

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Miluše Doškové a soudců Mgr. Evy Šonkové a JUDr. Karla Šimky v právní věci žalobce: **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, se sídlem Na Pankráci 546/56, Praha 4, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 19. 9. 2016, č. j. ÚOHS-R85/2014/VZ-38163/2016/323/MOd, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 3. 7. 2018, č. j. 31 Af 81/2016 – 86,

takto:

I. Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 3. 7. 2018, č. j. 31 Af 81/2016 – 86, **se zrušuje**.

II. Rozhodnutí žalovaného ze dne 28. 2. 2014, č. j. ÚOHS-S707/2013/VZ-4588/2014/532/KŠe, a rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 19. 9. 2016, č. j. ÚOHS-R85/2014/VZ-38163/2016/323/MOd, **se zrušují** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

III. Žalovaný **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o žalobě ani o kasační stížnosti.

IV. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení o žalobě ve výši 3000 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku. Náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **se** žalobci **nepřiznává**.

Odůvodnění:

I. Vymezení relevantních aspektů věci

[1] Dne 28. 7. 2006 uzavřel žalobce s vybraným uchazečem Souhrn smluvních dohod TPR/06/128 na realizaci původní veřejné zakázky s názvem „R6 Tisová – Kamenný Dvůr“ (dále jen „původní zakázka“) s cenou 1 934 872 722 Kč bez DPH a bez 5 % rezervní položky z nabídkové ceny. Následně při realizaci veřejné zakázky v průběhu července 2007 až listopadu 2011 žalobce postupně odsouhlasil celkem 75 „změn stavby“, na kterých se dohodnul s vybraným uchazečem. Každá takováto změna byla zachycena z hlediska identifikace a jednotkové ceny jednotlivých položek samostatným „Evidenčním listem změny stavby“, který zachycoval konkrétní změny během výstavby (dále jen „ZBV“) s pořadovým číslem 1 až 75, který vždy zahrnoval konkrétní přehled změn soupisu prací oproti původní zakázce. Pouze v případě ZBV č. 40 až 46 zadal žalobce takto identifikované dodatečné stavební práce (dále jen „vícepráce“) s oceněními sníženými o neprovedené méněpráce, které nebyly při plnění původní zakázky provedeny, v samostatném jednacím řízení bez uveřejnění, pročež dne 16. 12. 2008 uzavřel Dodatek č. 3 k výše uvedenému Souhrnu smluvních dohod.

[2] Rozhodnutím ze dne 28. 2. 2014, č. j. ÚOHS-S707/2013/VZ-4588/2014/532/KŠe, (dále jen „prvoinstanční rozhodnutí“) rozhodl žalovaný, že žalobce spáchal správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 5. 3. 2015 (dále jen „ZVZ účinný do 5. 3. 2015“) tím, že zadal vícepráce nad rámec předmětu původní zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv hodnota víceprací překročila limit stanovený § 23 odst. 7 písm. a) bod 3 téhož zákona. Za tento správní delikt žalovaný uložil žalobci pokutu ve výši 700 000 Kč. Prvoinstanční rozhodnutí vycházelo z výkladu, že od cenového nárůstu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku vlivem víceprací není možné odečítat ceny méněprací, které nebyly při plnění veřejné zakázky provedeny, a to s výjimkou vzájemného zápočtu celkových cen stejných položek soupisu stavebních prací se stejnou jednotkovou cenou, které byly zadány v rámci původní zakázky, neměnily předmět díla a pouze se prováděly v jiném než původně plánovaném kontextu (takovéto záměny tedy na straně jedné způsobovaly určitá snížení celkové ceny podobně jako méněpráce, avšak na straně druhé současně způsobovaly jisté nárůsty celkové ceny podobně jako vícepráce; celkový cenový nárůst takovýchto záměn byl tedy prvoinstančním rozhodnutím reflektován jen v rozdílech přesahujících původně plánované ceny), jak žalovaný vysvětlil v bodě 36 odůvodnění prvoinstančního rozhodnutí.

[3] Žalovaný v bodě 41 odůvodnění prvoinstančního rozhodnutí dospěl výše uvedeným způsobem k závěru, že žalobce postupným zadáním veškerých víceprací překročil cenu původní zakázky o 32,04 %, což v absolutním vyjádření odpovídá částce 620 082 307,51 Kč. Vzhledem k tomu, že ZVZ účinný do 5. 3. 2015 považoval za naplnění skutkové podstaty deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) mimo jiné nedodržení kumulativní podmínky limitní hodnoty 20 % dodatečných stavebních prací z ceny původní veřejné zakázky podle § 23 odst. 7 písm. a) bodu 3, dospěl žalovaný k závěru o spáchání správního deliktu žalobcem.

[4] Dne 6. 3. 2015 nabyl účinnosti zákon č. 40/2015 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, (dále jen „ZVZ účinný do 30. 9. 2016“), který mj.

změnil nejvyšší přípustnou hodnotu dodatečných stavebních prací z ceny původní veřejné zakázky podle § 23 odst. 7 písm. a) bodu 3 z 20 % na 30 %.

[5] V záhlaví označeným rozhodnutím (dále jen „napadené rozhodnutí“) ze dne 19. 9. 2016 zamítl předseda žalovaného rozklad žalobce, potvrdil výrok prvoinstančního rozhodnutí o spáchání správního deliktu žalobcem a výměru pokuty změnil na 100 000 Kč. Žalobce v doplnění rozkladu mimo jiné namítal, že cena méněprací odpovídající jím uváděným položkám měla být rovněž započítána oproti ceně víceprací z důvodu jejich věcné totožnosti a stejné jednotkové ceny, jak to žalovaný provedl u jiných položek v bodě 36 odůvodnění prvoinstančního rozhodnutí. Těmto námitkám předseda žalovaného nepřisvědčil a konstatoval, že ZVZ účinný do 30. 9. 2016 není pro žalobce příznivějším zákonem coby důvod pro aplikaci výjimky ze zásady zákazu pravé retroaktivity, jelikož zachovává hranici 30 % jako nejvyšší přípustnou hodnotu dodatečných stavebních prací.
[6] Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), který mj. transponoval čl. 72 směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/24/EU, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „směrnice 2014/24/EU“) ve svých ustanoveních § 222 odst. 5 a odst. 6 tak, že stanovil nejvyšší přípustnou hodnotu dodatečných stavebních prací z původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku jednak 50 % v případě víceprací vyvolaných nutností plnění původním dodavatelem s ohledem na potřebu dokončit původní plnění a jednak 50 % v případě ostatních víceprací, jejichž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat. Současně s tím ZZVZ v § 222 odst. 9 nově stanovil nejvyšší přípustný celkový cenový nárůst původní hodnoty závazku na 30 % při odečtení neprovedených méněprací od zmíněných víceprací dle odst. 5 a 6.

[7] Dne 10. 11. 2016 podal žalobce žalobu, v níž uvedl, že předseda žalovaného v průběhu řízení o rozkladu neposuzoval příznivost pozdější právní úpravy, kterou měl být jednak ZZVZ a jednak včas neprovedená směrnice 2014/24/EU, resp. její přímý účinek. Namítal, že podmínky pro přípustnost změny smlouvy na veřejnou zakázku v podobě víceprací jsou velmi odlišné od ZVZ účinného do 5. 3. 2015 a pro zadavatele příznivější. Nová právní úprava připouští započítávání méněprací srovnatelné, nikoliv totožné povahy a limit pro dodatečné stavební práce byl zvýšen na 50 % původní hodnoty veřejné zakázky, namísto dosavadních 30 %. Optikou nové právní úpravy proto nemohlo dojít k naplnění skutkových znaků správního deliktu.

II. Rozhodnutí krajského soudu

[8] V záhlaví označeným rozsudkem ze dne 3. 7. 2018 (dále jen „napadený rozsudek“) Krajský soud v Brně (dále jen „krajský soud“) napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

[9] Krajský soud vyšel z usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2016, č. j. 5 As 104/2013 - 46, ze kterého dovodil, že „*za situace, kdy i správní soud musí z úřední povinnosti přihlédnout k zániku trestnosti správního deliktu, se jeví postihování jednání, jehož trestnost zjevně po rozhodnutí správního orgánu zanikne, jako nehospodárné.*“ Současně s tím vypořádal postup předsedy žalovaného, který jednání

žalobce neposoudil z hlediska možné aplikace platného znění ZZVZ, jelikož ten ještě nenabyl účinnosti, jako správný a zákonný. Dále podrobně vyhodnotil žalobní argumentaci z pohledu možné aplikace směrnice 2014/24/EU předsedou žalovaného, resp. přímého účinku jejího čl. 72 odst. 1, který dle jeho názoru nebyl v období od 19. 4. 2016 do 30. 9. 2016 do českého právního řádu řádně transponován a implementován. Dospěl k závěru, že takováto právní úprava splňuje podmínky pro přímý účinek směrnice, které popsal Evropský soudní dvůr v rozsudku ve věci C-41/74 *van Duyn* a obdobně např. v rozsudku ve věci C-152/84 *Marshall*. Uzavřel, že předseda žalovaného pochybil, jestliže se v řízení nezabýval právní úpravou čl. 72 odst. 1 směrnice 2014/24/EU, která mohla být pro žalobce příznivější, a neprovedl porovnání možných důsledků aplikace všech dotčených právních úprav. Zatížil tak napadené rozhodnutí nepřezkoumatelností pro nedostatek důvodů.

[10] Krajský soud dále připojil, že předseda žalovaného bude rozhodovat v době účinnosti ZZVZ, proto bude posuzovat také to, zda tato úprava není pro žalobce nejpříznivější. Bude tak muset porovnat mimo jiné také možný výsledek aplikace ustanovení ZZVZ s možným výsledkem aplikace čl. 72 odst. 1 směrnice 2014/24/EU. Byla-li by úprava obsažená v ZZVZ příznivější, bylo by ji nutno aplikovat. Byla-li by méně příznivá, bylo by nutno aplikovat úpravu obsaženou v čl. 72 odst. 1 směrnice 2014/24/EU, a to mimo jiné také proto, že by měl tento článek přímý účinek i v období po 30. 9. 2016 a jemu odporující (přísnější) vnitrostátní úprava by byla neaplikovatelná.

III. Kasační stížnost a vyjádření žalovaného

[11] Proti rozsudku krajského soudu podal žalovaný (dále též „stěžovatel“) kasační stížnost. S odkazem na čl. 288 Smlouvy o fungování Evropské unie poukazuje na specifický charakter směrnice 2014/24/EU, která je závazná pro členské státy zejména co do výsledku, jehož má být dosaženo, přičemž volba formy a prostředků se ponechává vnitrostátním orgánům. Stěžovatel je v této souvislosti přesvědčen, že ZVZ účinný do 30. 9. 2016 může vyhovovat jak požadavkům směrnice 2014/24/EU, tak předchozí směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby.

[12] I po uplynutí transpoziční lhůty směrnice 2014/24/EU zůstala účinná původní právní úprava, kterou byl stěžovatel oprávněn aplikovat. Stěžovatel je přesvědčen, že po uplynutí transpoziční lhůty směrnice 2014/24/EU byl povinen toliko vykládat znění zákona ve světle jejího účelu, nikoliv její možnou aplikaci *bez výslovné námitky žalobce* v průběhu správního řízení zvlášť odůvodňovat. Okolnost, že evropská směrnice zůstává v platnosti i po řádné transpozici do vnitrostátního právního řádu a jako taková je způsobilá vyvolávat určité právní účinky, stěžovatele nezavazuje vyjadřovat se z úřední povinnosti při posuzování pozdější právní úpravy ve všech případech zvlášť k aplikaci účinné vnitrostátní právní úpravy a zvlášť k právní úpravě směrnice (pro případ odlišností, které by byl povinen v každém jednotlivém případě vysvětlit a případně nahradit úmysl zákonodárce svou vlastní interpretací směrnice i bez námitky účastníka řízení). Stěžovatel v nyní projednávané věci nedospěl k závěru, že by znění zákona účinné ke dni vydání napadeného rozhodnutí přímo odporovalo směrnici, a nebyl tedy ani povinen bez námitky žalobce případnost aplikace směrnice explicitně z úřední povinnosti v napadeném rozhodnutí odůvodňovat. Stěžovatel podotýká, že jeho jiná správní rozhodnutí s právě

označeným posouzením pozdější příznivější právní úpravy byla již mnohokráte předmětem soudního přezkumu a krajský soud tato rozhodnutí pro nezákonnost – z důvodu chybějícího posouzení možné aplikace směrnice – neruší. Sama skutečnost, že předseda stěžovatele neprovedl z úřední povinnosti výslovné samostatné posouzení věci z hlediska právní úpravy směrnice 2014/24/EU, nenaznal-li předpoklady jejího uplatnění, dle jeho právního názoru nezákonnost napadeného rozhodnutí nezpůsobuje. Závěr krajského soudu o nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí je tak neopodstatněný.

[13] Dle stěžovatele nelze přehlédnout, že § 222 ZZVZ doslovně nepřejímá právní úpravu čl. 72 2014/24/EU směrnice, neboť například v odst. 6 pro případ změny v důsledku nepředvídatelných okolností (které zadavatel především namítal) stanoví limit pro hodnotu změny 50 % původní hodnoty závazku jako souhrnný pro všechny takto provedené změny (nikoliv pro každou změnu zvlášť) a v odst. 9 stanoví limit pro cenový nárůst podle § 222 odst. 5 a 6 ZZVZ 30 % původní hodnoty závazku. Je tedy zjevné, že zákonodárce využil svého oprávnění stanovit pravidla pro změny smlouvy přísněji, avšak v souladu s účelem a zásadami směrnice 2014/24/EU. Přípustnost takto provedené transpozice směrnice do ZZVZ nebyla dosud zpochybněna; ZZVZ tak lze mít za souladný s cíli sledovanými právní úpravou směrnice 2014/24/EU a aplikovatelný bez dalšího.

[14] Vzhledem k usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2016, č. j. 5 As 104/2013 – 46, bylo na krajském soudu, aby sám posoudil, zda je možné na zjištěný skutkový stav aplikovat pozdější právní úpravu, jak se v žalobě domáhal žalobce, jelikož jej tíží povinnost posoudit pozdější právní úpravu rovněž. V takovém postupu krajskému soudu nic nebránilo, byl naopak povinen přihlédnout k zásadě dle čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) ke dni svého rozhodování, a tedy i ke konkrétní právní úpravě, nikoliv jen ke skutečnosti, že se právní úprava změnila. Z hlediska procesní ekonomie měla dostat tato povinnost krajského soudu přednost před případnou akcentací dílčího procesního pochybení stěžovatele (jakkoliv je nepřipouští), které může ve světle nové právní úpravy již zcela ztratit na významu. Dle právního názoru stěžovatele nebyl krajský soud oprávněn přistoupit ke zrušení napadeného rozhodnutí z důvodu změny právní úpravy, aniž by předtím závazně konstatoval, zda se v daném případě o právní úpravu příznivější pro zadavatele jedná, či nejedná. Napadený rozsudek tak dle názoru stěžovatele věc nesprávně právně posuzuje, neboť spočívá toliko na spekulativních předpokladech, aniž by zohlednil konkrétní rozhodné okolnosti věci.

[15] Stěžovatel má posouzení krajského soudu za nesprávné a v označených částech též za nesrozumitelné a neodůvodněné a navrhuje, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek zrušil a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení.

[16] Žalobce ve svém vyjádření ke kasační stížnosti poukazuje, že předseda žalovaného při svém rozhodování zohlednil příznivější právní úpravu týkající se víceprací podle ZVZ účinného do 30. 9. 2016 teprve poté, co mu byl postup v rozporu s čl. 40 odst. 6 Listiny vytknut ze strany žalobce, a to podnětem k zahájení přezkumného řízení ze dne 31. 7. 2015. Žalovaný princip příznivější právní úpravy nerespektoval ani v druhém řízení o rozkladu, kdy již uplynula lhůta pro transpozici směrnice 2014/24/EU obsahující právní úpravu změny smluv, jež je dle žalobce na první pohled příznivější, a měla být tudíž

stěžovatelem zohledněna, a to i tehdy, když se v průběhu správního řízení v žádném svém podání nedovolával přímé aplikace směrnice 2014/24/EU, konkrétně jejího článku 72.

[17] Žalobce souhlasí se závěrem krajského soudu, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť z jeho odůvodnění není zřejmé, zda stěžovatel vzal v potaz při svém rozhodování přímo účinnou směrnici 2014/24/EU, tj. konkrétně její čl. 72 odst. 1, a to z toho pohledu, zda neobsahuje pro žalobce příznivější právní úpravu týkající se změn smluv. Žalobce byl tímto postupem zkrácen na svých právech a navrhuje, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

[18] V doplnění kasační stížnosti stěžovatel poukázal na dva rozsudky krajského soudu ze dne 26. 9. 2018, č. j. 30 Af 110/2016 - 52 a č. j. 30 Af 103/2016 – 161, ve srovnatelné právní věci, tj. v řízeních o žalobách proti rozhodnutím předsedy stěžovatele při správním trestání vydaným v době od 1. 4. 2016 do 30. 9. 2016, tedy v době po uplynutí transpoziční lhůty směrnice 2014/24/EU a před účinností ZZVZ. Ani v jednom z označených rozsudků krajský soud neshledal nepřezkoumatelnost správních rozhodnutí v důsledku absence explicitního odůvodnění možné aplikace směrnice 2014/24/EU, nýbrž sám přistoupil k posouzení věci z hlediska platné a účinné právní úpravy ZZVZ.

IV. Posouzení kasační stížnosti Nejvyšším správním soudem

[19] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil zákonné náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná, a za stěžovatele v souladu s § 105 odst. 2 s. ř. s. jedná zaměstnankyně s vysokoškolským právnickým vzděláním, které je vyžadováno pro výkon advokacie. Nejvyšší správní soud zkoumal důvodnost kasační stížnosti v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů. Neshledal vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

[20] Kasační stížnost je důvodná.

[21] Nejvyšší správní soud prvně konstatuje, že napadený rozsudek krajského soudu není nepřezkoumatelný pro nedostatek důvodů, jak uváděl stěžovatel v kasační stížnosti. Za nepřezkoumatelná pro nedostatek důvodů jsou považována zejména taková rozhodnutí, u nichž není z odůvodnění zřejmé, jakými úvahami se soud řídil při hodnocení skutkových i právních otázek a jakým způsobem se vyrovnal s argumenty účastníků řízení (srov. např. rozsudek NSS ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003 - 52).

[22] Z provedené rekapitulace vyplývá, že skutkový stav případu je mezi účastníky nesporný. Stěžovatel brojí zejména proti postupu krajského soudu, který namísto toho, aby sám v průběhu řízení o žalobě proti napadenému rozhodnutí vyhodnotil ve smyslu čl. 40 odst. 6 Listiny možnost aplikace čl. 72 směrnice 2014/24/EU v důsledku jeho přímého účinku na zjištěný skutkový stav, napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil stěžovateli k dalšímu řízení.

[23] Nejvyšší správní soud předesílá, že podle závěrů usnesení jeho rozšířeného senátu ze dne 16. 11. 2016, č. j. 5 As 104/2013 - 46, č. 3528/2017 Sb. NSS, „[r]*ozhoduje-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 přihlédnout 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*“.

[24] Pro posouzení kasační stížnosti stěžovatele považuje Nejvyšší správní soud za určující následující závěry téhož usnesení rozšířeného senátu (zvýraznění doplněno): „*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. (...) Nejvyšší správní soud v řízení o kasační stížnosti bez ohledu na uplatněné kasační námitky ex offo přezkoumá, zda bylo správně aplikováno právo v předcházejících řízeních. Je tedy i povinen se zabývat právním stavem a jeho případnými změnami nastalými až do okamžiku rozhodování krajského soudu a zkoumat v rámci kasačního přezkumu, zda krajský soud dostál své vlastní povinnosti zkoumat tuto otázku před svým rozhodnutím.*“

[25] Judikatura Nejvyššího správního soudu u složené skutkové podstaty deliktu, jako je tomu i v posuzované věci, hodnotí odpadnutí odkazované povinnosti, jejíž nesplnění bylo původně trestáno, jako pozdější změnu zákona výhodnější pro pachatele, již je třeba aplikovat namísto úpravy účinné v době postihovaného jednání (viz např. rozsudek NSS ze dne 23. 11. 2017, č. j. 9 As 51/2017 – 41, či ze dne 26. 1. 2017, č. j. 5 As 104/2013 – 61).

[26] Rovněž nauka trestního práva chápe pojem *trestnost* dle čl. 40 odst. 6 Listiny (a § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník) tak, že zahrnuje i právní úpravu obsaženou v odkazovaných ustanoveních mimotrestních předpisů, na nichž závisí výrok o vině a trestu. „*Trestností se tu rozumějí všechny podmínky, na nichž závisí výrok o vině a trestu. Podle doby činu se tedy také posuzuje, která mimotrestní norma vyplňuje blanketní dispozici (...)*“ (Novotný, O., Dolenský, A., Jelínek, J., Vanduchová, M.: Trestní právo hmotné. I. Obecná část. 3. Přepracované vydání, Praha, Codex, 1997, str. 37). Totéž proto platí pro posuzování pozdější pro pachatele příznivější právní úpravy. Z těchto zásad vychází i judikatura trestních soudů. Poukázat lze např. na rozsudek Krajského soudu v Českých Budějovicích ze 17. 4. 1997, sp. zn. 4 To 255/97, publikovaný pod č. 36/1998 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek, kde se uvádí: „*Trestností činu se rozumí všechny podmínky relevantní pro výrok o vině i o trestu. Trestněprávními normami, jejichž souhrn může být rozhodující pro posouzení trestnosti činu z hlediska, který souhrn norem jako celek je pro pachatele příznivější, jsou vedle dalších také ustanovení popisující druhově určitý trestný čin včetně toho, která mimotrestní norma vyplňuje tzv. blanketní dispozici a určující trestní sankci, jakož i ustanovení vymezující pojem trestného činu, ustanovení*

o nebezpečnosti činu pro společnost, ustanovení o okolnostech vylučujících protiprávnost, ustanovení o zavinění a dalších základech trestní odpovědnosti. Tyto obecné úvahy bylo třeba aplikovat na posuzovaný případ následujícím způsobem. Již výše bylo naznačeno, že zákon o zbraních a střelivu vymezující pojem střelné zbraně, tedy zbraně, k jejímuž držení a nošení je třeba povolení, je z hlediska výkladu zákona součástí ustanovení § 185 odst. 1 tr. zák., a z tohoto pohledu je třeba jej chápat v nedílné jednotě s tímto trestněprávním ustanovením jako trestněprávní normu rozhodující pro posouzení trestnosti činu, to pochopitelně ve spojení s dalšími zákonnými ustanoveními. To ve svém důsledku znamená, že změna zákona o střelných zbraních a střelivu, k níž došlo právě zákonem č. 288/1995 Sb., musela nalézt svůj odraz i v právních úvahách z pohledu ustanovení § 16 odst. 1 tr. zák." V případě posuzovaném v citovaném judikátu byl dovozen zánik trestnosti v důsledku liberalizace předpisů na úseku střelných zbraní poté, co byl trestný čin spáchán, aniž by došlo ke změně samotné skutkové podstaty trestného činu nedovoleného ozbrojování dle § 185 zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon, tj. v situaci analogické nyní posuzované věci, kdy ZZVZ byla „změkčena" nejen právní úprava ZVZ účinného do 5. 3. 2015 ale i ZVZ účinného do 30. 9. 2016 ohledně dovolených podmínek zadávání víceprací, a to nově cestou dovolených změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku (srov. rozsudek NSS ze dne 22. 2. 2019, č. j. 4 As 336/2018 - 45).

[27] Ze spisu je zřejmé, že krajský soud rozhodoval o žalobě proti napadenému rozhodnutí dne 3. 7. 2018. V mezidobí od spáchání skutku žalobcem, jenž byl předmětem rozhodování stěžovatele a jeho předsedy o vině, do doby rozhodování krajského soudu se právní úprava relevantní z hlediska možného naplnění delitkní odpovědnosti žalobce měnila opakovaně. Východiskem pro zkoumání, zda a kolikrát se právní úprava změnila, přitom může být v řízení o trestním obvinění ve smyslu čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Úmluva") jedině hledisko míry příznivosti její aplikace na zjištěný skutkový stav z pohledu deliktní odpovědnosti žalobce, resp. jeho odpovědnosti za přestupek. Z tohoto pohledu tedy nemohou být rozhodná formální hlediska jednotlivých pozdějších právních úprav, nýbrž vždy ta konkrétní právní úprava (aplikovaná jako celek), do jejíhož předmětu regulace by jednání žalobce postihované prvoinstančním rozhodnutím při její aplikaci spadalo.

[28] V tomto směru je nepodstatné, zda by totéž jednání žalobce bylo různými právními úpravami postihováno na základě různých, nota bene blanketních skutkových podstat, tedy ať už v důsledku nedodržení podmínek pro zadání víceprací v jednacím řízení bez uveřejnění nebo v důsledku nedovolených změn závazku. Jak totiž uvedl rozšířený senát ve výše citovaném usnesení (zvýraznění doplněno): „*Smyslem veškerých ústavních a mezinárodních záruk pro rozhodování ve věcech trestních je zohlednění toho, že trestání jednotlivce veřejnou mocí představuje jeden z nejintenzivnějších zásahů veřejné moci do autonomní sféry jednotlivce. (...) Jedním z materiálních omezení je právě přesvědčení demokratické většiny o společenské škodlivosti postihovaného jednání formálně vyjádřené v zákoně zakazujícím takové jednání a stanovícím za porušení zákazu příslušný trest (srov. čl. 7 Úmluvy a čl. 39 Listiny). Pokud tento formálně vyjádřený konsensus společnosti odpadne, byť dodatečně, znamenalo by rozhodnutí o vině a trestu (formálně retrospektivně přezkoumané a jako zákonné shledáno soudem) flagrantní porušení zásady proporcionality, neboť uložení trestu (a jeho následné vykonání) by nemohlo sledovat žádný legitimní cíl a představovalo by jen absurdní a formalistickou aplikaci (již mrtvé) litery zákona.*"

[29] Klíčovou otázkou pro zhodnocení, zda krajský soud postupoval správně, když na jednání žalobce neaplikoval ZZVZ, je tedy posouzení, zda obsahově představuje pozdější právní úpravu, jejíž aplikace na případ žalobce by vedla k příznivějšímu výsledku z hlediska jeho odpovědnosti, či nikoli. Jednání žalobce, v jehož důsledku bylo rozhodnuto o jeho vině a trestu, přitom spočívalo v nedodržení podmínek pro zadání víceprací celkem 75 změnami závazku vzniklého na základě Souhrnu smluvních dohod TPR/06/128 na realizaci původní zakázky.

[30] Podle § 268 odst. 1 ZZVZ se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.

[31] Podle § 222 odst. 1 ZZVZ, není-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona.

[32] Podle § 222 odst. 5 ZZVZ se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažují dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou nezbytné a změna v osobě dodavatele (a) není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení, (b) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů a (c) hodnota dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.

[33] Podle § 222 odst. 6 ZZVZ se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna, (a) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, (b) nemění celkovou povahu veřejné zakázky a (c) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.

[34] Podle § 222 odst. 9 ZZVZ se původní hodnotou závazku pro účely výpočtu hodnoty změny nebo cenového nárůstu rozumí cena sjednaná ve smlouvě na veřejnou zakázku upravená v souladu s ustanoveními o změně ceny, obsahuje-li smlouva na veřejnou zakázku taková ustanovení. Celkový cenový nárůst související se změnami podle odstavců 5 a 6 při odečtení stavebních prací, služeb nebo dodávek, které nebyly s ohledem na tyto změny realizovány, nepřesáhne 30 % původní hodnoty závazku.

[35] Ze správního spisu se podává skutkové zjištění, že hodnota víceprací, jejichž zadání považuje stěžovatel za nezákonné, je 620 082 307,51 Kč, což odpovídá 32,04 % původní hodnoty závazku. Tyto vícepráce sice nijak nerozlišuje z hlediska jejich možného podřazení pod změnu závazku ve smyslu § 222 odst. 5 či odst. 6 ZZVZ, to však ke

zkoumanému účelu ani není třeba, jelikož hodnota veškerých víceprací, jejichž zadání považuje stěžovatel za nezákonné, nedosahuje zákonného limitu ani podle § 222 odst. 5, ani podle § 222 odst. 6 ZZVZ. K nedodržení zákonných limitů změn závazku podle § 222 odst. 5 ani § 222 odst. 6 ZZVZ tedy vytýkaným jednáním žalobce dojít nemohlo.

[36] Ze správního spisu se podává rovněž skutkové zjištění, že například podle ZBV č. 15 (na jehož obsah mimo jiné odkazoval žalobce v doplnění rozkladu a jenž zachycuje méněpráce nejvyšší hodnoty) nebyly realizovány méněpráce na objektu „Silnice R6“ které jsou označeny položkami soupisu prací č. 12351 ODKOP PRO SPOD STAVBU SILNIC A ŽELEZNIC TŘ 6, č. 56335 VOZOVKOVÉ VRSTVY ZE ŠTĚRKODRTI TL DO 250MM, č. 574464 ASFALTOVÝ KOBEREC TENKÝ MODIFIK TL 30MM, č. 574621a OBALOVANÉ KAMENIVO TŘ I TL DO 100MM a č. 574621b OBALOVANÉ KAMENIVO TŘ I TL DO 100MM. Hodnota všech těchto neprovedených méněprací byla celkem 137 055 440,16 Kč, což odpovídá přibližně 7,08 % původní hodnoty závazku.

[37] Přitom už jen jediná z těchto citovaných položek, totiž položka neprovedené méněpráce č. 574621b OBALOVANÉ KAMENIVO TŘ I TL DO 100MM měla hodnotu 50 023 134,50 Kč, což samo o sobě odpovídá přibližně 2,58 % původní hodnoty závazku.

[38] Současně s tím jsou v ZBV č. 15 jako vícepráce označeny položky soupisu prací č. 17111 ULOŽENÍ SYPANINY DO NÁSYPŮ SE ZLEPŠENÍM ZEMINY SE ZHUT, č. 563351 VOZOVKOVÉ VRSTVY ZE ŠTĚRKODRTI TL DO 250MM, č. 574134 ASFALTOVÝ BETON TŘ I MODIFIK TL 40MM, č. 574621aa OBALOVANÉ KAMENIVO TŘ I TL DO 100MM a č. 574621bb OBALOVANÉ KAMENIVO TŘ I TL DO 100MM a dále popis a zdůvodnění změny, které však neobsahuje přílohy v podobě vyjádření žalobce ke konstrukčním vrstvám vozovky ani vyjádření projektanta. Je z něj však zřejmé, že neprovedení uvedených méněprací je v příčinné souvislosti s provedením uvedených víceprací: „*Předmětem této změny je zlepšování zemin do násypu v úseku 2,080 – 3,280 (...) S výskytem nevhodných zemin v zářezu souvisí odpočet položky odkopávek v tř. těžitelnosti 6 na tomto úseku. Druhou část změny představuje změna konstrukční skladby vozovky (...)*“

[39] Ze správního spisu se tedy podává, že celkový cenový nárůst související se zadáním veškerých víceprací ve výši 32,04 % původní hodnoty závazku už jen při odečtení stavebních prací podle ZBV č. 15 v rozsahu 7,08 %, resp. (při odečtu byť jen jediné méněpráce podle ZBV č. 15) 2,58 %, které nebyly s ohledem na odpovídající vícepráce realizovány, nepřesáhne 30 % původní hodnoty závazku ve smyslu § 222 odst. 9 ZZVZ. Nemůže se tedy jednat o naplnění podmínek pro podstatnou změnu závazku ve smyslu § 222 odst. 1 ZZVZ, a tedy ani o naplnění skutkové podstaty podle § 268 odst. 1 ZZVZ.

[40] Nad rámec výše uvedeného Nejvyšší správní soud dodává, že skutečný celkový cenový nárůst při odečtení všech méněprací nebyl předmětem jeho zkoumání, jelikož v projednávaném případě fakt, že tento nárůst *jistě nepřesáhne* 30 % původní hodnoty závazku, vede *nepochybně* k závěru, že úvahy, na nichž stěžovatel a jeho předseda vystavěli odůvodnění prvoinstančního i napadeného rozhodnutí, ve světle pozdější právní úpravy

účinné ke dni rozhodování krajského soudu nemohou vést k nepříznivému následku v podobě rozhodnutí o vině žalobce a trestu v podobě pokuty.

[41] Nejvyšší správní soud nepřehlédl, že procentní výměra dovolených změn závazku dle ZZVZ je jen jednou z kumulativních podmínek dovolených změn závazku. Odůvodnění prvoinstančního rozhodnutí i napadeného rozhodnutí však dovozuje deliktní odpovědnost žalobce výhradně na základě nedodržení zákonného limitu pro zadání víceprací, s tím, že v důsledku překročení tohoto limitu nemohl být „dodržen postup stanovený pro zadání" veřejné zakázky v podobě víceprací ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ účinného do 5. 3. 2015. Nedodržení zákonného limitu 30 % ceny původní veřejné zakázky pro zadání víceprací však ve světle pozdější právní úpravy nově neopodstatňovalo závěr stěžovatele ani jeho předsedy o vině ani trestu žalobce, jelikož podle ZZVZ účinného v době rozhodování krajského soudu prokázané překročení takovéto hranice o 2,04 % již samo o sobě nebylo spojeno se žádným nepříznivým následkem pro žalobce z pohledu jeho deliktní odpovědnosti. Ze správního spisu se zároveň podává, že při odečtení stavebních prací, které nebyly s ohledem na změny vyvolané vícepracemi realizovány (méněprací), nemohl celkový cenový nárůst ani přesáhnout 30 % původní hodnoty závazku.
[42] Nejvyšší správní soud rovněž dodává, že předmětem jeho hodnocení nebyla možnost aplikace právní úpravy § 222 odst. 7 ZZVZ, který stanoví kumulativní podmínky, za nichž se záměna jedné nebo více položek soupisu stavebních prací jednou nebo více položkami nepovažuje za nedovolenou podstatnou změnu závazku. I kdyby totiž bylo možné dospět k závěrům o tom, že by některé položky soupisu prací splňovaly veškeré kumulativní podmínky pro tuto jejich dovolenou vzájemnou záměnu, a jejich hodnoty by tedy vůbec nevstupovaly jako vícepráce do limitů 50 % podle § 222 odst. 5 či odst. 6 ZZVZ, resp. do limitu 30 % vzájemné bilance víceprací a jim odpovídajících méněprací podle § 222 odst. 9 ZZVZ, nikdy by to nemohlo zvrátit výše uvedené závěry Nejvyššího správního soudu o dodržení těchto limitů žalobcem, ba naopak by je to ještě utvrzovalo. Žalobcem skutečně dosažené míry ve smyslu § 222 odst. 5, 6 a 9 ZZVZ by totiž mohly být jedině ještě menší než při hodnocení takových položek jako vícepráce a méněpráce. Ze spisu však pro tento postup soudu nebyla zřejmá veškerá nutná skutková zjištění a takovéto další zkoumání by bylo nadbytečné podobně jako zkoumání skutečného celkového cenového nárůstu po odečtení veškerých odpovídajících méněprací.

[43] Právní úpravou, která byla účinná ke dni rozhodování krajského soudu a která by z hlediska zjištěného skutkového stavu mohla při své aplikaci vést z pohledu míry příznivosti k nejlepšímu možnému výsledku, tedy nepochybně byla (přinejmenším) právní úprava ZZVZ. Větší míry příznivosti pro žalobce by nebylo možné dosáhnout, ani kdyby existovala jakákoli další právní úprava, byť třeba se stejným aplikačním výsledkem co do míry příznivosti z hlediska žalobce.

[44] Nejvyšší správní soud uzavírá, že krajský soud v řízení o žalobě proti napadenému rozhodnutí postupoval nesprávně, když na jednání žalobce neaplikoval právní úpravu ZZVZ účinnou v době jeho rozhodování, v důsledku níž zjištěný stav věci nově nevede k žádným nepříznivým následkům pro žalobce z pohledu jeho deliktní odpovědnosti. Eventuální přímý účinek č. 72 směrnice 2014/24/EU, k jehož vyhodnocení míry

příznivosti zavázal krajský soud předsedu stěžovatele, totiž nemohl vést k výsledku, který by byl (oproti aplikaci ZVZ účinného do 5. 3. 2015) pro žalobce příznivější ještě ve větší míře, než je tomu při aplikaci právní úpravy ZZVZ účinné v době rozhodování krajského soudu.

V. Závěr a náklady řízení

[45] S ohledem na shora uvedené rozhodl Nejvyšší správní soud o zrušení napadeného rozsudku krajského soudu a předcházejících rozhodnutí stěžovatele i jeho předsedy. Dospěje-li Nejvyšší správní soud k závěru o důvodnosti kasační stížnosti, rozsudkem zruší rozhodnutí krajského soudu a věc mu vrátí k dalšímu řízení, pokud ve věci sám nerozhodl způsobem podle § 110 odst. 2 s. ř. s. Pokud Nejvyšší správní soud zruší rozhodnutí krajského soudu a již v řízení před krajským soudem byly pro takový postup důvody, současně se zrušením rozhodnutí krajského soudu může podle povahy věci sám rozhodnout o zrušení rozhodnutí žalovaného, eventuálně i správního orgánu prvního stupně nebo o vyslovení nicotnosti rozhodnutí; § 75, § 76, a § 78 se použijí přiměřeně [§ 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s.]. Pravomoc k současnému zrušení rozhodnutí správního orgánu přitom není vázána na návrh stěžovatele; je to kasační soud, který zváží, zda je namístě pouze zrušení rozsudku krajského soudu a vrácení věci krajskému soudu k dalšímu řízení, či zda je racionální současné zrušení rozhodnutí správního orgánu.

[46] V daném případě jsou dány důvody k postupu podle § 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s., jelikož již v řízení před krajským soudem byly dány důvody pro zrušení napadeného i prvoinstančního rozhodnutí z důvodu aplikace pozdější právní úpravy příznivější pro žalobce a pro vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. V něm bude žalovaný podle § 78 odst. 5 s. ř. s. vázán shora uvedeným právním názorem Nejvyššího správního soudu.

[47] Podle § 110 odst. 3 věty druhé s. ř. s. platí, že pokud Nejvyšší správní soud zruší rozhodnutí podle § 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s., rozhodne o nákladech řízení o kasační stížnosti i o nákladech řízení před krajským soudem.

[48] Náklady obou řízení jsou tvořeny toliko soudním poplatkem za žalobu ve výši 3000 Kč. Jelikož žalobce dosáhl zrušení správních rozhodnutí, měl z procesního hlediska úspěch ve věci, a náleží mu tak dle § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. náhrada nákladů řízení vůči stěžovateli, který úspěch neměl. Stěžovatel je tedy povinen žalobci na nákladech řízení zaplatit celkem 3000 Kč, přičemž soud stanovil přiměřenou lhůtu k splnění této povinnosti v délce 30 dnů. V řízení o kasační stížnosti mu žádné náklady nevznikly, proto mu soud jejich náhradu nepřiznal.

[49] Stěžovatel úspěch ve věci neměl, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení (§ 60 odst. 1 s. ř. s. *a contrario* ve spojení s § 120 s. ř. s.).

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

V Brně dne 28. listopadu 2019

pokračování

JUDr. Miluše Došková
předsedkyně senátu