



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci

žalobce: **hlavní město Praha**
sídlem Mariánské náměstí 2/2, Praha
zastoupený JUDr. Jiřím Hartmannem, advokátem
Advokátní kancelář Hartmann, Jelínek, Fráňa a partneři s.r.o.
sídlem Sokolovská 5/49, Praha

proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R0005/2017/VZ-0897/2017/321/EDo ze dne 15.3.2017

t a k t o :

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

O d ů v o d n ě n í :

1. Žalobce se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.3.2017, č.j. ÚOHS-R0005/2017/VZ-0897/2017/321/EDo, kterým bylo potvrzeno prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.12.2016, č.j. ÚOHS-S0909/2014/VZ-49432/2016/521/ZKu, a zamítnut žalobcův rozklad.

I. Shrnutí podstaty věci

2. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí ze dne 15.12.2016, č.j. ÚOHS-S0909/2014/VZ-49432/2016/521/ZKu, dospěl k závěru, že žalobce naplnil znaky správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), tím, že porušil § 82 odst. 7 písm. a) ZVZ, neboť provedl 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 ZVZ upraveného druhu zadávacího řízení podstatně rozšířil předmět veřejné zakázky o stavební práce spočívající v realizaci Trojského mostu v podobě, která nebyla součástí smlouvy. 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 žalobci uložena pokuta ve výši 11 000 000 Kč.

3. Předseda žalovaného nyní napadeným rozhodnutím ze dne 15.3.2017, č.j. ÚOHS-R0005/2017/VZ-0897/2017/321/EDo, prvostupňové rozhodnutí potvrdil a žalobcem podaný rozklad zamítl.

II. Shrnutí procesního postojů žalobce

4. Žalobce namítá, že napadené rozhodnutí je nezákonné; žalobce nesouhlasí s právním posouzením skutkového stavu. Žalobce dále namítá, že jeho jednání nenaplnilo znaky trvajících správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Zákaz podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem (§ 82 odst. 7 ZVZ) se stal součástí ZVZ až s účinností od 1.4.2012. Žalobce tak zákaz podstatné změny uzavřené smlouvy před 1.4.2012 nemohl porušit, neboť neexistovalo zákonné ustanovení, které by mohl žalobce porušit. Žalovaný tuto okolnost nijak nezohlednil. Z přechodných ustanovení zákona č. 55/2012 Sb., kterým byl novelizován ZVZ, navíc podle žalobce vyplývá, že nebylo-li jednání deliktní před nabytím účinnosti zákona č. 55/2012 Sb., je na takové jednání nutné i po nabytí účinnosti novelizace ZVZ nahlížet tak, že jednání není deliktní. Podle žalobce dále z přechodných ustanovení zákona č. 55/2012 Sb. plyne, že jednání učiněná žalobcem po nabytí účinnosti zákona č. 55/2012 Sb. je třeba posuzovat dle znění ZVZ účinného do 1.4.2012. Žalobce tedy namítá, že § 82 odst. 7 ZVZ nelze na jednání žalobce aplikovat. Aplikace § 2 odst. 2 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku (dále jen „trestní zákoník“), je podle žalobce nepřipadná. Aplikace § 2 odst. 2 trestního zákoníku je namísto pouze tehdy, jestliže je jednání pachatele trestné již od počátku, a nikoli stane-li se jednání pachatele trestným v jeho trvání. Navíc analogie trestního práva v neprospěch žalobce je nepřipustná. Stejně tak je nepřipustná analogie dle soudních rozhodnutí bez zákonného rámce, neboť takový postup je v rozporu s čl. 2 odst. 3 a čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod. Žalobce odkazuje na obsah napadeného rozhodnutí, podle kterého pouhý pokyn úředníka (žalobce) nemůže sám o sobě způsobit porušení zákona. Žalobce dále namítá, že konstrukce žalovaného ohledně tří roky trvajících správního deliktu, který měl být dokonán podpisem dodatku č. 8 ke smlouvě o dílo, je mylná. K realizaci Trojského mostu dle

žalobce vedl pouze pokyn ze dne 30.3.2009. Výklad žalovaného je podle žalobce pouze snahou obejít běh promlčecí lhůty.

5. Žalovaný se podle žalobce také nevypořádal s existencí rozhodčího nálezu Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky ze dne 24.9.2013, sp. zn. Rsp 2239/13, a nerespektoval posouzení předběžných otázek rozhodčím soudem. Podle žalobce není pravdou, že by žalobce platil vybranému uchazeči za další dodatečné stavební práce související s realizací Trojského mostu v rozporu s pravidly dle uzavřené smlouvy o dílo. Žalobce namítá, že vybranému uchazeči zaplatil původně sjednanou cenu díla a další dodatečné práce byly vícepracemi. Žalobce dále namítá, že dodatkem č. 8 došlo pouze k vyčíslení investičních nákladů a nikoli ke stvrzení předpokládané ceny, jak je uvedeno v bodu 29. napadeného rozhodnutí. Z rozhodčího nálezu podle žalobce naopak plyne, že mezi žalobcem a vybraným uchazečem k uzavření zvláštní smlouvy na výstavbu Trojského mostu v nové podobě nedošlo. Podle § 57 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“), byl žalovaný závěrem rozhodčího soudu o tom, že dodatkem č. 8 ke změně smlouvy nedošlo, vázán.

6. Podle žaloby dále žalovaný chybně určil horní hranici pro výpočet pokuty. Žalovaný měl do ceny zakázky zahrnout pouze rozdíl mezi cenou „nového“ Trojského mostu a odhadem uvedeným v původní zadávací dokumentaci. Jednání žalobce od března roku 2009 do května roku 2012 nevedla ke změně smlouvy o dílo, což má vyplývat z rozhodčího nálezu.

7. Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušit. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem.

III. Shrnutí procesního postojů žalovaného

8. Žalovaný se vyjádřil v tom směru, že žalobní námitky jsou totožné s rozkladovými námitkami proti prvostupňovému rozhodnutí, a proto odkázal na odůvodnění napadeného rozhodnutí. Podle žalovaného i před 1.4.2012 neměl zadavatel možnost libovolně měnit obsah již uzavřených smluv. Žalovaný ve vyjádření k žalobě dále uvedl, že až od okamžiku uzavření dodatku č. 8 lze stanovit počátek běhu lhůty pro zánik odpovědnosti žalobce za správní delikt. Podle žalovaného žalobce v rozkladu rozhodčím nálezem neargumentoval. Faktická změna smlouvy o dílo byla podle žalovaného „formálně právně podchycena“ právě až uzavřením dodatku č. 8. Závěry rozhodčího nálezu proto považuje žalovaný s ohledem na vlastní zjištění skutkového stavu za irelevantní. Podle žalovaného navíc rozhodčí soud nemá povahu orgánu veřejné moci dle § 57 odst. 3 správního řádu, což má vyplývat mimo jiné z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27.1.2010, č.j. 9 Afs 119/2009-47, a z usnesení Ústavního soudu ze dne 15.7.2002, sp. zn. IV. ÚS 174/02. Horní hranici pokuty je podle žalovaného třeba vztahovat k celkově uhrazené ceně veřejné zakázky.

9. Žalovaný tedy navrhuje zamítnutí žaloby jako nedůvodné. I žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před zdejším soudem.

IV. Posouzení věci

10. Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.). Napadené rozhodnutí bylo přezkoumáváno v mezích uplatněných žalobních bodů podle § 75 odst. 2 s.ř.s. podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného postupem podle

§ 75 odst. 1 s.ř.s. Zdejší soud rozhodoval bez jednání za splnění podmínek dle § 51 odst. 1 s.ř.s. a dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.

11. Zdejší soud musel k uplatněným žalobním bodům nejprve posoudit, zda odpovědnost žalobce za správní delikt před pravomocným projednáním věci nezanikla. Žalobce namítá, že konstrukce žalovaného o tři roky trvajícím správním deliktu je účelová; žalovaný se snaží obcházet pravidla o běhu promlčecí lhůty.

12. Zákonem č. 40/2015 Sb., který nabyl účinnosti dne 6.3.2015 – tedy před vydáním prvostupňového rozhodnutí, byl § 121 odst. 3 ZVZ změněn tak, že nově odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže žalovaný o něm nezahájil řízení do 3 let (dříve do 5 let) ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let (dříve do 10 let) ode dne, kdy byl spáchán. Obdobně dle § 270 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), ve znění účinném ke dni vydání napadeného a jemu předcházejícího rozhodnutí, odpovědnost zadavatele za správní delikt zaniká, jestliže žalovaný o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán. Zákonem č. 183/2017 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích, byl ZZVZ (po vydání napadeného rozhodnutí) novelizován tak, že promlčecí doba činí 5 let (odst. 5) a byla-li promlčecí doba přerušena, odpovědnost za přestupek zanikne nejpozději uplynutím 10 let od jeho spáchání. Podle důvodové zprávy k zákonu č. 183/2017 Sb. „...*délka promlčecí doby pěti let a mezní promlčecí doby deseti let je pak délka dlouhodobou praxí Úřadu ověřená a odpovídá společenskému zájmu na zvyšování právního vědomí zadavatelů v oblasti zadávání veřejných zakázek a preventivnímu působení práva v této oblasti...*“.

13. Podle žalobce propadná lhůta k projednání správního deliktu již uplynula, neboť k realizaci Trojského mostu odlišně od smlouvy o dílo vedl žalobcův pokyn ze dne 30.3.2009. Z výrokové části I. prvostupňového rozhodnutí zdejšímu soudu vyplývá, že k podstatné změně smlouvy o dílo mělo dojít v období od 30.3.2009 do 24.5.2012, čímž se žalobce dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že porušil § 82 odst. 7 písm. a) ZVZ. Protiprávní jednání žalobce mělo spočívat zejména v udělení pokynu přípisem žalobce ze dne 30.3.2009, č.j. OMI/2291/296/2009, v podání žádosti ze dne 6.12.2010 o změnu stavby před jejím dokončením, ve schválení usnesení rady žalobce č. 890 ze dne 21.6.2011 a č. 1546 ze dne 18.10.2011 a v uzavření dodatku č. 8 ke smlouvě dílo dne 24.5.2012.

14. Žalovaný vedl se žalobcem správní řízení z moci úřední. Podle § 46 odst. 1 správního řádu je řízení z moci úřední zahájeno doručením oznámení. V nyní posuzované věci bylo oznámení o zahájení správního řízení z moci úřední ze dne 4.11.2014, č.j. ÚOHS-S909/2014/VZ-23428/2014/521/ZKu, žalobci doručeno dne 5.11.2014. Správní řízení bylo tedy zahájeno dne 5.11.2014. Dokumentaci k veřejné zakázce žalovaný obdržel ve dnech 15.8.2014 a 16.10.2014. Již z uvedeného vyplývá, že žalovaný zahájil správní řízení do jednoho roku od okamžiku, kdy se o možném spáchání správního deliktu dozvěděl.

15. Před pravomocným projednáním věci (napadené rozhodnutí nabylo právní moci dne 16.3.2017) byla objektivní lhůta k projednání správního deliktu zadavatele zkrácena z 10 na 5 let. Podle čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. V souladu s rozsudkem Evropského soudu pro lidská práva ve věci Engel proti Nizozemí ze dne 8.6.1976, stížnosti č. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72 a 5370/72, a navazující (i tuzemskou) judikaturou je i na nyní posuzované věci nutné pohlížet jako na věc trestní. Byla-li v průběhu správního řízení objektivní propadná lhůta k projednání

správního deliktu zkrácena z 10 na 5 let, bylo podle zdejšího soudu třeba na nyní posuzovanou věc nově vztáhnout pětiletou objektivní lhůtu. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 24.5.2017, č.j. 3 As 114/2016 – 46, vyplývá, že zákonem stanovená lhůta k projednání správního deliktu je proceň normou a do jejího uplynutí jsou přípustné změny v její délce; v uvedeném rozsudku šlo o prodloužení plynoucí lhůty zániku odpovědnosti za správní delikt provozovatele vozidla. Byť zdejší soud nepovažuje závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 24.5.2017, č.j. 3 As 114/2016 – 46, za ustálený právní názor Nejvyššího správního soudu, tyto závěry však slouží na podporu závěru zdejšího soudu, že se na nyní posuzovanou věc vztahovala objektivní pětiletá lhůta k projednání správního deliktu. Zdejší soud tedy dává žalobci zapravdu v tom, že jestliže by se počátek plynutí promlčecí lhůty vztahoval pouze k pokynu ze dne 30.3.2009, odpovědnost žalobce za správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ by zanikla, neboť věc nebyla pravomocně projednána do pěti let od spáchání správního deliktu (napadené rozhodnutí nabylo právní moci až dne 16.3.2017).

16. Z napadeného i jemu předcházejícího rozhodnutí je však zřejmé, že podle žalovaného se žalobce dopustil trvajícího správního deliktu. Trvajícím správním deliktem je mimo jiné takový správní delikt, „...*jímž pachatel vyvolá protiprávní stav, který posléze udržuje, popřípadě jímž udržuje protiprávní stav, aniž jej vyvolal. Jednání, jímž pachatel udržuje protiprávní stav, zúvadný z hlediska správního práva, tvoří jeden skutek a jeden správní delikt až do okamžiku ukončení deliktního jednání, tj. až do okamžiku odstranění protiprávního stavu. Lhůta pro uložení pokuty, případně pro zahájení řízení o uložení pokuty, může začít běžet teprve od okamžiku ukončení trvajícího správního deliktu...*“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22.2.2005, č.j. 5 A 164/2002-44).

17. To, že k faktické změně smlouvy o dílo v části týkající se stavebního objektu Trojského mostu mělo dojít v několika krocích, je podle zdejšího soudu patrné z listin, které procházejí správním spisem. Je pravdou, že přípisem ze dne 30.3.2009, č.j. OMI/2291/296/2009, žalobce vybranému uchazeči 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 nejdříve zahájení realizace...*“, z přípisu žalobce však zároveň vyplývá, že projektová dokumentace nebyla zpracována v podrobnostech umožňující realizaci mostu. Z odpovědi vybraného uchazeče ze dne 21.10.2010 nadto plyne, 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...*“. Vybraný uchazeč v odpovědi ze dne 21.10.2010 odkazoval na čl. 13.3 obchodních podmínek, na které odkazuje již samotná smlouva o dílo ze dne 30.10.2006. Dále je zřejmé, že vybraný uchazeč „plné rozvinutí prací“ podmiňoval vydáním rozhodnutí o povolení změny stavby. Povolení Magistrátu hlavního města Prahy ze dne 24.2.2011, č.j. MHMP 1013800/2010/DOP-OI/Za, které prochází správním spisem, nabylo právní moci až dne 17.3.2011. Také z již zmíněného 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 zdejšímu soudu vyplývá, že žalobce i po zahájení výstavby Trojského mostu dle nové projektové dokumentace zvažoval, zda bude pokračovat ve výstavbě dle této nové projektové dokumentace. To, že žalobce zvažoval i jiné řešení než výstavbu Trojského mostu dle nové projektové dokumentace, bylo výslovně uvedeno 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 již zmiňovaný posudek ze dne 16.5.2011. Usnesením ze dne 21.6.2011 vzala Rada hlavního města Prahy na vědomí také zprávu o postupu realizace souboru staveb za 1. čtvrtletí, ze které vyplývá, že byla povolena změna stavby (Trojského mostu) dle nové projektové dokumentace.

18. Zdejší soud tak na základě právě uvedeného dává zapravdu žalovanému v tom ohledu, že k faktické změně smlouvy o dílo v části týkající se Trojského mostu došlo několika souvisejícími (navazujícími) kroky v žalovaným vymezeném časovém intervalu. Obdobně z listiny „Zápis o projednání a odsouhlasení fakturace při výstavbě nového Trojského mostu, sepsaný dne 15.4.2011“ soudu plyne, že cena Trojského mostu dle nové projektové dokumentace měla být známa nejdříve v průběhu 3. čtvrtletí roku 2011: „...projekty RDS na stavbu nového Trojského mostu budou kompletně k dispozici až v průběhu 3. čtvrtletí 2011 a teprve následně je možno zpracovat definitivní výkaz výměr po položkách a jejich ocenění...“.

19. Správním spisem prochází listina „SOUHRN SMLUVNÍCH DOHOD (Smlouva o dílo)“ ze dne 30.10.2006, č. smlouvy objednatele DIL/21/04/003842/2006. Smlouva o dílo se týkala také stavby č. 0079 Špejchar – Pelc Tyrolka, jejíž součástí byl Trojský most. Správním spisem dále prochází dodatek č. 8 ze dne 24.5.2012, kterým byla změněna smlouva o dílo ze dne 30.10.2006. Předmětem dodatku byla změna ceny díla (čl. I. odst. 2.). Dle dodatku č. 8 „...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 zbývající části zadávací dokumentace...“: Z dodatku č. 8 je dále patrné, že se dodatek vztahoval také ke stavbě č. 0079 (Špejchar – Pelc Tyrolka), jejíž součástí Trojský most byl.

20. Zdejší soud tedy dává zapravdu žalovanému v tom, že uzavření dodatku č. 8 bylo dalším dílčím jednáním, kterým žalobce udržoval jím navozovaný stav – změnu smlouvy o dílo, přičemž tato změna sestávala z několika na sebe navazujících faktických kroků žalobce, jak je vymezil žalovaný. Jestliže součástí řetězce na sebe navazujících kroků žalobce směřujících ke změně uzavřené smlouvy o dílo bylo také uzavření dodatku č. 8 dne 24.5.2012, pak podle zdejšího soudu nedošlo k zániku odpovědnosti žalobce za správní delikt před jeho pravomocným projednáním. Jednání žalobce naplňovalo znaky trvajících správního deliktu a žalovaný tedy nepochybil, jestliže běh objektivní lhůty k projednání správního deliktu odvíjel od uzavření dodatku č. 8.

21. Zdejší soud se ztotožňuje s argumentací žalovaného také v tom ohledu, že jestliže nedošlo k vyhotovení smlouvy, dodatku či jiného formalizovaného právního titulu, kterým byla změněna původní smlouva o dílo v části týkající se Trojského mostu, nemůže absence písemné smlouvy (dodatku) sloužit k obcházení ZVZ. Není totiž podstatné, jak jsou smluvní vztahy soukromoprávně klasifikovány a kombinovány (jak jsou fakticky z pohledu soukromoprávního – závazkového – uskutečněny), naopak rozhodné je, zda faktická činnost „zadavatele“ a „dodavatele“ vykazovala znaky zadání veřejné zakázky (mutatis mutandis bod 14. rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 14.6.2017, č.j. 7 As 135/2017-31, či rozsudek zdejšího soudu ze dne 8.10.2015, č.j. 30 Af 47/2013-102). Pro zdejší soud je – z týchž důvodů jako pro žalovaného – nepřijatelný výklad, podle něhož by bylo možno obejít zákaz podstatné změny uzavřené smlouvy faktickým postupem zadavatele bez formální změny již uzavřené smlouvy (tu smlouvy o dílo). V nyní posuzované věci nelze přehlédnout především skutečnost, že realizovaná stavba mostu se vzhledem, parametry i cenou (cca o tři čtvrtě miliardy Kč, resp. o téměř miliardu Kč, vycházel-li by zdejší soud nakonec z ceny 1 460 931 738,06 Kč, jak ji žalobce sdělil žalovanému přípisem ze dne 24.10.2016) diametrálně odlišuje od stavby dle původní projektové dokumentace (most s šikmým asymetrickým pylonem).

22. Již z uvedené rekapitulace je zřejmé, že došlo k faktické změně smlouvy; určení přesného okamžiku, kdy ke změně smlouvy o dílo došlo, je za řetězení shora rekapitulovaných postupně uskutečňovaných kroků podle zdejšího soudu nemožné; ke změně smlouvy došlo faktickým postupným konáním žalobce. Jestliže nemožnost určení přesného okamžiku změny smlouvy byla způsobena samotným žalobcem (zadavatelem), který místo formalizovaného procesu změny smlouvy dle ZVZ (za tam stanovených podmínek) smlouvu o dílo v části týkající se Trojského mostu podstatně změnil zcela mimo rámec ZVZ, nemůže se dovolávat toho, že nelze přesně určit okamžik takové změny. I bez tohoto určení je zřejmé, jakého skutku se žalobce dopustil. Je pravdou, že z rozhodčího nálezu ze dne 24.9.2014, sp. zn. Rsp 2239/13, vyplývá, že „...*práce na novém Trojském mostě nebyly pracemi pouze měnicími v souladu s dohodou stran předmět Smlouvy o dílo, byly to práce, které probíhaly mimo Smlouvu o dílo a nebyla uzavřena ani jiná samostatná smlouva*, podle zdejšího soudu však závěry rozhodčího nálezu nebyly ve smyslu § 57 odst. 3 správního řádu pro žalovaného závazné. Závaznými nebyly ostatně již z toho důvodu, že z odůvodnění rozhodčího nálezu soudu zřetelně vyplývá, že rozhodčí soud se otázkou změny smlouvy o dílo v souvislosti se stavbou Trojského mostu v režimu ZVZ vůbec nezabýval, přitom (jak již zdejší soud shora v jiných souvislostech uvedl) není podstatné, jak jsou smluvní vztahy soukromoprávně – závazkově co do vzájemných smluvních práv a povinností – klasifikovány; právě z tohoto pohledu se přitom rozhodčí soud vztahy mezi žalobcem a dalšími subjekty v rozhodčím nálezu zabýval. Podstatné je, zda činnost zadavatele (žalobce) vykazovala znaky změny již uzavřené smlouvy bez proběhlého zadávacího řízení. Z odůvodnění napadeného a prvostupňového rozhodnutí žalovaného je jasné patrné, že a jakým konkrétním způsobem ke změně smlouvy o dílo dle ZVZ došlo (výstavbou mostu odlišného od zadávací dokumentace), přitom podle uvedeného rozhodčího nálezu „...*stavba Trojského mostu (stavební objekt SO 9031.01) tak, jak byla navržena a realizována podle architektonického návrhu MMD a projektové dokumentace zpracované MMD, je samostatným objektem oddělitelným od ostatních stavebních objektů tvořících Dílo. Dále dospěl k závěru, že to je stavba nezávislá a nesouvisící s Trojským mostem, který předpokládala ZDS. ZDS sice počítala s existencí tohoto stavebního objektu (mostu přes Vltavu), ovšem ve zcela jiném provedení, resp. ZDS počítá se zcela odlišnou stavbou, ať již v architektonickém ztvárnění či konstrukčním řešení, než je Trojský most podle návrhu MMD. Stavba nového Trojského mostu podle návrhu MMD původní stavbu Trojského mostu předpokládaného v ZDS bez dalšího nahradila; nijak na původní záměr ZDS nenavazovala...*“.

23. Klíčové v nyní posuzované věci je, zda šlo o podstatnou změnu smlouvy o dílo, a tedy zda na žalobce dopadal zákaz podstatných změn uzavřené smlouvy o dílo. Podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ 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. Podle § 82 odst. 7 ZVZ zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se dle § 82 odst. 7 písm. a) ZVZ považuje taková změna, která by rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) a § 23 odst. 7 ZVZ. Podle žalobce se zákaz podstatné změny uzavřené smlouvy stal součástí ZVZ (§ 82 odst. 7) až s účinností od 1.4.2012 a na jednání žalobce proto bylo nutné nahlížet tak, že nebylo deliktní.

24. K otázce, zda ZVZ již před novelizací zákonem č. 55/2012 Sb. obsahoval zákaz podstatných změn uzavřené smlouvy či nikoli, se zdejší soud vyjádřil již v rozsudku ze dne 27.4.2017, č.j. 62 Af 12/2016-110. Kasační stížnost směřující proti tomuto rozsudku byla Nejvyšším správním soudem zamítnuta rozsudkem ze dne 8.3.2018, č.j. 10 As 150/2017-58. Zdejší soud tedy nemá důvod na svém pohledu ve vztahu k nyní posuzované věci cokoli měnit.

25. Zákaz podstatné změny smlouvy uzavřené v zadávacím řízení po jejím uzavření je podle zdejšího soudu natolik klíčovým a v zadavatelském prostředí samozřejmým pravidlem, jež naplňuje smysl veškerého zákonodárství v oblasti zadávání veřejných zakázek, že toto pravidlo je třeba aplikovat i na ZVZ ve znění účinném před 1.4.2012 (před účinností zákona č. 55/2012 Sb.) a žalobce rozumně nemohl vycházet z východiska jiného. Zákaz podstatné změny smlouvy uzavřené v zadávacím řízení po jejím uzavření se tedy v nyní posuzované věci uplatnil i přesto, že to výslovně stanovil až později účinný § 82 odst. 7 ZVZ ve znění zákona č. 55/2012 Sb., a podle zdejšího soudu by se tento zákaz navíc uplatnil i bez toho, že tak judikoval Soudní dvůr Evropské unie v rozsudku ze dne 19.6.2008 ve věci C-424/06, *Presstext*. Opřel-li žalovaný svůj závěr o dílčí východiska tohoto rozsudku, vadou to podle zdejšího soudu jistě není.

26. § 82 odst. 2 ZVZ stanoví povinnost uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče. Vyjma jednacího řízení s uveřejněním zadavatel nesmí s dodavatelem o jimi předloženém návrhu smlouvy, který je součástí jejich nabídky (§ 68 odst. 2 ZVZ) a který odpovídá zadávací dokumentaci, jakkoli dále jednat a tento návrh smlouvy upravovat. Podle zdejšího soudu § 82 odst. 2 ZVZ 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.

27. Bylo by v rozporu se smyslem regulace zadávání veřejných zakázek dovozovat, že zadavatel je sice v průběhu zadávacího řízení vázán relativně přísnými pravidly zadávání, jež obsahují i zákaz změny návrhu smlouvy, avšak po formálním uzavření smlouvy může v takové smlouvě dodatkem „cokoli“ změnit, neboť zadávací řízení (zadávací řízení), na něž pravidla pro postup zadavatele směřujícího k uzavření smlouvy dopadají, končí právě uzavřením smlouvy (v nyní posuzované věci před účinností zákona č. 55/2012 Sb.). Zdejší soud tedy nesouhlasí se žalobcem v tom, že by snad celá doktrína zákazu podstatných změn smluv uzavřených v zadávacích řízeních po jejich uzavření za právního stavu podle ZVZ účinného před 1.4.2012 (před účinností zákona č. 55/2012 Sb.) byla protizákonná. Po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku byly tedy i před účinností zákona č. 55/2012 Sb. nepřípustné takové změny, které by mohly vyvolat nerespektování výsledku zadávacího řízení, neboť by zasahovaly do pravidel, za nichž se nabídka dodavatele, s níž je smlouva uzavírána, stala vítěznou. Již s ohledem na smysl zadávacích podmínek stanovených zadavatelem, smysl stanovení hodnotících kritérií a smysl hodnocení nabídek je třeba za nepřípustnou, a tedy odporující § 82 odst. 2 větě druhé ZVZ, považovat jakoukoli změnu ujednání, jež byla zadavatelem vymíněna v zadávacích podmínkách (a byla tak součástí pravidel, za nichž podávali jednotliví dodavatelé své nabídky) nebo jež byla předmětem hodnocení (a byla tak součástí pravidel nabídnutých vybraným uchazečem při respektování pravidel stanovených zadavatelem v zadávacích podmínkách).

28. Z výše uvedeného posouzení běhu objektivní prekluzivní lhůty k projednání správního deliktu je patrné, že se zdejší soud ztotožnil s posouzením věci žalovaným v tom, že se žalobce dopustil správního deliktu trvajících. Trestnost správních deliktů se řídí obdobnými principy jako trestnost trestných činů (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31.5.2007, č.j. 8 As 17/2007-135). Ve vztahu k trestání trvajících správních deliktů se na jednání pachatele hledí jako na jeden skutek (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22.2.2005, č.j. 5 A 164/2002-44). Uzavření dodatku č. 8 ke smlouvě o dílo - jako dílčí jednání, kterým žalobce udržoval protiprávní stav - bylo realizováno až po nabytí účinnosti zákona č. 55/2012 Sb., konkrétně dne 24.5.2012. Dle čl. II. bodu 2. zákona č. 55/2012 Sb. se v řízeních o přezkoumání úkonů zadavatele, která

byla zahájena po dni nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo soutěž o návrh podle bodu 1. navazují, postupuje podle dosavadních právních předpisů. Zákon č. 55/2012 Sb. nabyt účinnosti dne 1.4.2012, tedy před uzavřením dodatku č. 4 (17.9.2012). Před nabytím účinnosti zákona č. 55/2012 Sb. žalobce jednal v rozporu s § 82 odst. 2 ZVZ, po nabytí účinnosti novely ZVZ žalobce jednal v rozporu s § 82 odst. 7 písm. a) ZVZ, neboť v souladu s čl. II. odst. 2. přechodných ustanovení zákona č. 55/2012 Sb. zákaz podstatné změny smlouvy dle § 82 odst. 7 písm. a) ZVZ již na uzavření dodatku č. 8 ke smlouvě o dílo dopadal (časovou působnost zákona č. 55/2012 Sb. blíže rozvedl Nejvyšší správní soud kupříkladu v rozsudku ze dne 24.1.2018, č.j. 3 As 86/2017-35; na tam uvedené úvahy zdejší soud žalobce i žalovaného odkazuje). Žalobce tedy od počátku jednal v rozporu se ZVZ. Jestliže za této situace žalovaný zohlednil § 2 odst. 2 trestního zákoníku, podle kterého se při změně zákona během páchaní činu užije zákona, který je účinný při dokončení jednání, kterým je čin spáchán (tu § 82 odst. 7 písm. a) ZVZ), nedošlo k uplatnění analogie v neprospěch žalobce.

29. Namítá-li dále žalobce, že postupem žalovaného byl porušen čl. 2 odst. 3 a čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, nedává mu zdejší soud zapravdu ani v této žalobní námitce. Podle čl. 2 odst. 3 každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá. Podle čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod mohou být povinnosti ukládány toliko na základě zákona a v jeho mezích a jen při zachování základních práv a svobod. Zákaz podstatných změn uzavřené smlouvy byl v ZVZ před 1.4.2012 stanoven v § 82 odst. 2 ZVZ a na žalobce se tento zákaz vztahoval již od okamžiku uzavření smlouvy o dílo. Žalovaný tedy podle zdejšího soudu nepochybil, jestliže jednání žalobce kvalifikoval jako rozporné s § 82 odst. 7 písm. a) ZVZ (jak již shora bylo uvedeno, trestnost skutku se posuzuje ke dni jeho spáchání).

30. Podle zdejšího soudu je ze skutkového podkladu napadeného rozhodnutí zjevné, že výsledný objekt Trojského mostu je oproti (původní) zadávací dokumentaci výrazně odlišný; oproti zadávací dokumentaci byl postaven „jiný most“. Dle zadávací dokumentace „Vyhlášení otevřeného řízení veřejné zakázky (základní a obecná ustanovení)“ byla součástí veřejné zakázky realizace stavby č. 0079, jejíž součástí byla výstavba stavebního objektu 9031.01 (Trojského mostu). Projektovou dokumentaci mostu zpracovala SA TRA, spol. s r.o. Z výkazu výměr v nabídce vybraného uchazeče byla cena za stavební objekt stanovena ve výši 494 960 892 Kč, objekt byl dále vymezen vizualizací a slovním popisem architektonického řešení. Ze správního spisu je patrné, že došlo k realizaci stavby Trojského mostu dle návrhu Mott MacDonald CZ, spol. s r.o. a Roman Koucký architektonická kancelář s.r.o., který byl odlišný od návrhu obsaženého v zadávací dokumentaci. Z dopisu vybraného uchazeče ze dne 21.10.2010 je zřejmé, že dle výkazu výměr byla celková cena mostu dle návrhu Mott MacDonald CZ, spol. s r.o. a Roman Koucký architektonická kancelář s.r.o. nově vyčíslena na 1 102 763 839,57 Kč; dodatkem č. 8 byla cena zvýšena na 1 232 509 872 Kč. To, že se výsledný objekt Trojského mostu typem zvolené konstrukce (a tedy i co do vzhledu a technických parametrů) odlišoval oproti v zadávací dokumentaci uvedenému mostu, je ostatně zjevné také 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. Nadto z písemné komunikace mezi žalobcem, projektantem mostu (Mott MacDonald CZ, spol. s r.o. a Roman Koucký architektonická kancelář s.r.o.) a vybraným uchazečem vyplývá, že i technologie výstavby mostu byla z důvodu odlišné nosné konstrukce obtížnější.

31. Za situace, kdy byl oproti zadávací dokumentaci postaven vizuálně odlišný most s odlišnou nosnou konstrukcí, s odlišným postupem výstavby, o stovky milionů Kč dražší a zcela mimo rámec zadávacích řízení vymezených v § 21 odst. 1 ZVZ, žalobce podle zdejšího soudu rozšířil předmět veřejné zakázky ve smyslu § 82 odst. 7 písm. a) ZVZ, čímž se dopustil podstatné změny

práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Pokud jde tedy o hmotněprávní posouzení žalobcova jednání, žaloba důvodná není.

32. Žalobce dále namítá, že žalovaný ve svých úvahách o horní hranici pro výpočet pokuty chybně vycházel ceny celého díla. V nyní posuzované věci se žalobce dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Za správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ lze v souladu s § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ uložit pokutu ve výši do 10 % ceny zakázky nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. Z prvostupňového rozhodnutí soudu plyne, že žalovaný dospěl k závěru, že práce na veřejné zakázce nebyly ke dni vydání prvostupňového rozhodnutí dokončeny a cenu veřejné zakázky nebylo možné přesně určit. Žalovaný proto při určení horní hranice možné pokuty vycházel z částky 20 000 000 Kč.

33. Není tedy pravdou, že by žalovaný při určování horní hranice možné pokuty vycházel z ceny celého díla. Nadto jestliže by žalovaný vycházel z ceny Trojského mostu (1 460 931 738,06 Kč), jak ji žalobce sdělil žalovanému přípisem ze dne 24.10.2016, pak by horní hranice pokuty dosahovala částky 146 093 173,81 Kč a mnohonásobně by tak přesahovala žalovaným stanovenou hranici 20 000 000 Kč. Postup žalovaného při vymezení maximální možné výše pokuty tedy byl zjevně ve prospěch žalobce. Pokud jde o samotný postup při ukládání pokuty v konkrétní výši, žalovaný podle bodu 133. prvostupňového rozhodnutí zohlednil, že se deliktní jednání vztahovalo pouze k části veřejné zakázky. Celkovou cenu díla prvostupňový správní orgán zmínil v bodu 136. prvostupňového rozhodnutí v souvislosti s dopady jednání žalobce; i v tomto bodu uvedl cenu části díla (cenu Trojského mostu). Na výši pokuty zdejší soud neshledává nic nepřiměřeného či nespravedlivého. Žaloba je tak i v této části nedůvodná.

34. Zdejší soud tedy ze shora uvedených důvodů na věc nahlíží v nosných ohledech shodně jako žalovaný v napadeném a jemu předcházejícím rozhodnutí. Žádný ze žalobních bodů, jak byly v žalobě uplatněny, zdejší soud nepokládá za důvodný, nad jejich rámec nelze ve vztahu k napadenému rozhodnutí dovodit ani žádný nedostatek, který by vyvolával vadu, k níž by musel zdejší soud přihlídnout z úřední povinnosti. Proto zdejší soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

35. Žalobce eventuálně navrhuje moderaci uložené pokuty. Tento svůj návrh nikterak speciálně neodůvodňuje. Jestliže na výši pokuty zdejší soud na základě uplatněných žalobních bodů neshledal nic nepřiměřeného, tím spíše na ní nemůže shledat nic zjevně nepřiměřeného. Pouze v takovém případě by mohl podle § 78 odst. 2 s.ř.s. uloženou pokutu moderovat. Proto ani tomuto návrhu zdejší soud nevyhověl.

V. Náklady řízení

36. Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, proto právo na náhradu nákladů řízení nemá. Úspěšný byl žalovaný, tomu však podle obsahu soudního spisu nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti, navíc náhradu žádných nákladů řízení ani nepožadoval, a proto bylo rozhodnuto, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 1. února 2019

David Raus v.r.
předseda senátu