listopadu 2020 č. j. 9 Afs 441/2018 - 52, neboť se s nimi ztotožnil.

[13] Ohledně posouzení, zda dodatek ke smlouvě s vybraným uchazečem představoval podstatnou, či nepodstatnou změnu smlouvy, Nejvyšší správní soud odkazuje na rozsudek

pokračování

Soudního dvora EU ze dne 19. června 2008 ve věci C-454/06 *Presstetext* a na něj navazující judikaturu českých správních soudů (například rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 8. března 2018 č. j. 10 As 150/2017 - 58 či ze dne 8. srpna 2019 č. j. 9 As 153/2019 - 73). Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 9 Afs 441/2018 - 52 konstatoval, že dodatkem ke smlouvě došlo ke změně požadovaného složení týmu správce stavby tak, že byl vypuštěn požadavek na 2 asistenty, technického experta, finančního a právního poradce a naopak byla doplněna pozice koordinátora BOZP. Dále byl vypuštěn závazek stěžovatele poskytnout správci stavby své pracovníky na pozici asistentů jednotlivých staveb a technického experta. V návaznosti na to bylo také změněno ujednání týkající se stanovení ceny, odvíjející se od ocenění práce jednotlivých členů týmu. Ocenění práce vedoucího správce stavby bylo navýšeno o částky odpovídající vypuštěným položkám, jejichž ocenění bylo v zadávacím řízení stanoveno fixně stěžovatelem (asistenti, technický expert, náklady na pracoviště) i které ve svých nabídkách oceňovali uchazeči (finanční poradce, právní poradce). Ocenění práce koordinátora BOZP se ve způsobu stanovení ceny podle dodatku neobjevuje. Lze tedy shrnout, že celková cena zůstala stejná, změnil se však způsob jejího výpočtu.

[14] Pokud by tímto způsobem byly podmínky nastaveny již v zadávací dokumentaci, mohlo se přihlásit více uchazečů a stávající či noví uchazeči mohli přijít s výhodnějšími nabídkami. Jak vysvětlil již krajský soud, každý z potenciálních uchazečů si musel ujasnit, zda disponuje dostatečným počtem osob na povinně obsazované pozice v týmu správce stavby a také zda je ochoten akceptovat, že některé pozice bude obsazovat stěžovatel. Tyto úvahy, včetně ocenění práce na jednotlivých pozicích, pak byly podstatné pro rozhodnutí, zda a s jakou cenou podat nabídku. Následná změna uvedených podmínek všem potenciálním uchazečům (kromě toho vybraného) upřela možnost na ni reagovat a přijít s výhodnější nabídkou než ostatní. Změna smlouvy tedy byla jednoznačně podstatná.

[15] Stěžovatel ve své argumentaci pomíjí, že charakter změny smlouvy je třeba hodnotit optikou potenciálního vlivu na výsledek zadávacího řízení. Nestačí, že se cena zakázky nezměnila, případně že je i po odečtení sporných položek nižší než u ostatních podaných nabídek. Pokud by zadávací podmínky byly od začátku nastaveny způsobem přijatým v dodatku, uchazeči by mohli nabídnout ceny jiné, možná by se přihlásili i uchazeči jiní. Není rozhodující, že nedošlo ke změně rozsahu poskytovaných služeb, jelikož jednou z podmínek bylo také to, aby tyto služby poskytoval tým osob s konkrétní strukturou, a uchazeč, který takovýmto týmem nedisponoval, nemohl splnit zadávací podmínky. Konkrétní strukturu týmu správce stavby stěžovatel nemůže nyní označit za v podstatě lhotejnou, neboť její dodržení v zadávacím řízení vymezil jako nezbytnou podmínku a stanovil, že v návaznosti na ni musí uchazeči stanovit výši nabídkové ceny. Způsob, jakým stěžovatel nyní hodnotí význam této podmínky, neodpovídá významu připisovanému jí v zadávací dokumentaci, který byl rozhodující pro případné uchazeče o zakázku, a který je tím pádem stěžejní pro posouzení změny smlouvy.

[16] Na věci nic nemění stanovisko Ing. B. R., které stěžovatel předložil v odvolacím řízení. Toto stanovisko v podstatě odpovídá náhledu stěžovatele, s nímž se však z výše uvedených důvodů neztotožnil žalovaný, krajský soud a nyní ani Nejvyšší správní soud. Vzhledem k tomu, že žalovaný i krajský soud vyložili svůj ucelený náhled na charakter

sporného dodatku a zabývali se námitkami stěžovatele, fakticky se tak vyjádřili i k obsahu stanoviska, jejich rozhodnutí jsou tedy dostatečně odůvodněná.

[17] Nejvyšší správní soud se v rozsudku č. j. 9 Afs 441/2018 - 52 zabýval i namítaným porušením stěžovatelova legitimního očekávání. Zdůraznil, že orgány rozhodující o odvodu za porušení rozpočtové kázně jsou zcela nezávislé na výsledcích kontrol vedených podle jiných právních předpisů a jsou oprávněny posoudit si otázku dodržování povinností podle zákona o veřejných zakázkách samy (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. září 2017 č. j. 6 Afs 281/2016 - 86). Není proto podstatné, že jiné kontrolní orgány v postupu stěžovatele nezjistily pochybení.

[18] Jednání poskytovatele dotace může za určitých podmínek založit příjemci legitimní očekávání, avšak musí mít formu konkrétního ujištění. Nestačí, že poskytovatel dotace v rámci provedených kontrol a auditů nekonstatoval pochybení (rozsudek Soudního dvora EU ze dne 21. prosince 2011 ve věci C-465/10 *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre* a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. srpna 2012 č. j. 1 Afs 15/2012 - 38, č. 2713/2012 Sb. NSS). Požadavkem poskytovatele dotace na změnu smlouvy stěžovatel argumentoval zcela obecně, aniž by vysvětlil, o co se tento požadavek opíral, co sledoval a proč bylo sloučení vykazovaných služeb pod jednu položku podstatné. Takto obecné tvrzení nesvědčí o konkrétním ujištění poskytovatele dotace ve smyslu rozsudku Soudního dvora EU ze dne 25. března 2010 ve věci C-14/08 *Sviluppo Italia Basilicata*, a proto nemělo smysl ani provádět stěžovatelem navrhovaný výslech pracovníka Státního fondu životního prostředí. Pokud by se chtěl stěžovatel dovolávat svého legitimního očekávání, musel by navíc splnit podmínku, že se nedopustil zjevného porušení platné právní úpravy (srov. rozsudek Soudního dvora EU ze dne 13. března 2008 ve spojených věcech C-383/06 až C-385/06 *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening a další*).

[19] Co se týče přiměřenosti odvodu za porušení rozpočtové kázně, vychází Nejvyšší správní soud z usnesení rozšířeného senátu ze dne 31. října 2018 č. j. 1 Afs 291/2017 - 33, č. 3854/2019 Sb. NSS, z něhož vyplývá, že týká-li se porušení rozpočtové kázně oddělitelné části poskytnuté dotace, musí být odvod stanoven pouze částkou odpovídající této části, zároveň je třeba vyjít z rozumného vztahu mezi závažností porušení rozpočtové kázně a výši odvodu. Žalovaný správně postupoval podle čl. I bodu 6) přílohy 1 k pokynu GFŘ-D-27 pro stanovení odvodů za porušení rozpočtové kázně v souladu se zásadou proporcionality, který pro případ neoprávněné podstatné změny smlouvy po jejím uzavření stanoví sazbu odvodu ve výši 25 – 50 % z částky použité na financování předmětné veřejné zakázky. Konkrétní výši odvodu (na horní hranici stanoveného rozmezí) žalovaný odůvodnil závažností zjištěného pochybení, tedy tím, že dodatkem byla podstatně změněna struktura týmu správce stavby a došlo ke změně způsobu výpočtu nabídkové ceny, která byla jediným hodnotícím kritériem; uvedené skutečnosti mohly mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky a výsledek zadávacího řízení. Toto odůvodnění je v souladu s § 44a odst. 4 písm. c) rozpočtových pravidel, pokynem GFŘ-D-27 i judikaturou Nejvyššího správního soudu. Pochybení stěžovatele se týkalo celé zakázky „Čistá Jizera I – správce stavby“, nikoli jen její části. To, že v době, kdy proběhlo zadávacího řízení, zákon výslovně neupravoval změny smluv na veřejné zakázky, nemohlo mít na výši odvodu vliv, neboť podstatná změna smlouvy i tehdy porušovala zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace (viz judikaturu citovanou v bodě [13] tohoto rozsudku).

pokračování

IV. Závěr a náklady řízení

[20] Nejvyšší správní soud tedy ze shora uvedených důvodů neshledal kasační stížnost důvodnou, pročez ji zamítl podle § 110 odst. 1 věty druhé zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“). Rozhodl tak bez jednání podle § 109 odst. 2 s. ř. s.

[21] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 60 odst. 1, 5 a 7 ve spojení s § 120 s. ř. s. Žalobce neměl ve věci úspěch, nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovaný měl ve věci plný úspěch, nevznikly mu však náklady nad rámec běžné úřední činnosti, pročez se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává.

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

V Brně dne 15. února 2021

JUDr. Tomáš Langášek
předseda senátu