

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Barbary Pořízkové a soudců JUDr. Radana Malíka a JUDr. Pavla Molka v právní věci žalobce: **Centrum pro zjišťování výsledků vzdělávání**, se sídlem Jankovcova 933/63, Praha 7, zast. JUDr. Josefem Donátem, advokátem se sídlem Na Pankráci 1683/127, Praha 4, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 9. 2016, č. j. ÚOHS-R277/2015/VZ-36916/2016/322/KBe, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 26. 9. 2018, č. j. 31 Af 80/2016 - 85,

takto:

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 9. 2018, č. j. 31 Af 80/2016 - 85, **se zrušuje** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Podanou kasační stížností se žalovaný (dále jen „stěžovatel“) domáhá zrušení v záhlaví označeného rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), kterým bylo podle § 78 odst. 1 a 4 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“), zrušeno shora uvedené rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda Úřadu“) a věc byla stěžovateli vrácena k dalšímu řízení. Rozhodnutím předsedy Úřadu byl zamítnut rozklad žalobce proti rozhodnutí stěžovatele ze dne 7. 8. 2015, č. j. ÚOHS-S1091/2014, S0354/2015/VZ-21931/2015/542/JVo (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“), a toto rozhodnutí bylo potvrzeno.

[2] Prvostupňovým rozhodnutím byl žalobce uznán vinným ze spáchání správních deliktů

i. podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „starý ZVZ“), kterého se měl dopustit tím, že zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny zákonné podmínky,

přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 31. 10. 2014 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, a

ii. podle § 120 odst. 1 písm. c) starého ZVZ, kterého se měl dopustit tím, že dne 31. 10. 2014 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, ačkoli byl povinen toto oznámení uveřejnit,

a byla mu uložena pokuta podle § 120 odst. 2 písm. a) starého ZVZ ve výši 500 000 Kč.

[3] Krajský soud předně dospěl k závěru, že je na projednávaný případ nutné aplikovat pro pachatele příznivější pozdější zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „nový ZVZ“), který nabyl účinnosti až po právní moci rozhodnutí předsedy Úřadu (odkázal na usnesení rozšířeného senátu ze dne 16. 11. 2016, č. j. 5 As 104/2013 - 46, č. 3528/2017 Sb. NSS). Podle staré právní úpravy by se žalobce dopustil jednočinného nestejnorodého souběhu správních deliktů podle § *120 odst. 1 písm. a)* a § *120 odst. 1 písm. c)* starého ZVZ. Podle nové právní úpravy by však mohl být postižen pouze za jediný správní delikt (přestupek) podle § *268 odst. 1 písm. a)* nového ZVZ, jenž odpovídá § 120 odst. 1 písm. a) starého ZVZ. Pro žalobce je tudíž příznivější.

[4] Podle nové právní úpravy by žalobce nemohl být postižen za správní delikt odpovídající § 120 odst. 1 písm. c) starého ZVZ. Ten byl v části (tj. v jednání spočívajícím v uzavření smlouvy na veřejnou zakázku) integrován do § 268 odst. 1 písm. a) nového ZVZ; zde by se tedy jednalo o jediný delikt, nebo jednočinný stejnorodý souběh, který je ale jen teoretickou konstrukcí. Ve zbývající části (tj. v jednání spočívajícím v neuveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení) mu nově odpovídá správní delikt (přestupek) podle § 269 odst. 1 písm. a) nového ZVZ; jeho (jednočinný nestejnorodý) souběh s deliktem podle § 268 odst. 1 písm. a) nového ZVZ je však v projednávané věci vyloučen z důvodu subsidiarity (obě normy chrání tentýž objekt, přičemž typová závažnost posledně zmíněného deliktu je významně vyšší).

[5] Vedle toho považuje krajský soud ve vztahu ke správnímu deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) starého ZVZ správní rozhodnutí za nepřezkoumatelná pro nedostatek důvodů a nesrozumitelnost (vnitřní rozpornost). Stěžovatel dospěl ve svých rozhodnutích k závěru, že podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění nebyly splněny, neboť krajně naléhavý případ (odůvodňující užití tohoto druhu zadávacího řízení) žalobce (jakožto zadavatel) svým jednáním způsobil a mohl jej předvídat. Vytkl mu, že původní zadávací řízení s obdobným předmětem plnění zahájil příliš pozdě, proto termíny, jež si sám stanovil a jež nemohl překročit, nebylo možné stihnout. Stav krajní naléhavosti tak sám vyvolal.

[6] Krajský soud k tomu uvedl, že na odpovědnost žalobce – jakožto státní příspěvkové organizace, která byla zřízena Ministerstvem školství, mládeže a tělovýchovy (dále jen „ministerstvo“), – sice nemohou mít vliv vnitřní schvalovací procesy jejího zřizovatele, může ji však ovlivnit jeho normativní činnost s vnější působností. Je tudíž třeba zjistit, o jakou situaci se jednalo v projednávané věci, a v návaznosti na to znovu posoudit, zda postup žalobce v původním zadávacím řízení vyvolal stav krajní naléhavosti v důsledku vnějších příčin, nebo nikoli. Pokud jde o určení lhůt, s nimiž měl žalobce při zahájení původního zadávacího řízení předem počítat, považuje krajský soud prvostupňové rozhodnutí za vnitřně rozporné. Stěžovatel musí jasně vysvětlit, o jaké lhůty se jedná, přičemž tak nemůže učinit až v průběhu řízení před krajským soudem. V této souvislosti

nadto odkázal na svou dřívější judikaturu (rozsudek ze dne 31. 5. 2018, č. j. 62 Af 125/2016 - 209), z níž dovodil, že zadavatel je povinen předem počítat jen s lhůtou podle § 82 odst. 1 starého ZVZ, nikoli s blokační lhůtou podle § 110 odst. 5 téhož zákona. Pro úplnost krajský soud dodal, že úvahy stěžovatele o řešení situace tím, že žalobce mohl slevit z podmínek původní veřejné zakázky, považuje za spekulaci.

[7] Výhradami proti výši pokuty se krajský soud pro nadbytečnost nezabýval.

II. Shrnutí obsahu kasační stížnosti, vyjádření ke kasační stížnosti, repliky a dupliky

[8] Stěžovatel napadl rozsudek krajského soudu v celém rozsahu kasační stížností, jejíž důvody podřazuje pod § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s., a navrhl jeho zrušení a vrácení věci tomuto soudu k dalšímu řízení.

[9] Závěr o nemožnosti postihnout žalobce podle nové právní úpravy za správní delikt odpovídající § 120 odst. 1 písm. c) starého ZVZ považuje za zmatečný. Krajský soud jej nepřípustně dělí mezi správní delikty podle § 268 odst. 1 písm. a) a § 269 odst. 1 písm. a) nového ZVZ a důvod absorpce druhého z nich spojuje jednou se subsidiaritou, podruhé s konzumpcí. Zároveň § 269 odst. 1 písm. a) nového ZVZ na posuzovaný případ vůbec nedopadá, neboť se týká *oznámení o zadání zakázky*, tj. uzavření smlouvy, nikoli *oznámení o zahájení zadávacího řízení*. Správní delikty podle § 120 odst. 1 písm. a) a c) starého ZVZ jsou v souladu s judikaturou krajského soudu rovnocenné, chrání odlišné zájmy (viz rozsudek ze dne 27. 1. 2016, č. j. 31 Af 202/2013 - 137) a žalobce spáchal oba úmyslně; druhý delikt stěžovatel nikdy nepovažoval za důsledek prvního.

[10] Stěžovatel setrval na svém názoru, že vnitřní rozhodovací procesy ministerstva nejsou pro věc relevantní a nesouhlasí s tím, že by byl skutkový stav zjištěn nedostatečně. Oddálení zahájení původního zadávacího řízení je přičitatelné výhradně žalobci, který je za výběr druhu zadávacího řízení objektivně odpovědný. Na případné negativní důsledky měl svého zřizovatele upozornit. Žádné relevantní vnější okolnosti odůvodňující zpoždění při přípravě původního zadávacího řízení žalobce nepředestřel, přičemž ani relevanci změny koncepce maturitních zkoušek jednoznačně nevysvětlil; úlohou stěžovatele zároveň není za něj liberační důvody domýšlet. Ve vztahu k určení zákonných lhůt, s nimiž měl žalobce při zahájení původního zadávacího řízení předem počítat, je prvostupňové rozhodnutí zcela jednoznačné.

[11] Ve vyjádření ke kasační stížnosti žalobce navrhl kasační stížnost zamítnout. Se závěry krajského soudu ohledně aplikace příznivější nové právní úpravy se ztotožnil, ostatně stěžovatel ani nerozporoval, že by nová právní úprava delikt odpovídající § 120 odst. 1 písm. c) starého ZVZ již neobsahovala. Nadto doplnil, že i podle staré právní úpravy by bylo postižení za tento delikt nesmyslné a nadbytečné, neboť případné jednání spočívající ve výběru nesprávného druhu zadávacího řízení je třeba hodnotit jako celek, nikoli jej štěpit.

[12] Zároveň zopakoval, že stav krajní naléhavosti svým jednáním nezpůsobil a nemohl jej předvídat; ostatně i podle stěžovatele jej měl způsobit pouze formálně. Znovu podrobně popsal postup přípravy původního zadávacího řízení (včetně úvah o změnách koncepce maturitních zkoušek) a důvody oddálení jeho zahájení, které by měl vzít stěžovatel v potaz. Stručně řečeno byl závislý na rozhodování svého zřizovatele, a to i jako garanta prováděcí legislativy, a navzdory veškeré snaze nemohl udělení potřebného souhlasu

ministra uspíšit. Pokud stěžovatel nyní považuje jeho snahu (včetně upozornění na možné negativní důsledky) za relevantní, sám tím popírá správnost svých rozhodnutí a měl ji již dříve zohlednit (včetně možnosti liberace). Poukázal též na to, že stěžovatel nesprávně směšuje otázku subjektivní stránky jednání žalobce v souvislosti s § 23 odst. 4 písm. b) starého ZVZ na straně jedné a objektivní odpovědnost s možností liberace na straně druhé. K rozlišení zákonných lhůt, s nimiž je zapotřebí při zahájení zadávacího řízení počítat, přistupuje stěžovatel arbitrárně; po zadavateli zároveň nelze požadovat, aby počítal s jakýmkoli procesním zdržením, nadto žalobce si rozumnou časovou rezervu vytvořil.

[13] V replice stěžovatel setrval na své dosavadní argumentaci. Na podporu svého závěru o nemožnosti zohlednit vztah žalobce k ministerstvu odkázal na rozsudek ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015 - 95, č. 3436/2016 Sb. NSS. Nadto i při přisouzení relevance tomuto vztahu by platilo, že žalobce mohl stav krajní naléhavosti předvídat.

[14] V duplice žalobce zopakoval a zdůraznil svou dosavadní argumentaci. Stěžovatel setrvale ignoruje konkrétní okolnosti případu; žalobce nemohl původní zadávací řízení zahájit dříve (ačkoli o to usiloval) z důvodů, které stěžovatel nevzal v potaz. Odkaz na rozsudek č. j. 1 As 256/2015 - 95 je nepřípadný, neboť odklad nebyl způsoben nezákonným jednáním ministerstva. Předvídat stav krajní naléhavosti znamená soustředit se pouze na události, které jsou přiměřeně pravděpodobné a odvratitelné. Cílem jednacího řízení bez uveřejnění bylo zajistit plnění jen po nezbytně nutnou dobu.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[15] Nejvyšší správní soud posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že kasační stížnost byla podána včas, jde o rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost přípustná, a stěžovatel je zastoupen pověřenou zaměstnankyní, která má vysokoškolské právnické vzdělání vyžadované podle zvláštních zákonů pro výkon advokacie ve smyslu § 105 odst. 2 s. ř. s. Poté přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů, ověřil, zda netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), a dospěl k závěru, že kasační stížnost je důvodná.

[16] V projednávané věci není sporu o těchto základních skutečnostech. Žalobci byla jako státní příspěvkové organizaci ministerstva svěřena řadu úkolů k zajištění maturitních zkoušek. Po stránce informačních technologií zabezpečoval tyto úkoly externě. Za tímto účelem zahájil v červnu 2014 užší řízení (původní zadávací řízení), neboť poskytování informačních a dalších souvisejících služeb na základě předchozí smlouvy končilo dne 31. 10. 2014. Jelikož k tomuto dni nebylo možné původní zadávací řízení dokončit (uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem a započít její plnění v souladu s harmonogramem), zahájil žalobce dne 27. 10. 2014 jednací řízení bez uveřejnění s obdobnými parametry. Na jeho základě uzavřel dne 31. 10. 2014 smlouvu s uchazečem vybraným v původním zadávacím řízení.

[17] Podstata sporu se v řízení o kasační stížnosti týká *A)* splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) starého ZVZ a *B)* zohlednění nového ZVZ v řízení před krajským soudem v souladu se zásadou příkazu retroaktivity ve prospěch pachatele (čl. 40 odst. 6 věta druhá Listiny základních práv a svobod).

A) K zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění

[18] Podle § 23 odst. 4 písm. b) starého ZVZ *zadavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejnou zakázku je nezbytné zadat v krajně naléhavém případě, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, a z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení.*

[19] V projednávané věci jde o to, zda žalobce stav krajní naléhavosti *svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat*. Spor se týká dvou bodů. Za prvé zda při zahájení původního zadávacího řízení žalobce měl a mohl předvídat, že jeho včasné ukončení není reálné. Za druhé zda (popř. jaký) vliv měl na případné pozdní zahájení původního zadávacího řízení vztah žalobce k jeho zřizovateli (ministerstvu). Podle krajského soudu jsou správní rozhodnutí v těchto bodech nepřezkoumatelná pro nesrozumitelnost (vnitřní rozpornost), resp. pro nedostatek důvodů. Tomuto závěru kasační soud nepřisvědčil.

[20] Pokud jde o *první bod*, není podle krajského soudu jasné, zda měl žalobce podle prvostupňového rozhodnutí při zahájení původního zadávacího řízení počítat jen se zákonem stanovenými lhůtami, anebo též s délkou (případného) správního řízení o návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (body 59 a 60). Z podrobného odůvodnění prvostupňového rozhodnutí však plyne zcela jednoznačně závěr, že měl žalobce při zahájení původního zadávacího řízení předvídat, že jeho včasné ukončení není reálné s ohledem na zákonem stanovené lhůty. Plyne to nejen z argumentace jako celku (viz citace právní úpravy, shrnutí skutkového stavu a aplikace na projednávanou věc v bodech 70 až 113), ale dokonce i z opakovaných výslovných závěrů stěžovatele, podle nichž žalobce „*v návaznosti na stanovené zadávací podmínky v dokumentaci k původní veřejné zakázce nezohlednil lhůty (limity) stanovené zákonem o veřejných zakázkách*“ (bod 100, viz též body 101, 102 a 104 prvostupňového rozhodnutí), resp. nemohl smlouvu v původním zadávacím řízení „*uzavřít z důvodu běhu lhůty podle § 82 odst. 1 zákona, ve které nesmí před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky uzavřít smlouvu*“ (bod 111 tamtéž).

[21] Krajský soud vnitřní rozpornost prvostupňového rozhodnutí postavil výlučně na reakci stěžovatele k výhradě žalobce, podle níž nelze po zadavateli požadovat, aby při sestavování harmonogramu zakázky počítal s délkou (případného) správního řízení (první a druhá věta v bodu 108 prvostupňového rozhodnutí). Stěžovatel k tomu uvedl pouze to, že „*je právem dodavatelů podat k Úřadu návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel tedy musí v harmonogramu zadávacího řízení počítat s tím, že je možné, že některý z dodavatelů podá k Úřadu návrh, a zahájit tak zadávání veřejné zakázky v dostatečném předstihu, resp. postupovat v zadávacím řízení dostatečně rychle tak, aby bylo možno zadat veřejnou zakázku i v případě podání návrhu k Úřadu*“, přičemž na podporu svého závěru odkázal na rozhodnutí žalovaného ze dne 30. 10. 2013 (které obsahuje zcela shodný text; viz jeho citace v bodu 60 rozsudku krajského soudu). Žalobce tak měl počítat jen s možností podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, a to v jednoznačné souvislosti s během lhůty podle § 111 odst. 5 starého ZVZ (třetí a čtvrtá věta v bodu 108 prvostupňového rozhodnutí). Prvostupňové rozhodnutí je tedy v tomto ohledu vnitřně zcela konzistentní. Ostatně krajský soud si byl patrně jeho závěru vědom, neboť s ním sám (byť velmi kuse) polemizuje (viz bod 61).

[22] Pro úplnost kasační soud uvádí, že nebylo ani namístě vytýkat stěžovateli, že v prvostupňovém rozhodnutí odkázal na *pravomocné* rozhodnutí ze dne 30. 10. 2013, byť bylo krajským soudem později zrušeno (rozsudkem ze dne 27. 1. 2016, č. j. 31 Af 202/2013 - 137). K jeho zrušení totiž došlo dne 27. 1. 2016, tedy až po vydání prvostupňového rozhodnutí (7. 8. 2015).

[23] Pokud jde o *druhý bod*, je sporné, zda případné prodlení se zahájením původního zadávacího řízení bylo dáno vnějšími okolnostmi (nezávislými na vůli žalobce a jím nepředvídatelnými).

[24] Podstata žalobcovy argumentace zde spočívá v tom, že případné prodlení se zahájením původního zadávacího řízení nemůže jít k jeho tíži, neboť v souladu s vnitřními předpisy ministerstva (směrnicí pro zadávání veřejných zakázek) je k takovému kroku třeba schválení ministra. Byť žalobce inicioval kroky k získání souhlasu již v roce 2013, ministr jej definitivně udělil až dne 23. 4. 2014. K odkladu s udělením souhlasu mělo dojít z důvodu nástupu nového ministra v lednu 2014 a s tím spojeným zvažováním změny koncepce maturitních zkoušek. Žalobce neměl možnost získání tohoto souhlasu jakkoli urychlit. Stěžovatel proti tomu odmítá, že by vnitřní rozhodovací procesy ministerstva měly mít pro věc jakoukoli relevanci (viz body 30, 31 a 40 rozhodnutí předsedy Úřadu).

[25] Krajský soud se stěžovatelem souhlasí, že vnitřní rozhodovací a schvalovací procesy nemohou být pro věc relevantní (viz body 51 a 52 jeho rozsudku), něco jiného by však představovala normativní činnost ministerstva. Rozlišuje „*prosté*“ *akty řízení* (např. ohledně otázek rozpočtu) a *normativní právní akty* (např. změnu vyhlášky č. 177/2009 Sb.), přičemž ve druhém případě by se mohlo jednat o vnější příčinu, jež stav krajní naléhavosti vyvolala (viz bod 53 jeho rozsudku). Na tomto základě se tudíž stěžovatel musí zabývat „*možnou změnou jeho* [ministra – pozn. NSS] *názoru na podobu a obsah státních maturit*“, tj. zda se jednalo „*o možné zásahy do předmětné vyhlášky, které by měnily podmínky pro státní maturity*“, a až následně s přihlédnutím ke všem okolnostem případu posoudit, zda prodlení se zahájením původní veřejné zakázky má jít k tíži žalobce (viz bod 57 rozsudku krajského soudu).

[26] Ze samotné argumentace žalobce je nicméně zřejmé, že zahájení původního zadávacího řízení neoddálilo *přijetí* „normativního“ aktu, ale udělení nezbytného souhlasu ministrem (podle vnitřních předpisů) až dne 23. 4. 2014. Kasační soud tak přisvědčuje stěžovateli, že nic nebrání přezkumu jeho závěru, podle něhož nejsou vnitřní (rozhodovací) procesy ministerstva pro věc relevantní. Pokud má krajský soud za to, že oddálení původního zadávacího řízení pramenící z vnitřních (rozhodovacích a schvalovacích) procesů ministerstva nelze za určitých okolností klást žalobci k tíži, jde již o polemiku s věcným závěrem správního orgánu, jež nečiní napadené správní rozhodnutí nepřezkoumatelným. Pro úplnost soud dodává, že odůvodnění tohoto závěru není z rozsudku krajského soudu blíže seznatelné.

[27] Kasační soud na tomto místě uzavírá, že se výše uvedené úvahy týkají pouze závěru krajského soudu o nepřezkoumatelnosti správních rozhodnutí. Jelikož tento závěr shledal nesprávným, bude v dalším řízení úkolem krajského soudu v mezích žalobních bodů již věcně posoudit, zda žalobce naplnil podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) starého ZVZ, konkrétně zda stav krajní naléhavosti *svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat*. V rámci skutkových

okolností projednávané věci tedy posoudí, zda při zahájení původního zadávacího řízení žalobce měl a mohl předvídat, že jeho včasné ukončení není reálné s ohledem na pro posuzovanou věc relevantní zákonem stanovené lhůty, a zda (popř. jaký) vliv mohl mít na případné pozdní zahájení původního zadávacího řízení vztah žalobce k jeho zřizovateli (ministerstvu).

[28] Nad rámec výše uvedeného je třeba přisvědčit žalobcovu upozornění, že nelze zaměňovat naplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) starého ZVZ s liberačními důvody objektivní odpovědnosti podle § 121 odst. 1 starého ZVZ (srov. především bod 51 rozsudku krajského soudu).

[29] Pokud jde o polemiku účastníků o hypoteticky lepším postupu v původním zadávacím řízení (spočívající ve zvolení jiného druhu zadávacího řízení, upravení parametrů zakázky aj.), jenž by jej umožnil ukončit včas, nemá pro posuzovanou věc vůbec žádný význam. Podstatné je pouze to, zda žalobce naplnil podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) starého ZVZ *v projednávaném případě*. Úvahy, že by taková situace nemusela nastat, postupoval-li by v původním zadávacím řízení jinak, vybočují z rámce projednávané věci, a jsou tudíž nadbytečné. Potud lze závěru krajského soudu přisvědčit.

B) K zásadě příkazu retroaktivity ve prospěch pachatele

[30] Podle krajského soudu je třeba v projednávané věci zohlednit změnu právní úpravy, která nabyla účinnosti až po právní moci rozhodnutí o správním deliktu, neboť je pro žalobce příznivější. Dovodil, že podle staré právní úpravy by se dopustil souběhu dvou správních deliktů [podle § 120 odst. 1 písm. a) a § 120 odst. 1 písm. c) starého ZVZ], podle nové právní úpravy však jen deliktu jediného [podle § 268 odst. 1 písm. a) nového ZVZ]. Stěžovatel považuje závěr krajského soudu, že podle nové právní úpravy došlo k dekriminalizaci stíhaného jednání ve vztahu ke správnímu deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) starého ZVZ za nepřezkoumatelný.

[31] Kasační soud předně připomíná, že při posouzení, zda se použije zásada příkazu retroaktivity ve prospěch pachatele, je zapotřebí „*podřadit konkrétní čin konkrétního pachatele pod všechna relevantní ustanovení řešící přestupek, celkový výsledek posoudit a podle toho rozhodnout, zda je pozdější právní úprava pro pachatele výhodnější*“ (viz rozsudek ze dne 11. 2. 2021, č. j. 8 As 43/2019 - 40, č. 4162/2021 Sb. NSS, bod 24). Je tedy nutné posoudit, zda je novější právní úprava pro pachatele příznivější, a to s ohledem na konkrétní skutkové okolnosti, tedy konkrétní jednání pachatele, nikoli v abstraktní rovině, jak učinil krajský soud (viz též rozsudek č. j. 8 As 43/2019 - 40, body 22 a 23).

[32] Jelikož krajský soud zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu pro nepřezkoumatelnost spočívající (mimo jiné) v nedostatku skutkových důvodů, tj. vylíčení stíhaného jednání, nemohl s ohledem na výše uvedené posoudit, která právní úprava byla pro žalobce výhodnější. Již tato skutečnost brání přezkumu sporné otázky. Spolu s tím nebylo namístě opřít rozsudek o tento rozhodovací důvod i proto, že věc byla projednána bez nařízení jednání, ačkoli s tímto postupem žalobce nesouhlasil (viz č. l. 54 spisu krajského soudu), a to navíc v situaci, kdy byl krajský soud ve vztahu k této otázce přezkoumávané *ex offo* v podstatě v postavení nalézacího soudu (viz rozsudek č. j. 8 As 43/2019 - 40, body 20 a 21).

Tím krajský soud zároveň zatížil své rozhodnutí vadou, která mohla mít za následek nezákonnost jeho rozsudku.

[33] V dalším řízení proto krajský soud tuto žalobní námitku posoudí až poté, co postaví najisto, jaké konkrétní jednání je žalobci kladeno za vinu. Až tehdy totiž lze žalobcův konkrétní čin podřadit pod všechna relevantní ustanovení staré i nové právní úpravy řešící správní delikt a rozhodnout, zda je pozdější právní úprava pro žalobce výhodnější, či nikoli.

[34] Nad rámec rozhodovacích důvodů NSS dodává, že bude-li jednání žalobce spočívat v nesprávném výběru druhu zadávacího řízení, tedy v tom, že žalobce použil pro zadání veřejné zakázky jednací řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny zákonné podmínky, je krajský soud povinen zvážit, jaké skutkové podstaty správních deliktů podle staré i nové právní úpravy byly tímto jednáním naplněny. Takové jednání přirozeně nelze podřadit pod ty skutkové podstaty (v první řadě jejich objektivní stránky), které na něj nedopadají. Pro tento účel je nezbytné stíhané jednání (resp. skutek) řádně vymezit (nemůže se jednat o neohraničený řetězec konání a opomenutí) a učinit úvahu, jaký skutek (popř. skutky) bylo možné sankcionovat jak podle staré tak podle nové právní úpravy.

IV. Závěr a náklady řízení

[35] Z výše uvedených důvodů Nejvyšší správní soud v souladu s § 110 odst. 1 větou první před středníkem s. ř. s. zrušil rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 26. 9. 2018, č. j. 31 Af 80/2016 - 85, a věc vrátil tomuto soudu k dalšímu řízení.

[36] O věci rozhodl bez jednání postupem podle § 109 odst. 2 věty první s. ř. s., podle kterého o kasační stížnosti rozhoduje soud zpravidla bez jednání.

[37] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti bude rozhodnuto v souladu s § 110 odst. 3 větou první s. ř. s., podle kterého zruší-li NSS rozhodnutí krajského soudu a vrátí-li mu věc k dalšímu řízení, rozhodne krajský soud i o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 27. ledna 2022

JUDr. Barbara Pořízková
předsedkyně senátu