



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Ondřeje Mrákoty, soudkyň Michaely Bejčkové a Sylvy Šiškeové v právní věci žalobkyně: **hlavní město Praha**, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, Praha 1, zastoupená JUDr. Jiřím Hartmannem, advokátem se sídlem Sokolovská 5/49, Praha 8, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 15. 3. 2017, čj. ÚOHS-R0005/2017/VZ-0897/2017/321/EDo, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 1. 2. 2019, čj. 62 Af 48/2017-94,

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.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Žalovaný dne 15. 12. 2016 rozhodl, že se žalobkyně dopustila správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, tím, že porušila postup podle § 82 odst. 7 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť provedla podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo uzavřené dne 30. 10. 2006 s vybraným uchazečem (Metrostav a.s.) tak, že jednáním v období od 30. 3. 2009 do 24. 5. 2012 bez použití v zákoně o veřejných zakázkách upraveného druhu zadávacího řízení podstatně rozšířila předmět veřejné zakázky o stavební práce spočívající v realizaci Trojského mostu v podobě, která nebyla součástí smlouvy o dílo. Prvotní koncepce Trojského mostu byla parametry (včetně ceny) i vizuálně odlišnou stavbou. Tento postup podle žalovaného mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za to byla

žalobkyni uložena pokuta ve výši 11 000 000 Kč. Proti tomuto rozhodnutí podala žalobkyně rozklad, který předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 15. 3. 2017 zamítl a rozhodnutí žalovaného potvrdil.

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

[3] Krajský soud ve shodě se správními orgány dovodil, že žalobkyně v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách rozšířila předmět veřejné zakázky, a za porušení § 82 odst. 7 písm. a) zákona o veřejných zakázkách považoval provedení díla v odlišné podobě, než jaká byla sjednána ve smlouvě o dílo uzavřené na základě zadávacího řízení (dále též „původní smlouva“). Dané jednání přitom posoudil jako trvající správní delikt, neboť se skládalo z řady dílčích jednání, kterými žalobkyně udržovala protiprávní stav. Z tohoto důvodu také nepřisvědčil námitce prekluze, kterou žalobkyně vznesla.

II. Kasační stížnost a vyjádření žalovaného

[4] Žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) napadla rozsudek krajského soudu kasační stížností. Namítla, že krajský soud (a předtím správní orgány) nesprávně posoudil, zda k porušení § 82 zákona o veřejných zakázkách ve znění před novelou provedenou zákonem č. 55/2012 Sb. mohlo dojít pouhou realizací díla v jiné než sjednané podobě, aniž by byla změněna původní smlouva o dílo. Krajský soud a správní orgány si řádně neujasnily, v čem konkrétně má deliktní jednání žalobkyně spočívat; jejich rozhodnutí jsou proto nepřezkoumatelná.

[5] Stěžovatelka nesouhlasila se závěrem krajského soudu, že pro účely posouzení její odpovědnosti za správní delikt není podstatná změna § 82 zákona o veřejných zakázkách provedená zákonem č. 55/2012 Sb., který poprvé výslovně upravil podmínky změny smlouvy pocházející ze zadávacího řízení. Nesprávný je podle stěžovatelky též závěr krajského soudu, že se v projednávané věci jedná o trvající delikt. To se promítlo také v nesprávném posouzení začátku běhu prekluzivní lhůty.

[6] Stěžovatelka rozvedla, že krajský soud nesprávně dovodil, že skutková podstata správního deliktu byla naplněna již tím, že dílo, které bylo provedeno, se svými vlastnostmi odlišuje od díla sjednaného v původní smlouvě, přičemž není rozhodné, zda došlo k vyhotovení smlouvy, dodatku či jiného formalizovaného titulu. Stěžovatelka je přesvědčena, že krajský soud v bodu 21 odůvodnění rozsudku nedostatečně rozlišuje mezi situacím, kdy k uzavření dohody o změně smlouvy vůbec nedošlo, a situacím, kdy k takové dohodě sice došlo, ale nebylo jednoznačně prokázáno konkrétní jednání, kterým byla smlouva změněna. Zatímco v prvním případě se o protiprávní jednání jednat nemůže, protože zadavatel svým jednáním neumožnil změnu původně uzavřené smlouvy, ve druhém případě ke změně smlouvy potenciálně dojít mohlo, ale v takovém případě je třeba zkoumat, zda smlouva byla skutečně změněna a kdy se tak stalo. Krajskému soudu stěžovatelka v tomto směru vytýká, že bez dalšího aproboval závěry žalovaného. Podle názoru stěžovatelky není případný ani odkaz krajského soudu na rozsudek NSS ze dne 14. 6. 2017, čj. 7 As 135/2017-31, protože závěry v něm vyslovené se týkaly jiné skutkové a právní situace. V nyní projednávané věci nelze dovozovat, že ke změně smlouvy

ani nemusí dojít a že k naplnění objektivní stránky skutkové podstaty správního deliktu postačí, pokud dodavatel plnil své povinnosti v rozporu s uzavřenou smlouvou. K této argumentaci stěžovatelka shrnula, že ve správním řízení nebylo prokázáno žádné její jednání, které by mohlo být považováno za změnu smlouvy, která vzešla ze zadávacího řízení. Stěžovatelka tedy nemohla porušit § 82 odst. 2 větu druhou zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném před novelou provedenou zákonem č. 55/2012 Sb.

[7] Napadený rozsudek je podle stěžovatelky také vnitřně rozporný, neboť krajský soud na jedné straně dovodil, že k naplnění skutkové podstaty správního deliktu může dojít už samotnou realizací díla s jinými než původně sjednanými vlastnostmi, aniž by muselo dojít k vyhotovení „*formalizovaného titulu*“. Na straně druhé však krajský soud z § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách dovozuje, že toto ustanovení „*dopadá nejen na dobu do skončení zadávacího řízení uzavřením smlouvy, tedy fakticky zakazuje smlouvu (její návrh) měnit v době běžícího řízení, ale dopadá také na změny smlouvy po jejím uzavření. Z § 82 odst. 2 ZVZ tedy lze dovodit pravidlo, podle něhož má zadavatel povinnost uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče a do ní poté nezasahovat takovými následnými změnami smlouvy, které by měly charakter změn podstatných.*“

[8] Podle stěžovatelky jsou uvedené závěry krajského soudu ve vzájemném rozporu, protože pokud z § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách skutečně vyplývá povinnost zadavatele „*nezasahovat takovými následnými změnami smlouvy, které by měly charakter změn podstatných*“, pak je zjevné, že protiprávní jednání (objektivní stránka deliktu) spočívá v jednání zadavatele, které ústí v podstatnou změnu původní smlouvy. Zadavatel (v projednávané věci stěžovatelka) tedy nemůže naplnit skutkovou podstatu správního deliktu již tím, že dodavatel (tj. Metrostav a. s.) provede dílo v rozporu s uzavřenou smlouvou.

[9] Stěžovatelka dále rozvedla svůj nesouhlas se závěrem krajského soudu, že z hlediska její odpovědnosti za správní delikt není významná změna zákona o veřejných zakázkách provedená zákonem č. 55/2012 Sb., který nabyl účinnosti dne 1. 4. 2012, tj. před posuzovaným jednáním. Touto novelou byl do zákona o veřejných zakázkách vložen § 82 odst. 7, který za podmínek stanovených v tomto ustanovení zakazuje zadavateli umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Krajský soud dovodil, že tato novela nic nemění na tom, že ještě před nabytím její účinnosti nebyl zadavatel oprávněn změnit původně uzavřenou smlouvu - právním podkladem tohoto zákazu je § 82 odst. 2 věta druhá zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném před novelou č. 55/2012 Sb., a dále judikatura SDEU. Krajský soud nezohlednil, že svůj názor aplikuje v kontextu správního trestání a že řízení, které bylo se stěžovatelkou vedeno, je nutno pokládat za řízení o trestním obvinění ve smyslu čl. 6 odst. 2 a 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Úmluva“) a uložená pokuta je trestem ve smyslu jejího čl. 7. Odpovědnost stěžovatelky za správní delikt nemůže být vyvozena z toho, že se sice nedopustila jednání, které je zákonem výslovně označeno za trestné, avšak porušila zákaz, který je „*klíčovým a v zadavatelském prostředí samozřejmým pravidlem*“, jak mylně dovodil krajský soud.

[10] Stěžovatelka dále krajskému soudu vytkla, že nesprávně dovodil, že správní delikt, který měla spáchat, je „*správním deliktem trvajícím*“. Podle stěžovatelky vyplývá podstata

správního deliktu zásadně z toho, jak je jeho skutková podstata vymezena v zákoně, a nikoli z toho, jakým jednáním měla být naplněna. S odkazem na rozsudek NSS ze dne 4. 3. 2016, čj. 2 As 257/2015-37, a rozsudek rozšířeného senátu NSS ze dne 22. 2. 2005, čj. 5 A 164/2002-44, stěžovatelka uvedla, že podle názoru krajského soudu zákon zakazuje zadavateli uzavřít dohodu o podstatné změně smlouvy, která vzešla ze zadávacího řízení. Pak ovšem objektivní stránku správního deliktu naplňuje právní jednání (úkon), který má za následek změnu původně uzavřené smlouvy – z toho plyne, že delikt je spáchán jednorázovým, a nikoli kontinuálním jednáním zadavatele. Jednání, které je stěžovatelce kladeno za vinu, má ovšem odlišný charakter. Správní delikt, za který byla potrestána, je podle stěžovatelky spáchán v okamžiku, kdy zadavatel v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách uzavře s vybraným uchazečem dohodu o změně smlouvy vzešlé ze zadávacího řízení, kterou je nutné pokládat za podstatnou změnu smlouvy. Uzavřením takové dohody je správní delikt dokonán a zadavatel se od tohoto okamžiku žádného protiprávního jednání nedopouští. Společenská škodlivost deliktu se pak po jeho dokonání nezvyšuje, nýbrž naopak snižuje.

[11] V této souvislosti stěžovatelka rozvedla, že pokud žalovaný (a následně krajský soud) poukazuje na to, že protiprávní jednání stěžovatelky se skládalo z řady dílčích jednání, která byla mylně posouzena jako kontinuální udržování protiprávního stavu, jedná se dle stěžovatelky o záměnu pojmů zapříčiněnou právě nesprávným posouzením stíhaného deliktu jako deliktu trvajících. Podle stěžovatelky je totiž třeba rozlišovat mezi jednáním, kterým byl nastolen protiprávní stav (u trvajících deliktů) a jednáním, jímž byl tento stav dále udržován, a řadou navazujících jednání, jimiž byl nakonec dokonán (jednorázový) správní delikt. Dle názoru stěžovatelky řetězení jejího jednání, které je popsáno v žalobou napadeném rozhodnutí, nenaznačuje, že se jedná o trvajících delikt, ale je to spíše výrazem skutečnosti, že správní orgány nedokázaly na základě shromážděných důkazů identifikovat konkrétní jednání stěžovatelky, kterým byl správní delikt dokonán.

[12] Stěžovatelka v této souvislosti připomněla, že i kdyby se jednalo o trvajících delikt, měl by správní orgán jednoznačně uvést, jakým konkrétním jednáním byl správní delikt dokonán (byly naplněny všechny znaky jeho skutkové podstaty) a jakými dalšími jednáními byl udržován nastolený protiprávní stav.

[13] Stěžovatelka dále zdůraznila, že opakovaně v řízení poukazovala na to, že dodatkem č. 8 nedošlo ke stvrzení předpokládané ceny nového Trojského mostu ve výši 1 232 509 872 Kč bez DPH; částka obsažená v dodatku č. 8 představovala pouze vyčíslení investičních nákladů, nikoli dohodu o ceně nového Trojského mostu. Dodatek č. 8 proto nelze považovat za jednání, kterým by formálně došlo ke změně závazku vyplývajícího ze smlouvy o dílo, a datum jeho uzavření ani nelze považovat za datum dokonání domnělého správního deliktu stěžovatelky. Naopak dodavatel (Metrostav) se musel zaplacení prací za Trojský most v částce přesahující cenu, která byla sjednána ve smlouvě o dílo, domáhat u Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky (dále jen „Rozhodčí soud“). Ten konstatoval, že částku, která přesahuje cenu sjednanou ve smlouvě o dílo, musí stěžovatelka dodavateli zaplatit z titulu bezdůvodného obohacení.

[14] Stěžovatelka zdůraznila, že Rozhodčí soud o předběžné otázce spočívající v tom, zda stěžovatelka se společností Metrostav uzavřela, či neuzavřela zvláštní smlouvu na výstavbu nového Trojského mostu, závazně rozhodl tak, že stěžovatelka zvláštní smlouvu na výstavbu nového Trojského mostu s Metrostavem neuzavřela. Správní delikt, pro který bylo řízení vedeno, tedy není deliktem trvajícím a v důsledku toho krajský soud také nesprávně posoudil běh prekluzivní lhůty.

[15] Stěžovatelka navrhla, aby NSS rozsudek krajského soudu, jakož i rozhodnutí žalovaného, zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[16] Žalovaný se ztotožnil s rozsudkem krajského soudu, který se podle něj vypořádal s veškerými žalobními body a argumenty stěžovatelky vyvrátil. V podrobnostech zopakoval závěry uvedené v žalobou napadeném rozhodnutí a rozsudku krajského soudu.

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

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[18] Kasační stížnost není důvodná.

[19] Úvodem NSS konstatuje, že rozhodnutí správních orgánů i krajského soudu jsou přezkoumatelná, je z nich zřejmé, na základě jakých důkazů a skutkového stavu, jakož i právních úvah, správní orgány a krajský soud ke svým závěrům dospěly.

[20] Z hlediska skutkového stavu NSS ve shodě s krajským soudem a žalovaným konstatuje, že původní smlouva o dílo „Souhrn smluvních dohod (smlouva o dílo)“ ze dne 30. 10. 2006] se týkala také stavby č. 0079 Špejchar – Pelc Tyrolka, jejíž součástí byl Trojský most. Přípisem ze dne 30. 3. 2009, čj. OMI/2291/296/2009, stěžovatel Metrostavu (vybranému uchazeči – dodavateli) sdělil, že *„k realizaci je definitivně schváleno řešení Trojského mostu autorů vítězného návrhu z architektonické soutěže – společnosti Mott MacDonald Praha a Romana Kouckého architektonická kancelář s.r.o. Dovolují si Vás požádat o urychlené zajištění realizační projektové dokumentace této varianty mostu a co nejvčasnější zahájení realizace“*. Z tohoto přípisu je také zjevné, že projektová dokumentace nebyla zpracována v podrobnostech umožňujících realizaci mostu. Na přípis reagoval Metrostav odpovědí ze dne 21. 10. 2010 tak, že *„plné rozvinutí prací započne po předložení změny stavebních povolení. Tímto dopisem potvrzujeme přijetí pokynu k realizaci nového Trojského mostu a v souladu s čl. 13.3 Obchodních podmínek potvrzujeme platnost našeho návrhu ocenění této změny předaný naším dopisem z 29. 9. 2008“*. Zároveň Metrostav *„plné rozvinutí prací“* podmiňoval vydáním rozhodnutí o povolení změny stavby. Rozhodnutí Magistrátu hlavního města Prahy ze dne 24. 2. 2011, kterým byl povolen *„Městský okruh, stavba 0079 Špejchar – Pelc – Tyrolka“ spočívající ve změně stavebního objektu SO 9031.01 Trojský most*“, nabylo právní moci dne 17. 3. 2011. Z posudku *„Posouzení efektivity výstavby Trojského mostu budovaného v rámci souboru staveb Městského okruhu v hl. m. Praze, stavba 0079 MO Špejchar – Pelc Tyrolka“* ze dne 16. 5. 2011 lze dovodit, že stěžovatel i po zahájení výstavby Trojského mostu dle nové projektové dokumentace zvažoval, zda bude pokračovat ve výstavbě dle této nové projektové dokumentace. Úvaha o jiném řešení než výstavbě Trojského mostu dle nové projektové dokumentace byla také uvedena v důvodové zprávě

k tisku č. R-4395, kterou vzala Rada hlavního města Prahy dne 21. 6. 2011 na vědomí usnesením č. 890: „*součástí předkládaného materiálu je i posudek efektivity výstavby Trojského mostu, a to z hlediska zastavení probíhající výstavby a návratu k původně zamýšlené konstrukci mostu podle zadávací dokumentace stavby v roce 2006. Posudek jasně říká, že návrat k původní konstrukci mostu by byl, zejména z důvodu současného stupně rozestavěnosti, již neefektivní. Tzn., že celkové náklady v současných podmínkách by již byly vyšší, než náklady na dokončení mostu, který se již buduje*“. Rada hlavního města Prahy vzala usnesením na vědomí také posudek ze dne 16. 5. 2011 a zprávu o postupu realizace souboru staveb za 1. čtvrtletí, ze které vyplývá, že byla povolena změna stavby (Trojského mostu) dle nové projektové dokumentace. Ze „Zápisu o projednání a odsouhlasení fakturace při výstavbě nového Trojského mostu“ ze dne 15. 4. 2011 plyne, že cena Trojského mostu dle nové projektové dokumentace měla být známa nejdříve v průběhu 3. čtvrtletí roku 2011. Podle dodatku č. 8 ze dne 24. 5. 2012 k původní smlouvě o dílo ze dne 30. 10. 2006 byla jeho předmětem změna ceny díla (čl. I odst. 2), přičemž „*tato nová předpokládaná cena díla je v souladu s Obchodními podmínkami založena na základě skutečně realizovaných a změřených prací a na předpokládaném množství oceněných položek uvedených v soupisu prací vycházejícím z realizační dokumentace stavby a zbývajících částí zadávací dokumentace*“. Z dodatku č. 8 vyplývá, že se vztahoval rovněž ke stavbě č. 0079 (Špejchar – Pelc Tyrolka), jejíž součástí byl Trojský most.

[21] NSS se shoduje se závěry správních orgánů, že výše popsány dílčími kroky (tj. zejména přípis stěžovatele ze dne 30. 3. 2009, odpověď Metrostavu ze dne 21. 10. 2010, usnesení Rady hlavního města Prahy ze dne 21. 6. 2011, dodatek č. 8 ze dne 24. 5. 2012 k původní smlouvě o dílo), které na sebe navazovaly, došlo při výstavbě Trojského mostu k zásadnímu odklonu od dotčené části smlouvy o dílo, která nebyla dodržena, a došlo k výstavbě jiné stavby a v jiné hodnotě. Nelze přitom přehlédnout, že v projednávané věci spočívalo jednání stěžovatelky nejen v konání (výše popsanych aktivních úkonech), ale též v nekonání – strpění výstavby jiné stavby než původně sjednané. Rovněž toto nekonání je tedy nutné posoudit jako dílčí úkon (krok) a jako součást již uvedených aktivních dílčích úkonů, jejichž následkem bylo porušení původní smlouvy o dílo a vznik nových (jiných) práv a závazků vyplývajících z jednání stěžovatelky, které bylo v rozporu s původní smlouvou o dílo.

[22] Tuto skutečnost ostatně potvrzuje rovněž rozhodčí nález Rozhodčího soudu ze dne 24. 9. 2014, čj. Rsp 2239/13, v němž rozhodčí soud dovodil, že práce při výstavbě Trojského mostu byly realizovány mimo rámec předmětu plnění smlouvy o dílo, přičemž: „*Uvedené práce, byť o strany o nich jednaly, pak nelze považovat ani za práce dohodnuté jinou smlouvou, jak tvrdí žalobce (tj. Metrostav - pozn. NSS). Ze skutkových zjištění sice vyplývá, že stavba Trojského mostu byla realizována z rozhodnutí žalovaného (tj. v nyní projednávané věci stěžovatelky) v souladu s jeho vůlí nabýt všechny stavební objekty tvořící Dílo. Lze rovněž souhlasit s tím, že v průběhu jednání stran byla stavba Trojského mostu vymezena dostatečně určitě, neboť jednání i samotná realizace stavby vycházela z konkrétního architektonického návrhu MMD a na něj navazující dokumentace pro stavební povolení zpracované MMD.*“

[23] V nyní posuzované věci nelze ve shodě s krajským soudem přehlédnout ani skutečnost, že realizovaná stavba nového mostu se vzhledem, parametry i cenou (cca o tři čtvrtě miliardy Kč, resp. o téměř miliardu Kč, bylo-li by vycházeno z ceny

1 460 931 738,06 Kč, jak ji stěžovatelka sdělila žalovanému přípisem ze dne 24. 10. 2016) zásadně odlišuje od stavby mostu dle původní smlouvy o dílo.

[24] Na základě výše uvedeného tak nelze než přisvědčit krajskému soudu v závěru, že oproti zadávací dokumentaci byl postaven jiný most s odlišnou konstrukcí, s odlišným postupem výstavby a o stovky miliónů korun dražší (v podrobnostech NSS odkazuje např. na bod 30 rozsudku krajského soudu).

[25] Ve shodě s krajským soudem NSS konstatuje, že trestnost správních deliktů se řídí obdobnými principy jako trestnost trestných činů (viz rozsudek NSS ze dne 31. 5. 2007, čj. 8 As 17/2007-135).

[26] Z hlediska hodnocení jednání stěžovatelky z pohledu zákona o veřejných zakázkách, posouzení, zda se jedná o trvalý či jiný správní delikt a kdy došlo k dokonání skutku (správního deliktu), je vhodné nejprve poukázat na vymezení totožnosti skutku, které NSS provedl např. v rozsudku ze dne 11. 8. 2015, čj. 6 As 159/2014-52: „*Při posuzování totožnosti skutku vychází soud z trestněprávní teorie a praxe (srov. např. rozsudek NSS ze dne 14. 3. 2011, čj. 2 Afs 91/2009-149, a rozsudek ze dne 17. 1. 2007, čj. 2 As 60/2006-53). Skutek, za který je ukládána sankce, musí být totožný se skutkem, pro který bylo zahájeno řízení. Od pojmu skutek je přitom třeba odlišovat popis skutku, tzn. slovní vymezení události v příslušném aktu v zahájení řízení a rozhodnutí o věci samé. Momentem, který dělí pachatelovo jednání na různé skutky, je následek významný z hlediska sankčního práva, který pachatel způsobil nebo způsobil chtěl. Za jeden skutek lze považovat ty projevy vůle pachatele navenek, které jsou pro tento následek kauzální (srov. např. rozsudek NS ze dne 7. 8. 1984, sp. zn. 3 Tz 6/84 Sb. NS č. 8/85). Tento konkrétní následek (obrožení nebo porušení zákonem chráněného zájmu) spojuje jednotlivé dílčí akty pachatele do jediného celku – skutku a zároveň je odděluje od jiných skutků téhož pachatele. Aby se jednalo o jeden skutek, je třeba, aby jednání pachatele bylo příčinou následku, který je znakem skutkové podstaty.*“

[27] Trvalý správní delikt je pak takové jednání, kterým pachatel vyvolá protiprávní stav, který pak udržuje, anebo udržuje protiprávní stav, aniž by jej vyvolal. Podstatným znakem trvalého správního deliktu je, že se zde postihuje „*udržování protiprávního stavu*“. Tímto rysem se tento správní delikt odlišuje od správních deliktů poruchových, jimiž se také způsobuje protiprávní stav, který může trvat delší dobu, ale nepostihuje se jeho udržování.

[28] Správní delikt přitom může spočívat v jednání sestávajícím z několika dílčích aktů, které sice samy o sobě nejsou správním deliktem (pokud by byly, mohlo by se jednat např. o pokračující správní delikt), ale ve svém souhrnu naplňují znaky (jednoho) správního deliktu. Takové jednání může trvat kratší i delší dobu. Trvá-li delší dobu a sestává z více dílčích aktů, nečiní to z něj bez dalšího trvalý správní delikt.

[29] Trvalý správní delikty se proto nesmí zaměňovat se správními delikty, k jejichž zákonným znakům náleží jen způsobení, ale nikoli udržování protiprávního stavu. Podstatné přitom je, že trvalý podoba správního deliktu není formou provedení správního deliktu, ale plyne ze zákona.

[30] Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném od 1. 4. 2012, 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.

[31] Podle § 82 odst. 7 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném od 1. 4. 2012, zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) a § 23 odst. 7.

[32] Ze znění § 82 odst. 7 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném od 1. 4. 2012, podle kterého jednání stěžovatelky (jinak správně, jak dále rozvedeno) posoudily správní orgány a krajský soud, je zjevné, že jím není postihováno udržování protiprávního stavu, tj. nedodržování zákonného postupu pro zadání veřejné zakázky – udržování možnosti podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, ale *jen umožnění podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy*. Rovněž z něj jednoznačně plyne, že ke změně těchto práv a povinností nemusí vždy nutně dojít smluvním jednáním (např. změna smlouvy anebo uzavření smlouvy jiné apod.), ale také jednáním mimosmluvním. Zákon totiž hovoří pouze o „*umožnění změny práv a povinností*“, kterou nepodmiňuje nutností kontraktačního či jiného kvalifikovaného jednání. Jednáním, v důsledku kterého dojde ke změně práv a povinností plynoucích z původní smlouvy se tak ve smyslu tohoto ustanovení rozumí jakékoli jednání, jehož důsledkem je rozšíření předmětu veřejné zakázky. Mezi takováto jednání bezpochyby náleží také mimosmluvní (faktické) jednání, které je v rozporu s původní smlouvou.

[33] Je proto nerozhodné, zda rozsah smluvních práv a povinností je změněn (např. rozšířen) na základě platně uzavřené dohody o změně smlouvy, či nikoli, zda závazek stěžovatele uhradit vybranému uchazeči oproti původní smlouvě vyšší částku vyplývá ze smlouvy o dílo (její změny) a je tedy cenou díla, anebo se např. jedná o bezdůvodné obohacení (stavba byla provedena v jiném rozsahu bez právního důvodu, tj. mimosmluvně). Argumentaci stěžovatelky, která dovozuje, že rozsah smluvních práv a povinností musí být změněn výlučně v důsledku změny smlouvy, tedy přisvědčit nelze. Nedůvodné jsou v této souvislosti rovněž námitky, v nichž poukazuje na skutečnost, že ve věci se jedná o řízení o trestním obvinění ve smyslu čl. 6 odst. 2 a 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.

[34] Krajský soud s přílehlavým odkazem na rozsudek NSS ze dne 14. 6. 2017, čj. 7 As 135/2017-31, správně dovodil, že není významné, jak jsou závazkové vztahy hodnoceny z pohledu práva soukromého, ale podstatné je jejich posouzení z hlediska zákona o veřejných zakázkách, jeho účelu a smyslu.

[35] NSS ovšem poznamenává, že termín použitý krajským soudem „*faktická změna smlouvy*“ není přesný. Smlouva změněná buď je, anebo není. Na závěry krajského soudu však tato drobná terminologická nepřesnost (na kterou poukazuje stěžovatel v kasační stížnosti) nemá vliv. Je ostatně zřejmé, že tímto termínem chtěl krajský soud jen zdůraznit skutečnost, že „*fakticky*“ bylo postupováno v rozporu s původní smlouvou. Krajský soud

tak zejména přílehlavě odkázal na rozsudek NSS ze dne 14. 6. 2017, čj. 7 As 135/2017-31, a uvedl, že rozhodné je, zda skutečná činnost zadavatele (stěžovatelky) a dodavatele (Metrostav) vykazuje znaky zadání veřejné zakázky. Námitky stěžovatelky, která v tomto směru namítala rozpornost napadeného rozsudku, proto nejsou důvodné.

[36] Lze shrnout, že nelze souhlasit se závěrem správních orgánů a krajského soudu, že jednání stěžovatelky představuje trvajícím správní delikt. V případě nyní posuzovaného jednání (skutku) stěžovatelky se jedná o soubor dílčích úkonů, jejichž následkem byla v rozporu s původní smlouvou o dílo výstavba jiného mostu v jiné hodnotě – jedná se o jeden skutek-správní delikt, k jehož zákonným znakům náleží jen způsobení protiprávního stavu.

[37] Vyhodnotily-li však správní orgány a krajský soud jako okamžik dokonání tohoto skutku datum sepisu dodatku č. 8 (tj. den 24. 5. 2012), jedná se o datum, které lze za tento okamžik považovat. Jde totiž o jeden z posledních známých a prokazatelných úkonů, který je součástí popsaného řetězce dílčích aktů (útoků), které ve svém souhrnu představují jeden skutek – jeden správní delikt. Pochybení správních orgánů a krajského soudu v posouzení jednání stěžovatelky jako trvajícím správního deliktu tak nemá bez dalšího vliv na zákonnost výroků jejich rozhodnutí.

[38] Z výše uvedeného plyne (přes pochybení týkající se závěru o trvajícím správním deliktu) rovněž správnost závěrů správních orgánů a krajského soudu, které se týkají běhu objektivní prekluzivní lhůty. V projednávané věci byl skutek (správní delikt) dokonán až sepisem dodatku č. 8 ze dne 24. 5. 2012. Teprve od tohoto data dokonání (spáchání) správního deliktu počala běžet objektivní prekluzivní lhůta podle § 121 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách (objektivní prekluzivní lhůta činila podle znění tohoto zákona účinného do 5. 3. 2012 10 let a od 6. 3. 2012 5 let).

[39] Je dále rovněž možné souhlasit se závěrem krajského soudu, že před nabytím účinnosti zákona č. 55/2012 Sb. stěžovatelka jednala v rozporu s § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012 (*„Pokud nebyly ve stanovené lhůtě podány námitky podle § 110 odst. 4, uzavře zadavatel smlouvu s vybraným uchazečem do 15 dnů po uplynutí lhůty pro podání námitek. Smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32.“*), neboť bez uzavření jakékoli smlouvy a v rozporu s původní smlouvou umožnila výstavbu nového mostu. V této souvislosti je absurdní argumentace stěžovatelky, že toto její jednání nemůže být sankcionováno, neboť nebylo zákonem výslovně označeno za „trestné“. Jak již bylo uvedeno, k porušení povinností vyplývajících zákona o veřejných zakázkách nemusí nutně dojít jen v důsledku uzavření smlouvy (resp. dohody o její změně), ale též jednáním mimosmluvním – faktickým. Nařizoval-li zákon o veřejných zakázkách ve znění účinném do 31. 3. 2012 povinnost uzavřít smlouvu (viz citovaný § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012), současně tím explicitně zakazoval jakékoli mimosmluvní jednání o předmětu veřejné zakázky. Porušení tohoto zákazu také dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012, v dané věci znamenalo nedodržení postupu stanoveného tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky a z povahy věci též podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky – tj. spáchání správního deliktu.

[40] Po nabytí účinnosti zákona č. 55/2012 Sb. (tj. od 1. 4. 2012) stěžovatelka jednala v rozporu s § 82 odst. 7 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném od 1. 4. 2012, neboť v souladu s čl. II. odst. 2 přechodných ustanovení zákona č. 55/2012 Sb. dopadal zákaz podstatné změny smlouvy také na uzavření dodatku č. 8 k původní smlouvě o dílo (časovou působnost zákona č. 55/2012 Sb. blíže rozvedl NSS např. v rozsudku ze dne 24. 1. 2018, čj. 3 As 86/2017-35). Stěžovatelka tedy již od samého počátku jednala v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách.

[41] Správný je proto také závěr krajského soudu, že postupem žalovaného nebyl v neprospěch stěžovatelky porušen čl. 2 odst. 3 a čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod. Stěžovatelka postupovala v příkrém rozporu (*contra legem*) se zákonem o veřejných zakázkách již před 1. 4. 2012. Žalovaný nepochybil, pokud dospěl k závěru, že jednání stěžovatelky je v rozporu s § 82 odst. 7 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném ke dni 24. 5. 2012, neboť trestnost skutku se posuzuje ke dni jeho spáchání.

IV. Závěr a náklady řízení

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

[43] Stěžovatelka neměla 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. dubna 2021

Ondřej Mrákota
předseda senátu