

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Zdeňka Kühna a soudkyň Michaely Bejčkové a Daniely Zemanové v právní věci žalobce: **město Žatec**, se sídlem náměstí Svobody 1, Žatec, zast. JUDr. Tomášem Těmínem, advokátem se sídlem Karlovo náměstí 28, Praha 2, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 23. 11. 2015, čj. ÚOHS-R218/2014/VZ-40383/2015/323/KKř, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 27. 4. 2017, čj. 62 Af 12/2016-110,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

II. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Žalobce zadával veřejnou zakázku „*Otevřené letní koupaliště v Žatci*“ a dne 30. 11. 2010 uzavřel s dodavatelem (vybraným uchazečem) smlouvu o dílo; k ní poté smluvní strany uzavíraly dodatky. Dodatkem č. 2 ze dne 28. 2. 2011 byl nově stanoven termín úplného dokončení díla, a sice 174 (+100) kalendářních dnů od zahájení prací (tj. od 1. 5. 2011). V následující větě bylo jako datum dokončení díla stanoveno datum 15. 5. 2012. V dodatku č. 3, taktéž ze dne 28. 2. 2011, si strany sjednaly změny rozsahu prací na díle: byly zrušeny či změněny některé stavební objekty, technologie a materiály, což snížilo cenu díla (v původní celkové hodnotě 153 milionů Kč) o 22,2 milionů Kč, a naopak se zvětšilo parkoviště, což zvýšilo cenu díla o 1,7 milionů Kč.

[2] Žalovaný rozhodnutím ze dne 6. 6. 2014 shledal žalobce vinným ze spáchání dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (ve znění před novelizací provedenou zákonem č. 55/2012 Sb. s účinností k 1. 4. 2012). Žalobce podle něj nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 zákona: neuzavřel totiž smlouvu na plnění veřejné zakázky v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, ale do smlouvy zasáhl hned dvěma dodatky, jimiž změnil dodací lhůtu a podstatným způsobem i rozsah veřejné zakázky. Protože tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, byla žalobci uložena pokuta ve výši 150 000 Kč.

[3] Rozklad proti tomuto rozhodnutí zamítl předseda žalovaného dne 23. 11. 2015.

[4] Žalobu, kterou žalobkyně napadla toto rozhodnutí, krajský soud zamítl rozsudkem ze dne 27. 4. 2017. Z § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách podle něj plyne, že zadavatel nesmí s dodavatelem jakkoli dále jednat o návrhu smlouvy, který byl součástí dodavatelovy nabídky a který odpovídá zadávací dokumentaci. Tím spíš to platí o takových obchodních podmínkách, které jsou zároveň kritérii pro hodnocení nabídek nebo mohou mít na tato kritéria nepřímý vliv. Ačkoliv jazykový výklad zmíněného ustanovení tomu nenasvědčuje, podle krajského soudu nejsou změny návrhu smlouvy přípustné ani po uzavření smlouvy, jde-li o změny podstatné. Toto pravidlo je klíčové a v zadavatelském prostředí samozřejmé, protože naplňuje smysl veškerého zákonodárství v oblasti zadávání veřejných zakázek. Platilo tedy i před 1. 4. 2012 (předtím, než byl do zákona vnesen § 82 odst. 7, *výslovně* zakazující *podstatnou* změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy), a to bez ohledu na rozsudek Soudního dvora EU ve věci C-424/06, *pressetext*, s nímž (a s jehož užitím v argumentaci žalovaného) žalobce polemizoval. Ani před novelizací nebylo možné připustit podstatné změny, k nimž patří především jakékoli změny těch ustanovení smlouvy, která vyjadřují požadavek zadavatele stanovený v zadávacích podmínkách.

[5] Žalobce i podle krajského soudu pochybil jednak změnou termínu dokončení díla (dodatek č. 2 obsahoval dva rozporné údaje a druhá ze lhůt byla o 106 dní delší než dodací lhůta uvedená v návrhu smlouvy vybraného uchazeče; při takto prodloužené lhůtě by vybraný uchazeč skončil jako třetí v pořadí), jednak podstatnou změnou předmětu plnění. Šlo tu o zásadní stavební změny, které snížily cenu díla o zhruba 15 %. Zákon přesně nestanovil, jaké změny jsou ještě přípustné; posoudit, zda je změna podstatná, je věcí žalovaného. V této věci žalovaný přesvědčivě zdůvodnil svůj závěr, který opřel nejen o peněžité vyjádření změn, ale i o jejich věcnou náplň.

II. Kasační stížnost žalobce, vyjádření žalovaného a replika

[6] Proti rozsudku krajského soudu podal žalobce (stěžovatel) kasační stížnost pro nesprávné posouzení právní otázky. Do 1. 4. 2012 zákon upravoval pouze povinnost uzavřít smlouvu ve znění, v jakém ji předložil vybraný uchazeč. Teprve po tomto datu byl doplněn zákaz podstatně změnit *již uzavřenou* smlouvu. Stěžovatel tak byl potrestán za jednání, které zákon v rozhodné době nezakazoval. Krajský soud dovozuje z § 82 odst. 2

zákona o veřejných zakázkách něco, co v něm není ani jazykově vyjádřeno. Žalovaný, vědom si deficitu právní úpravy, se uchýlil k rozsudku *pressetext*; trestnost činu však musí být stanovena zákonem, nikoli rozsudkem Soudního dvora. Užité ustanovení bylo minimálně nejednoznačné a umožňovalo dvojí výklad: stěžovatel zastává výklad jazykový, krajský soud výklad teleologický. V pochybnostech by však měl převládnout výklad ve prospěch jednotlivce.

[7] Krajský soud pochybil tím, že hodnotil termín dokončení díla fakticky, nikoli formálně podle smlouvy; okamžik skutečného dokončení díla je přitom pro odpovědnost za tento správní delikt nevýznamný. Již v původní smlouvě o dílo byl uveden harmonogram provádění stavebních prací, který byl pevně nastaven na dobu plnění 174 (+100) dnů. Úmyslem smluvních stran tedy nebylo prodloužit termín plnění až do 15. 5. 2012; toto ustanovení je nadbytečné a neúčinné. Podle krajského soudu nebylo možné vyloučit, že pokud by byl předmět původní veřejné zakázky vymezen v rozsahu dodatku č. 3 (tedy v hodnotě nižší o 15 %), zúčastnili by se výběrového řízení i jiní dodavatelé, kteří mohli stěžovateli nabídnout výhodnější podmínky plnění. Tato argumentace však nedává smysl, protože práce potřebné ke zhotovení takto „zúženého“ předmětu zakázky a jejich hodnota zůstaly stále stejné. Argumentace by mohla obstát, pokud by se změnou smlouvy stal z původního projektu zcela odlišný projekt, to však nebyl tento případ. Zákon v rozhodném znění nezná pojem podstatné změny smlouvy; žalovaný si pouze interně stanovil jakousi vágní hranici přípustnosti změny veřejné zakázky a jeho úvahy v tomto směru jsou nejen nepřezkoumatelné, ale též odporují zákonu. Rozsudek ve věci *pressetext* zde nelze užít, neboť v něm byla zakázka *rozšířena* o služby původně nepředpokládané, které (by) materiálně tvořily novou veřejnou zakázku. Stěžovatel proto navrhl, aby NSS zrušil rozsudek krajského soudu a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[8] Žalovaný ve svém vyjádření zdůraznil, že rozhodoval v mezích zákona (jeho § 82 odst. 2) a rozsudek *pressetext* použil jen podpůrně k otázce podstatných změn smlouvy (zákon před účinností novely v podstatě nepřipouštěl *žádné* změny). S ohledem na základní zásady vyjádřené v § 6 zákona nebylo ani před účinností novely přípustné tolerovat změny smlouvy pouze z toho důvodu, že s nimi smluvní strany vyčkají až na dobu, kdy bude zadávací řízení ukončeno podpisem smlouvy. Pokud by § 82 odst. 2 v rozhodném znění byl vykládán jako pouhé formální zakončení kontraktačního procesu, bez vůle respektovat při plnění smlouvy právě takové podmínky, které byly v zadávacím řízení posuzovány, nebylo by důvodu, proč vůbec konat zadávací řízení (a podrobovat je úřední kontrole).

[9] Stěžovatel v replice dodal, že pokud by měl převážit výklad zastávaný žalovaným, nebylo by nikdy možné užít § 23 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, který právě počítá s faktickou změnou rozsahu veřejné zakázky. Přípustnost dodatečných změn smlouvy mohla být před 1. 4. 2012 hodnocena nanejvýš podle § 6 zákona (zásada transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace).

III. Právní hodnocení Nejvyššího správního soudu

[10] Kasační stížnost není důvodná.

[11] Podle rozhodného znění § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách (tj. před 1. 4. 2012) spočíval správní delikt zadavatele v tom, 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*. Podle § 82 odst. 2 věty druhé (které stěžovatel podle žalovaného porušil) uzavře zadavatel smlouvu *v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče* (tj. uchazeče, jehož nabídka byla vybrána jako nejvýhodnější).

[12] Stěžovatel ve své první námitce tvrdil, že podle této úpravy nemohl být potrestán, neboť dopadala pouze na postup do uzavření smlouvy a netýkala se postupu po uzavření smlouvy. NSS však má za to, že takový výklad není správný, umožňoval by obcházet zákon a učinil by z procesu zadávání veřejných zakázek jen nákladnou a zbytečnou formalitu.

[13] Je pravda, že až od 1. 4. 2012 zákon o veřejných zakázkách výslovně zadavateli zakázal (v § 82 odst. 7) *podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem*. Ani před touto změnou zákona ale nebylo možné, aby zadavatel pouze formálně uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu přesně v takovém znění, v jakém byla předložena v zadávacím řízení – a vzápětí ji podstatně změnil. To by totiž zcela vyprazdňovalo smysl pravidla obsaženého v § 82 odst. 2.

[14] Nelze souhlasit s tím, že žalovaný, místo aby se držel zákona, se uchýlil k rozsudku *pressetext*; dostatečně to ve svém rozsudku vysvětlil už krajský soud, který zdůraznil, že výklad žalovaného by obstál i bez odkazu na rozsudek *pressetext*. V tomto rozsudku Soudní dvůr odpovídal na předběžnou otázku k výkladu směrnice Rady 92/50/EHS o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby. Šlo o zcela odlišný skutkový případ a odpovědi na předběžné otázky jsou natolik zaměřeny na onu specifickou věc, že se ve věci nyní projednávané nemohou nijak uplatnit. Předtím, než se však Soudní dvůr začal zabývat konkrétní skutkovou situací, formuloval tato obecná východiska svých úvah:

> *Za nové zadání veřejné zakázky je třeba považovat změny smlouvy, které mají podstatně odlišnou povahu než původní zakázka a v důsledku toho prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky takové zakázky.*
>
> *Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily 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 hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.*

[15] Odkazem na rozsudek *pressetext* žalovaný jen podpořil svou argumentaci, podle níž byla změna smlouvy o dílo provedená dodatky č. 2 a 3 natolik významná, že kdyby nově stanovené parametry byly již součástí zadávacího řízení, mohl se svou nabídkou uspět jiný dodavatel. Především ale sám konkrétně zdůvodnil – bez ohledu na obecná východiska

pokračování

Soudního dvora – proč považuje změny smlouvy za podstatné a nepřípustné z pohledu § 82 odst. 2 a § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

[16] Ačkoli tedy zákon v rozhodné době výslovně nezakazoval podstatné změny uzavřené smlouvy, tento zákaz lze dovodit z právě citovaných ustanovení; naopak nejde o retroaktivní použití nového § 82 odst. 7, jak stěžovatel namítá. Ostatně pokud by mělo být toto nové ustanovení [a jeho vztah k sankčnímu ustanovení § 120 odst. 1 písm. a)] vykládáno přísně jazykově, jak to činí stěžovatel, ani zde by se nenašel potřebný podklad pro závěr o deliktním jednání. Ustanovení § 82 odst. 7 se totiž týká změn *již uzavřené* smlouvy, kdežto § 120 odst. 1 písm. a) nejprve popisuje pochybení zadavatele a končí slovy „*a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku*“, což vyvolává dojem, že *po* uzavření smlouvy není již zadavatel ve svém smluvním vztahu s vybraným dodavatelem ničím omezován, nepodléhá kontrolní a sankční pravomoci žalovaného a může uzavřenou smlouvu měnit podle své potřeby. Tento dojem je ale nesprávný.

[17] Stěžovatel připodobňuje sankci, která mu byla uložena, k trestu za čin, kterým si někdo přisvojí cizí věc tím, že se jí zmocní. Pokud je podle trestního zákoníku způsobená škoda větší než nepatrná, tj. větší než 5000 Kč, jedná se o krádež. Stěžovatel ale konstruuje situaci, v níž by zákon tuto hranici (dosud) nestanovil, a dovozuje, že pachatel, který se za takového stavu právní úpravy zmocnil cizí věci v této hodnotě a přisvojil si ji, by nemohl být potrestán jen proto, že po jeho činu zákon výslovně stanovil hranici 5000 Kč, a že sám pachatel měl tedy již dopředu předvídat, že taková výše škody již bude znamenat odpovědnost za trestný čin.

[18] Tato analogie je podle NSS nepřiléhavá. Pokud by trestní zákon nestanovil přesnou výši škody, musel by trestní soud sám vyložit pojem *škoda nikoli nepatrná*. Řídil by se přitom především zásadou subsidiarity trestní represe vyjádřenou v § 12 odst. 2 trestního zákoníku, podle nějž lze trestní odpovědnost uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu. Tato jeho úvaha by podléhala přezkumu instančně nadřízeného soudu (stejně jako úvahu žalovaného v nynější věci přezkoumal krajský soud a jeho vlastní závěry nyní přezkoumává NSS). Uložený trest by obstál, pokud by soud prvního stupně shromáždil argumenty nejen k tomu, že věc byla cizí a že pachatel se jí zmocnil, ale že také způsobená škoda byla dostatečně velká na to, aby čin dosáhl společenské škodlivosti nutné pro uplatnění trestního zákona.

[19] Podobným způsobem postupoval žalovaný i v nyní projednávané věci. Ačkoli se zákon v rozhodné době výslovně nezmiňoval o následných změnách smlouvy, zabýval se žalovaný tím, zda uzavřená smlouva *ve znění doplňků* respektovala požadavky vytyčené v zadávací dokumentaci, nebo tyto požadavky dodatečně změnila, a zda tato změna mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky – tj. zda mohl uspět jiný uchazeč, kdyby již od počátku byly objem a cena díla nižší a termín dodání vzdálenější. Dospěl k závěru, že se to stát mohlo, a správnost jeho úvah nyní přezkoumávají soudy.

[20] Neuplatní se tu ani zásada *v pochybnostech ve prospěch jednotlivce*. Stěžovatel spatřuje rozpor mezi výkladem jazykovým (svým) a výkladem teleologickým (který provedli

žalovaný a krajský soud); o uplatnění zmíněné zásady však lze uvažovat, jen pokud tu existují dva *srovnatelné* výklady, tj. oba právně dogmaticky přípustné, racionální a komplexní. Stěžovatelův jazykový výklad je však výkladem mechanickým, zjednodušujícím a odhlížejícím od kontextu celého zákona; opírá se v podstatě jen o slova „*smlouvu uzavře*“ a akt uzavření smlouvy odtrhuje od jakýchkoli navazujících dodatků (které jsou ale nedílnou součástí smlouvy a samy o sobě nemají smysl). Takový výklad nemůže vedle výkladu teleologického obstát.

[21] Krajský soud opravdu vyzval stěžovatele, aby doložil, kdy bylo dílo skutečně odevzdáno. Z předložených dokladů (stavebního deníku a protokolu o odevzdání a převzetí díla) zjistil, že se tak stalo dne 15. 5. 2012. Stěžovateli lze dát za pravdu v tom, že samotná tato skutečnost nesvědčí o dohodě stran, podle níž bude dílo odevzdáno (nejpozději do) 15. 5. 2012 (dílo třeba mohlo být odevzdáno opožděně, v rozporu s dohodou). V konkrétním případě však tyto listiny jen doplnily ustanovení dodatku č. 2 o právě takto smluveném termínu dokončení a odevzdání díla, a tím potvrdily správnost úvahy krajského soudu, podle níž toto ustanovení bylo míněno vážně a strany podle něj také postupovaly. Stěží pak může stěžovatel tvrdit, že ustanovení bylo nadbytečné a neúčinné. Nadbytečný byl v tomto ohledu spíše harmonogram stavebních prací, podle nějž dodavatel zjevně nepostupoval (což mu smlouva dovolovala tím, že umožnila odložit dokončení a odevzdání díla až na datum 15. 5. 2012).

[22] Za správnou považuje NSS i úvahu krajského soudu vztahující se k vypuštění některých stavebních objektů a změně materiálů, které měly za následek snížení ceny díla o 14,47 %. Stěžovatel argumentuje tím, že objem a hodnota prací potřebných k vytvoření „menšího“ díla se nezměnila ani po dodatcích; přehlíží však, že podle krajského soudu mohla mít změna vliv nejen na cenu, kterou ostatní dodavatelé mohli nabídnout, ale také na další hodnotící kritéria - dodací lhůtu a na ni navázanou smluvní pokutu. Pokud NSS chápe tuto námitku dobře, stěžovatel tvrdí, že kdyby byl již od počátku objem prací menší o *x* procent, stalo by se pouze to, že každý z dodavatelů by nabídl cenu o toto (vždy stejné) *x* menší; tím by se ale změnily jen absolutní hodnoty nabídek, nikoli pořadí dodavatelů. Podle NSS ale takto mechanické počty nejsou namístě – ostatně jak podotkl krajský soud, podstatou správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) není, že zadavatel porušením zákona prokazatelně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, ale že jej mohl ovlivnit. Při takto významné změně projektu rozhodně nelze vyloučit, že by některý z dodavatelů přistupoval k „menší“ zakázce jinak a nabídl pro zadavatele výhodnější parametry plnění.

[23] Žalovaný si nestanovil (aspoň to z jeho rozhodnutí není patrné) žádnou *obecnou* hranici, za níž již bude změna veřejné zakázky *vždy* nepřípustná – jen posoudil tento konkrétní případ a změnu hodnotil (jak již zdůraznil krajský soud) nejen co do finanční investice, ale i co do její věcné náplně, a své úvahy dostatečně zdůvodnil. Na tom, že je v každém případě třeba hodnotit konkrétní povahu a intenzitu změny, se nic nezměnilo ani s účinností § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, který je formulován obecně a vyžaduje, aby žalovaný vždy znovu zvažoval, zda by změna zakázky za použití v původním zadávacím řízení *umožnila účast jiných dodavatelů* či *mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky*.

pokračování

[24] K rozsudku *pressetext* se NSS již vyjádřil. Žalovaný ho použil ne kvůli skutkové podobnosti, ale kvůli obecným (úvodním) úvahám, které v něm Soudní dvůr vyslovil. Tyto obecné úvahy (které se později staly základem § 82 odst. 7) se nijak neomezují na případy, kdy původní zakázka byla rozšířena: rozšíření zakázky je pouze jednou ze čtyř „zakázaných" kategorií, které Soudní dvůr vypočítává. Jiné zadávací podmínky, které by bývaly generovaly jiné uchazeče nebo mohly vést k výběru jiné nabídky, mohou jistě vzniknout i v důsledku „zúžení" zakázky.

[25] Odkaz na § 23 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách je zde nepřípadný. Stěžovatel byl potrestán za to, že jednak zúžil zakázku, jednak výrazně odsunul termín dokončení díla. Ustanovení § 23 odst. 7 se týká dodatečných stavebních prací či dodatečných služeb, jejichž potřebu nebylo možno dopředu předvídat, a nových stavebních prací či nových služeb, s nimiž naopak původní zadávací podmínky již počítaly. V nynější věci nejde ani o jednu z těchto situací.

IV. Závěr a náklady řízení

[26] NSS proto zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou podle § 110 odst. 1 s. ř. s., věty poslední.

[27] O náhradě nákladů řízení rozhodl NSS podle § 60 odst. 1 za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl ve věci úspěch, a nemá tak právo na náhradu nákladů řízení; žalovanému pak v řízení nevznikly žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 8. března 2018

Zdeněk Kühn
předseda senátu