



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: **statutární město Děčín**,  
sídlem Mírové náměstí 1175/5, Děčín,  
zastoupený Mgr. Narcisem Tomáškem, advokátem,  
sídlem U Starého mostu 111/4, Děčín,

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

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.11.2016, č.j. ÚOHS-R80/2016/VZ-46669/2016/322/LKa,

### 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 č.j. ÚOHS-R80/2016/VZ-46669/2016/322/LKa ze dne 24.11.2016, kterým byl zamítnut žalobcův

rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17.2.2016, č.j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-06106/2016/513/JLÍ.

### I. Shrnutí podstaty věci

2. Žalovaný v rámci správního řízení zahájeného z moci úřední uložil žalobci prvostupňovým rozhodnutím č.j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-06106/2016/513/JLÍ ze dne 17.2.2016 pokutu ve výši 40 000 Kč z důvodu nedodržení postupu stanoveného zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), neboť žalobce po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem dohodou o narovnání s vybraným uchazečem snížil vyčíslenou smluvní pokutu za prodlení z 6 800 000 Kč na 1 740 739 Kč a dopustil se tak správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.

3. Předseda žalovaného poté nyní napadeným rozhodnutím č.j. ÚOHS-R80/2016/VZ-46669/2016/322/LKa ze dne 24.11.2016 prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

### II. Shrnutí procesního postoje žalobce

4. Podle žalobce spočívá napadené rozhodnutí na nesprávných skutkových i právních závěrech. Podle žalobce byla výše smluvní pokuty pro nastalou situaci nepřiměřená, a proto bylo třeba přistoupit k její moderaci. Žalobce dále namítá, že v napadeném ani jemu předcházejícím prvostupňovém rozhodnutí nebyla vypořádána argumentace žalobce obsažená v podání ze dne 11.12.2015.

5. Podle žalobce byla smluvní pokuta v rámci celého díla nastavena přiměřeně; nepřiměřená byla smluvní pokuta pouze „...v nastalé situaci při prodlení s částí díla...“. Žalobce namítá, že při zvažování moderace výše smluvní pokuty nezvažoval pouze výši finančních prostředků, jaké může žalobce získat, ale také kupříkladu „...možnosti reálného dokončení díla, případné náklady na soudní uplatnění pohledávek, s tím spojené náklady na úhradu ceny díla z úvěru a náklady na hrazení úvěru...“. Žalovaný se navíc podle žalobce nevypořádal s námitkou, že bez provedené moderace by k moderaci výše smluvní pokuty jistě přistoupil soud v rámci následného vymáhání smluvní pokuty. Žalovaný i jeho předseda se podle žalobce nedostatečně vypořádali s námitkou, že otázka délky prodlení zhotovitele není otázkou spadající pod podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy. S možnou moderací smluvní pokuty museli podle žalobce počítat všichni potenciální uchazeči, neboť otázka moderace pokuty je dlouhodobě rozvíjena soudní praxí; podle žalobce tedy moderací smluvní pokuty nemohlo dojít k podstatné změně práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo.

6. Podle žalobce nemohla mít změna výše smluvní pokuty vliv na účast potenciálních uchazečů v zadávacím řízení. Podmínky zadávacího řízení byly podle žalobce pro všechny potenciální uchazeče nastaveny stejně, a proto každý uchazeč musel počítat s případnou maximální výší smluvní pokuty a každý uchazeč měl možnost tuto skutečnost zohlednit v rámci nabídkové ceny. Při úvahách o moderaci případné smluvní pokuty byla podle žalobce uchazečům též známa judikatura Nejvyššího soudu. Existují-li podle žalobce „...argumenty ve prospěch i v neprospěch účastníka řízení, pak se nelze pouze přiklonit k variantě v neprospěch účastníka bez řádného zjištění skutkového stavu, jak to vyžaduje zásada materiální pravdy, ale naopak je nutno dle zásady in dubio pro reo zprostit účastníka řízení viny...“.

7. Žalobce dále namítá, že je za totožné jednání trestán dvakrát, což je v rozporu se zásadou ne bis in idem; žalobce již byl potrestán poskytovatelem dotace (Ministerstvo pro místní rozvoj) krácením poskytnuté dotace do výše 25 %.

8. Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí zrušit a na tomto procesním postoji setrval v průběhu celého řízení před zdejší soudem, a to i na jednání, které ve věci proběhlo.

### III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

9. Podle žalovaného je právní posouzení zákonné a správné; žalobce opakuje argumenty, které již byly uplatněny ve správním řízení a se kterými se žalovaný řádně vypořádal. Podle žalovaného nelze po dodavatelích požadovat, aby byli seznámeni s judikaturou Nejvyššího soudu vztahující se k moderaci výše smluvní pokuty.

10. Žalovaný setrvává na postoji, podle něhož nelze měnit smlouvu tak, že dojde k navýšení ceny, prodloužení smlouvy či změně hospodářské rovnováhy ve prospěch dodavatele. I změna smlouvy týkající se vedlejšího ujednání, jakým může být smluvní pokuta, není v souladu se zadávacími podmínkami a nabídkou uchazeče. Žalovaný nebyl povinen prokazovat existenci konkrétního dodavatele, který se pro pochybení žalobce nemohl zadávacího řízení zúčastnit (nezúčastnil), neboť se žalobce dopustil ohrožovacího správního deliktu. Podstatné podle žalovaného je, zda k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky mohlo dojít, nikoli zda k němu skutečně došlo.

11. Rozhodnutí o zkrácení dotace podle žalovaného překážku věci rozhodnuté či překážku věci rozsouzené nezakládá.

12. Žalovaný tedy na své argumentaci, která se promítla v napadeném rozhodnutí, setrvává a navrhuje zamítnutí žaloby jako nedůvodné. I žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před soudem, a to i na jednání, které ve věci proběhlo.

### IV. Posouzení věci

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

#### IV.1.

14. Zdejší soud se nejprve zabýval přezkoumatelností napadeného rozhodnutí, neboť pouze přezkoumatelné rozhodnutí je způsobilé být předmětem hodnocení z hlediska tvrzených nezákonností či vad předcházejícího řízení. Podle žalobce se žalovaný nevypořádal s veškerou argumentací, kterou žalobce uplatnil ve správním řízení (konkrétně v podání ze dne 11.12.2015).

15. Nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů je dána také tehdy, nevypořádá-li se správní orgán s námitkami či návrhy účastníka správního řízení; z odůvodnění správního rozhodnutí musí být mimo jiné zřejmé, z jakých důvodů správní orgán k námitkám či návrhům účastníka řízení nepřihlédl, případně proč považuje námitky za liché a jaké skutečnosti vzal za podklad

svého rozhodnutí, na základě kterých pak bylo rozhodováno. Rozhodnutí vydaná v jednotlivých stupních správního řízení přitom tvoří jeden celek.

16. Pokud jde o podání žalobce ze dne 11.12.2015, v něm žalobce uvedl, že 1) výše smluvní pokuty byla pro nastalou situaci nepřiměřená, 2) existovaly okolnosti, které nebylo možné přičítat pouze zhotoviteli, 3) jestliže by k moderaci výše smluvní pokuty nepřistoupil žalobce, učinil by tak až soud, což by vedlo k nutnosti vynaložit ze strany žalobce více finančních prostředků, 4) moderace smluvní pokuty nebyla podstatnou změnou podmínek zadávacího řízení, a proto ani nemohla mít vliv na účast potenciálních uchazečů v zadávacím řízení. Žalobce v témže podání pak uvedl, že při stanovení výše smluvní pokuty (50 000 Kč za den) vycházel z předpokládané hodnoty veřejné zakázky 51 864 334 Kč, přestože ve skutečnosti byla nejnižší nabídková cena o více než 20 milionů Kč nižší. Podle žalobce bylo na dílo třeba nahlížet jako na celek, smluvní pokuta vůči celému dílu nepůsobila nepřiměřeně, zatímco k jednotlivým částem díla výše smluvní pokuty nepřiměřená byla. Žalobce si podle podání ze dne 11.12.2015 stanovenou výší smluvní pokuty „...*pouze připravil pozici pro lepší postavení při vymáhání případné náhrady škody, kdy nemusel škodu samostatně vymáhat s dalšími náklady z veřejných prostředků, nýbrž tato případná škoda byla kryta smluvní pokutou...*“; navazuje vysvětlení žalobce, že dohoda o narovnání vycházela z nepřiměřenosti výše smluvní pokuty pro konkrétní porušení smluvní povinnosti a z nesouhlasu zhotovitele s délkou prodlení, neboť podle zhotovitele nebylo prodlení způsobeno výhradně okolnostmi, které by byly přičitatelné k tíži zhotovitele. Žalobce v podání ze dne 11.12.2015 argumentoval také tím, že v rámci moderace výše smluvní pokuty zohlednil „...*možnosti reálného dokončení díla, případné náklady na soudní uplatnění pohledávek, s tím spojené náklady na úhradu ceny díla z úvěru a náklady na hrazení úvěru atd...*“; navíc podle žalobce byly zadávací dokumentací stanoveny na uchazeče vysoké požadavky, a bylo tak zřejmé, že se zadávacího řízení mohou účastnit pouze velcí, spolehliví a zkušení uchazeči, u kterých nemohlo dojít k jejich odrazení výší smluvní pokuty; každý uchazeč mohl podle žalobce počítat s maximální výší smluvní pokuty a tuto skutečnost mohli uchazeči zohlednit v nabídkové ceně.

17. Žalovaný podle zdejšího soudu podání žalobce ze dne 11.12.2015 nepřehlédl, neboť je v bodech 10. až 26. prvostupňového rozhodnutí zrekapituloval, navíc na nosné body argumentace žalobce, které byly v tomto podání obsaženy, věcně (obsahově) reagoval.

18. Z prvostupňového rozhodnutí je především jasně patrné, že podle žalovaného snížením smluvní pokuty došlo k podstatné změně práv a povinností plynoucích ze smlouvy o dílo, aniž by podle žalovaného byly podstatné důvody, které ke změně vedly, a tedy aniž by na tom cokoli mohlo změnit vysvětlení změny, jak je žalobce žalovanému podával; podle žalovaného je nastavení smluvních sankcí jedním z faktorů, které dodavatelé o veřejnou zakázku zvažují před rozhodnutím o účasti v zadávacím řízení (bod 51. prvostupňového rozhodnutí), a proto bylo následné snížení smluvní pokuty podstatnou změnou smlouvy. Už z toho srozumitelně plyne, že žalovaný podle prvostupňového rozhodnutí odmítl přiznávat jakoukoli relevanci konkrétním vysvětlením změny.

19. Pokud jde pak o samotné dílčí argumenty žalobce vysvětlující snížení smluvní pokuty, s argumentem ohledně nepřiměřenosti jejího původního stanovení (výše) se žalovaný vypořádal v bodu 58. prvostupňového rozhodnutí, nosné úvahy žalovaného o moderaci výše smluvní pokuty pak obsahuje zejména bod 59. prvostupňového rozhodnutí; podle žalovaného existence okolností, které nebylo ve vztahu k prodlení možné přičítat vybranému uchazeči, ani povinnost soudu moderovat nepřiměřenou výší smluvní pokuty, „...*nemají na posouzení vzniku odpovědnosti*

*žadavatele za správní delikt žádný vliv, neboť se nejedná o okolnosti, které by bylo možno považovat za vynaložení veškerého úsilí, které bylo možno požadovat, aby bylo zabráněno porušení právní povinnosti...“.*

20. Podle zdejšího soudu jsou tedy z prvostupňového rozhodnutí dostatečně zřejmé nosné úvahy žalovaného, a to i ve vztahu k žalobcově argumentaci.

21. Předseda žalovaného pak v napadeném rozhodnutí pokračoval v témže směru argumentace, především obecně vymezil podstatné a nepodstatné změny smluv (bod 27. napadeného rozhodnutí) a jasně souhlasil s prvostupňovým rozhodnutím, že v posuzované věci se o podstatnou změnu jedná, a to bez ohledu na důvody změny podávané žalobcem; také z napadeného rozhodnutí je jasně patrné, že jde o podstatnou změnu smlouvy proto, že následné snížení smluvní pokuty ovlivnilo hospodářskou rovnováhu smluvního vztahu ve prospěch vybraného uchazeče (bod 30. napadeného rozhodnutí). Ve vztahu k naplnění znaků správního deliktu je pak v napadeném rozhodnutí vedena úvaha v tom směru, že stanovil-li by žalobce od počátku nižší denní sazbu smluvní pokuty, mohl by žalobce obdržet i výhodnější nabídky oproti nabídce vybraného uchazeče.

22. K žalobcem tvrzenému porušení zásady *ne bis in idem* se předseda žalovaného vyjádřil v bodech 38. až 40. napadeného rozhodnutí.

23. Zdejšímu soud tedy z napadeného i jemu předcházejícího rozhodnutí vyplývá, že podle žalovaného nebyly motivy žalobce pro posouzení podstatnosti změny práv a povinností vyplývajících z již uzavřené smlouvy významné, změna je podstatná bez ohledu na tyto motivy, neboť bez ohledu na tyto motivy ovlivnila hospodářskou rovnováhu smluvního vztahu ve prospěch vybraného uchazeče (tedy v neprospěch žalobce coby zadavatele). Napadené i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí tudíž podle zdejšího soudu obsahují dostatečně zřetelné a srozumitelné důvody, které žalovaného k jeho závěrům promítajícím se ve výrokových částech rozhodnutí vedly, aniž by se tyto důvody vzájemně vylučovaly či působily jakkoli nejasně; obě rozhodnutí standardu přezkoumatelných rozhodnutí vyhovují.

24. Z napadeného rozhodnutí sice není zřejmé, jak předseda žalovaného dospěl k závěru o tom, že práva a povinnosti z dohody ze dne 16.6.2014 o narovnání jsou upraveny již zrušeným zákonem č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, přestože narovnáním vzniká nový závazek (DVOŘÁK, B. § 1903 [Úprava práv a povinností ujednáním]. In: HULMÁK, Milan a kol. Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 818.), v tomto směru neodůvodněný závěr však podle zdejšího soudu nic nemění na srozumitelnosti a jasnosti zbylých částí odůvodnění, o tento závěr se obě po sobě jdoucí rozhodnutí žalovaného ve skutečnosti neopírají (tento závěr ve skutečnosti nic nevypovídá o podstatnosti změny), a tedy nemohou vyvolávat jejich nepřezkoumatelnost.

25. V této části je tedy žaloba nedůvodná.

#### IV.2.

26. Žalobce dále namítá, že napadené i jemu předcházející rozhodnutí stojí na chybných právních a skutkových závěrech; žalobce tím tedy zpochybňuje samotné hmotněprávní posouzení.

27. Z výrokové části I. prvostupňového rozhodnutí zdejšímu soudu plyne, že se žalobce měl dopustit správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že nedodržel postup dle § 82

odst. 7 písm. d) ZVZ, neboť uzavřením dohody o narovnání s vybraným uchazečem změnil ekonomickou rovnováhu uzavřené smlouvy o dílo (ve znění pozdějších dodatků) ve prospěch vybraného uchazeče a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

28. Podle § 82 odst. 7 ZVZ nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou změnu se dle § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ považuje taková změna, která by měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče. Podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený ZVZ pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

29. Ze čl. I odst. 2 dohody o narovnání ze dne 16.6.2014 vyplývá, že žalobce dopisem ze dne 14.4.2014 uplatnil u zhotovitele (vybraného uchazeče) nárok na smluvní pokutu ve výši 6 800 000 Kč z důvodu prodlení s dokončením a předáním osmi částí díla v rámci akce „Revitalizace sídliště Děčín III – Staré Město, veřejné prostranství – 2. část – 1. část této druhé části“. Z dohody o narovnání dále soudu vyplývá, že doba prodlení s dokončením a předáním částí díla byla v rozsahu 92 až 136 dnů; z toho pět částí díla bylo dokončeno a předáno se zpožděním 103 dnů oproti smluveným termínům.

30. Žalobcem původně požadovaná smluvní pokuta ve výši 6 800 000 Kč odpovídá 136 dnům prodlení, narovnáním nově stanovená výše smluvní pokuty při délce prodlení 136 dnů odpovídá v přepočtu na jeden den částce 12 799,55 Kč.

31. Podle čl. I odst. 3 dohody o narovnání „...zhotovitel sbora uvedenou smluvní pokutu neuznává, neboť namítá, že k prodlení s dokončením a předáním sbora uvedených částí díla nedošlo výhradně z důvodů, za které by byl odpovědný pouze zhotovitel a dále namítá, že smluvní pokuta není přiměřená...“. V čl. I odst. 4 pak je k důvodu snížení výše smluvní pokuty z 6 800 000 Kč na 1 740 739 Kč (čl. II odst. 1) uvedeno: „...s ohledem na skutečnost, že mezi stranami je sporné v jaké výši (s ohledem na přiměřenost) a za jakou dobu prodlení s dokončením jednotlivých částí díla vznikl objednateli nárok na smluvní pokutu podle smlouvy o dílo, dohodly se strany na narovnání uvedeném v následujícím článku této dohody...“.

32. Správním spisem prochází „Odpověď na žádost o informace ze dne 8.2.2016“ ze dne 11.2.2016, ze které je patrné, že příkaz k úhradě částky ve výši 1 740 739 Kč zhotovitel provedl dne 17.6.2014, tedy následující den po uzavření dohody o narovnání.

33. Podle čl. XI. odst. 1. smlouvy o dílo ze dne 10.7.2013 na akci „Revitalizace sídliště Děčín III-Staré Město, veřejné prostranství – 2. část – 1. část této 2. části“ byl zhotovitel (vybraný uchazeč) povinen uhradit smluvní pokutu ve výši 50 000 Kč za každý den prodlení s provedením kterékoliv části díla. Dohodou o narovnání byla oproti smlouvě o dílo ze dne 10.7.2013 snížena výše smluvní pokuty na částku 12 799,55 Kč za den.

34. Podle zdejšího soudu tedy žalovaný zjistil skutkový stav řádně, tj. dostatečně do té míry, aby mohl věc právně posoudit. Není pochyb o tom, že uzavřením dohody o narovnání došlo ke změně samotné smlouvy o dílo ze dne 10.7.2013 na akci „Revitalizace sídliště Děčín III-Staré Město, veřejné prostranství – 2. část – 1. část této 2. části“, není pochyb ani o obsahu změny. Skutková zjištění jsou tedy dostatečná a zdejší soud nesouhlasí se žalobcem v tom, že by žalovaný svá rozhodnutí vystavěl na „chybných skutkových závěrech“.

35. Z pohledu hmotněprávního posouzení je podstatné, zda změna smluvního vztahu v důsledku uzavření dohody o narovnání (po skončení zadávacího řízení, tj. po uzavření smlouvy) skutečně měnila ekonomickou rovnováhu ve prospěch vybraného uchazeče či nikoli. Měnila-li by ji takto, jednalo by se o změnu podstatnou. Zákaz podstatné změny smlouvy uzavřené v zadávacím řízení po jejím uzavření je přitom klíčovým a – v zadavatelském prostředí – samozřejmým pravidlem; právem regulovaný proces zadávání veřejných zakázek by zcela pozbyl smyslu, jestliže by zadavatel byl limitován zákonem (ZVZ) pouze do okamžiku uzavření smlouvy s vybraným uchazečem a nikoli po celou dobu účinnosti smlouvy na poskytované plnění. Zatímco nepodstatné změny smlouvy jsou tedy obecně přípustné, podstatné změny smlouvy přípustné nejsou (§ 82 odst. 7 ZVZ), zdejší soud přitom z právě uvedených důvodů předesílá, že při úvahách, zda následná změna smlouvy je již podstatnou změnou dle § 82 odst. 7 ZVZ, vychází z výkladu přísného.

36. Žalobce ve správním řízení i před zdejším soudem opakovaně poukazoval na zjevnou nepřiměřenost výše smluvní pokuty ve vztahu k jednotlivým částem díla. Například v doplnění rozkladu ze dne 16.3.2016 uvedl: „...nešlo tedy o chybné nastavení výše smluvní pokuty, nýbrž o maximální možný rámec, který ve vztahu k celému předmětnému dílu nebyl nepřiměřený. Naopak ve vztahu k některým zanedbatelným částem díla působil natolik excesivně, že všem subjektům muselo být jasné, že by soud takovouto smluvní pokutu moderoval až do výše vzniklé škody...“. Byla-li by však nepřiměřenost smluvní pokuty ve vztahu k dílčím částem díla natolik zjevná, jak posléze (po uzavření smlouvy v zadávacím řízení) tvrdí žalobce, bylo také na samotném žalobci, aby výši smluvní pokuty původně (před zahájením zadávacího řízení) odstupňoval ve vztahu k jednotlivým částem díla. Neučinil-li tak, pak nelze vycházet z toho, že nepřiměřenost byla předem známá (tedy že to bylo „všem subjektům jasné“), a naopak je potřeba vyjít z toho, že uchazeči konstruovali svoje nabídky s vědomím ustanovení o smluvní pokutě (nejvýše všichni podstupovali shodné riziko budoucí soudcovské moderace smluvní pokuty, tak je tomu však vždy a nyní posuzovaná věc se nevyznačuje žádnými specifiky); nic na tom nemění, že samotná smluvní pokuta (její výše) nebyla dílčím hodnotícím kritériem pro hodnocení nabídek. Nelze také vycházet z toho, že výše smluvní pokuty byla jen „maximálním možným rámcem“; naopak byla jednou ze zadávacích podmínek, jež jsou podmínkami neměnnými, napevno stanovenými, jež vytvářejí celkový smluvní rámec kontraktu a za jejichž správnost a úplnost odpovídá zadavatel (§ 44 odst. 1 ZVZ).

37. Jistě nelze po zadavateli žádat – byť by to bylo nanejvýš žádoucí – aby předvídal všechny eventuality při plnění veřejné zakázky. Právě proto judikatura (kupříkladu rozsudek Soudního dvora EU ve věci Priesstetext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku ze dne 19.6.2008, C-454/06) i zákonodárce (§ 82 odst. 7 ZVZ dle důvodové zprávy k zákonu č. 55/2012 Sb., kterým byl ZVZ novelizován, reflektuje právě rozhodovací praxi Soudního dvora EU) rozlišuje podstatné a nepodstatné změny smluvních ujednání. Žádná eventualita, jež po uzavření smlouvy nastane, však nemůže odůvodňovat změnu smlouvy takovým způsobem, který nebyl v původních zadávacích podmínkách předpokládán (o jeho eventualitě neměli všichni uchazeči podávající nabídky shodné a dostatečně konkrétní povědomí) a který mění ekonomickou rovnováhu plynoucí z původního smluvního vztahu vzniklého za podmínek zadávacího řízení ve prospěch jednoho z uchazečů (toho uchazeče, s nímž byla smlouva uzavřena).

38. Z dohody o narovnání plyne, že vybraný uchazeč byl v prodlení v řádu tří až čtyř měsíců s osmi částmi díla. Nelze tedy dovozovat, že by vybraný uchazeč byl v prodlení pouze s nepatrnou částí poskytovaného plnění z veřejné zakázky. Byla-li původní lhůta k dokončení a předání díla smluvně stanovena (před uzavřením jednotlivých dodatků upravujících dobu provedení díla) v rozsahu přibližně dvou až čtyř měsíců (čl. III. odst. 1 smlouvy o dílo) a dohodou o narovnání

byla žalobcem původně nárokováná smluvní pokuta snížena na přibližně čtvrtinovou úroveň, přestože prodlení vybraného uchazeče s předáním a dokončením jednotlivých částí díla dosahovalo čtyř až pěti měsíců, pak podle zdejšího soudu došlo uzavřením dohody o narovnání také k dodatečnému prodloužení doby pro zhotovení jednotlivých částí díla, aniž by za prodlení následovalo „potrestání“ v podobě smluvní pokuty, jak bylo původně zadávacími podmínkami (tedy ve vztahu ke všem uchazečům) předvídáno. Navíc nelze dovozovat, že by možnost tohoto dodatečného prodloužení doby pro zhotovení jednotlivých částí díla, aniž by za prodlení následovalo „potrestání“ v podobě smluvní pokuty, vyplývala pro všechny uchazeče shodně z původních zadávacích podmínek. Nejde tedy o situaci, v níž by sice zadávací podmínky týkající se nároků ze samotného plnění po uzavření smlouvy byly stanoveny jasně, srozumitelně a pro všechny uchazeče shodně, avšak zároveň by již ze zadávacích podmínek plynula jasná, srozumitelná a pro každého, kdo se stane vybraným uchazečem, existující eventualita změny vázaná na splnění objektivní a předem srozumitelně popsané okolnosti (kupř. budoucí indexace ceny; rozsudek zdejšího soudu ze dne 3.1.2013, č.j. 62 Af 75/2011–141, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15.8.2013, č.j. 2 Afs 4/2013 – 57); v posuzované věci se naopak jedná o změnu, která předem jasně, srozumitelně a pro všechny uchazeče shodně stanovena nebyla a která poté, co byla ujednána coby součást narovnání, ekonomicky zvýhodnila vybraného uchazeče (oproti situaci, v níž byl vybraný uchazeč po uzavření smlouvy, a oproti situaci, v níž byli všichni uchazeči v průběhu zadávacího řízení). Zmírnění smluvních sankcí, promítající se ve faktickém prodloužení smluvních lhůt k poskytnutí plnění (neboť vybraný uchazeč mohl plnění poskytnout v delších lhůtách bez původních sankcí), tedy i podle zdejšího soudu představuje podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 ZVZ.

39. Namítá-li žalobce, že zvažoval „...*možnosti reálného dokončení díla, případné náklady na soudní uplatnění pohledávek, s tím spojené náklady na úhradu ceny díla z úvěru a náklady na hrazení úvěru...*“, pak tím jen potvrzuje, že do smluvního vztahu zasahoval z důvodu snahy o optimalizaci smluvního vztahu, nikoli vylučuje, že do smluvního vztahu bylo zasazeno ve výsledku ve prospěch vybraného uchazeče.

40. Z takto žalobcem uplatněné argumentace není také zřejmé, jak mohlo mít případné vymáhání smluvní pokuty v původní výši vliv na dokončení díla, když dohoda o narovnání byla uzavřena dne 16.6.2014, tedy až po předání a dokončení všech částí díla dle smlouvy o dílo ze dne 10.7.2013 na akci „Revitalizace sídliště Děčín III-Staré Město, veřejné prostranství – 2. část – 1. část této 2. části“, a to ve dnech 20.3. až 31.3.2014, jak je patrné z dohody o narovnání.

41. Argumentace žalobce, podle které vědomě stanovil výši smluvní pokuty od počátku tak, aby měl lepší vyjednávací pozici, byť mělo být podle žalobce uchazečům zřejmé, že výše smluvní pokuty je ve vztahu k dílčím částem díla nepřiměřená, a proto by při případném soudním přezkumu byla podrobena moderaci, sama o sobě atakuje zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 ZVZ. Žalobce ve smyslu § 44 odst. 1 ZVZ a § 6 ZVZ odpovídal za správnost a úplnost zadávacích podmínek. Součástí této zákonné povinnosti byla také povinnost žalobce dbát na srozumitelnost a jednoznačnost zadávacích podmínek. Pro zdejší soud je nepřijatelné, aby zadavatel „preventivně“ z důvodu „lepší vyjednávací pozice“ při případném prodlení s plněním veřejné zakázky stanovil ve vztahu k jednotlivým částem díla smluvní pokutu v nepřiměřené výši a předpokládal, že případní uchazeči budou předpokládat moderaci případné smluvní pokuty. Samotná soudcovská moderace je nadto odvislá od řady konkrétních skutkových aspektů, a tedy uchazeči nemohli vycházet z jistoty ohledně moderace, tím méně ohledně jejího rozsahu.



42. Ze shora uvedených důvodů tedy zdejší soud souhlasí s nosnými závěry napadeného i prvostupňového rozhodnutí; změna smluvního vztahu v důsledku uzavření dohody o narovnání (po skončení zadávacího řízení, tj. po uzavření smlouvy) změnila ekonomickou rovnováhu ve prospěch vybraného uchazeče, a tedy jde o změnu podstatnou, aniž by na tom jakékoli vysvětlení ze strany žalobce mohlo cokoli změnit.

43. Pokud jde o naplnění znaků správního deliktu, pak pro aplikaci § 120 odst. 1 ZVZ je vyjma nedodržení postupu stanového ZVZ podmínkou sine qua non také to, aby postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ zahrnuje jak poruchový, tak ohrožovací delikt (obdobně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28.6.2016, č.j. 4 As 61/2016-34). Z výroku prvostupňového rozhodnutí je zřejmé, že se žalobce měl dopustit ohrožovacího deliktu. V takovém případě nebylo povinností žalovaného, aby prokazoval, zda deliktní jednání žalobce přímo zasáhlo objekt správního deliktu či nikoli, postačí potencialita založená na relativně rozumné hypotéze. Jestliže by žalovaný přistoupil k prokazování, zda jednání žalobce odradilo konkrétního dodavatele od podání nabídky, popř. nakolik se projevilo v nabídkách jednotlivých uchazečů, nejednalo by se již o delikt ohrožovací, nýbrž poruchový.

44. V případě prokazování znaku správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, jímž je alespoň potencialita podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, je třeba ze strany žalovaného předeštit ucelenou, logickou a objektivizovanou hypotézu potenciality vlivu na výběr nejvhodnější nabídky. V nyní posuzované věci této povinnosti žalovaný dostal; úvahy jednotlivých uchazečů promítající se v nabídkách mohly být ovlivněny smluvními podmínkami týkajícími se smluvní pokuty, a tedy postup žalobce po uzavření smlouvy s vybraným uchazečem (následná změna smlouvy) mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť jestliže by další uchazeči disponovali informací o tom, že smluvní pokuta za prodlení při předání a dokončení částí díla bude snížena, je možné, že by se znalost této informace projevila v nižších nabídkových cenách a žalobce by pak obdržel výhodnější nabídku. Potentialitu ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky ve standardu, jenž je především Nejvyšším správním soudem aprobován (rozsudky ze dne 28.6.2016, č.j. 4 As 61/2016-34, a ze dne 18.8.2016, č.j. 9 As 63/2016 – 43), žalovaný podle zdejšího soudu prokázal a v napadeném rozhodnutí dostatečně odůvodnil.

45. V nyní posuzované věci tedy nejsou pochybnosti o skutkovém stavu, jak nedůvodně namítá žalobce, a proto ani není prostor pro aplikaci zásady *in dubio pro reo* (tato zásada se vztahuje pouze k otázkám skutkovým, nikoli k otázkám právním).

46. Žaloba je tak i v této části nedůvodná.

#### IV.3.

47. Žalobce dále namítá porušení zásady *ne bis in idem*, neboť za totožné jednání byl již potrestán krácením poskytnuté dotace.

48. Zákaz dvojího trestání v téže věci je nepochybně stěžejní trestní zásadou, která má své místo také ve správním trestání. Podle čl. 40 odst. 5 Listiny základních práv a svobod nemůže být nikdo trestně stíhán za čin, pro který již byl pravomocně odsouzen nebo zproštěn obžaloby. Pro aplikaci zásady *ne bis in idem* je – jednoduše řečeno – podstatná totožnost skutkového jednání a povaha vedených řízení pro totožný skutek. V případě, že se obě „obvinění“ (vedoucí ke krácení dotace a k sankci uložené žalovaným) vztahují ke shodnému skutkovému ději (skutek *de facto*), je

dále významné, zda žalobce jedním jednáním (skutek de facto) ohrozil či porušil více chráněných zájmů a tím se dopustil dvou samostatných skutků de iure (obdobně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3.6.2015, č.j. 6 As 106/2014-25). Dopustil-li se žalobce jedním jednáním (jedním skutkem de facto, který spočíval v uzavření dohody o narovnání) dvou samostatných skutků de iure, není porušením zásady ne bis in idem, jestliže mu byla zkrácena dotace a zároveň byla ze strany žalovaného uložena sankce z důvodu porušení ZVZ.

49. O dva rozdílné skutky de iure se totiž v nyní posuzované věci jedná. Porušení pravidel stanovených v ZVZ se může projevit v rozhodnutí žalovaného (mimo jiné) o spáchání správního deliktu (§ 120 ZVZ). Vedle toho (mimo jiné) má poskytovatel dotace oprávnění plynoucí z § 14e odst. 1 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, podle něhož nemusí vyplatit dotaci nebo její část, domnívá-li se důvodně, že její příjemce v přímé souvislosti s ní porušil povinnosti stanovené právním předpisem nebo nedodržel účel dotace nebo podmínky, za kterých byla dotace poskytnuta. Chráněným zájmem u krácení dotace je ochrana veřejných rozpočtů – typicky státního rozpočtu či prostředků poskytnutých z Evropské unie, tedy rozpočtu unijního – a jejich řádné využití k předem stanovenému účelu v souladu s právními předpisy a podmínkami stanovenými poskytovatelem dotace. Chráněným zájmem z pohledu ZVZ je zájem na dodržování závazných pravidel zadávacích řízení, resp. postupu zadavatelů v souvislosti se zadávacími řízeními, směřujících k respektování zásad vyjádřených v § 6 ZVZ. Krácení dotace a sankce uložená žalovaným se tedy vztahují ke dvěma rozdílným skutkům de iure a zásada zákazu dvojího trestání v téže věci se neuplatní.

50. Dovožovat, že by žalobce mohl být potrestán dvakrát za totéž, jak v nyní posuzované věci argumentuje, nelze i z toho důvodu, že dokonce ani porušení rozpočtové kázně není deliktem a stejně tak uložení odvodu za porušení rozpočtové kázně není trestní sankcí (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31.3.2015, č.j. 5 As 95/2014-46); cíl odvodu za porušení rozpočtové kázně, který je peněžitým plněním, jenž je příjmem veřejného rozpočtu, je jiný než cíl trestní sankce; cílem odvodu (na základě rozhodnutí správce daně) je navrátit zpět do veřejného rozpočtu prostředky, které nebyly využity v souladu s podmínkami, které poskytovatel pro čerpání těchto prostředků stanovil, cílem pokuty za správní delikt spáchaný porušením ZVZ (na základě rozhodnutí žalovaného) je skutečné „potrestání“ pachatele. Tím méně může být za „potrestání“ pachatele pokládáno krácení dotace, jak jím žalobce argumentuje v nyní posuzované věci.

51. Navíc žalovaný správně ke shodně formulovanému argumentu žalobce poukázal v bodu 38. napadeného rozhodnutí na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28.11.2012, č.j. 1 Afs 23/2012-102.

52. Žaloba je tak i v této části nedůvodná.

#### IV.4.

53. 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 dovést ani žádný nedostatek, který by vyvolával vadu, k níž by musel zdejší soud přihlídnout z úřední povinnosti.

54. Proto zdejší soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

### V. Náklady řízení

55. 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 14. června 2018

David Raus, v. r.  
předseda senátu