



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Hradci Králové rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jana Rutsche a soudců Mgr. Heleny Konečné a JUDr. Pavla Kumprechta ve věci žalobce: **Česká republika – Krajský soud v Brně**, se sídlem Rooseveltova 16, Brno, proti žalovanému: **Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, zast. JUDr. Jaroslavem Tesákem, Ph.D., LL.M., advokátem se sídlem AK v Brně, Jaselská 23, PSČ 602 00, v řízení o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 20. května 2010, č.j.: ÚOHS-R5/2009/VZ-1861/2010/310/EKu, t a k t o :

I. Žaloba se z a m í t á .

II. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení

Odůvodnění:

Žalobou napadeným rozhodnutím žalovaný zamítl odvolání žalobce proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) ze dne 6. 1. 2009, č.j. S291/2008/VZ-23912/2008/510/če, ve věci přezkoumání jeho úkonů (jako zadavatele), učiněných při zadávání veřejných zakázek „Justiční areál v Brně – stavba – nové stavební práce“, navazujících na realizaci veřejné zakázky „Justiční areál v Brně – stavba“, a toto potvrdil. Předmětné úkony spočívaly jednak v realizaci I. a II. podzemního podlaží objektu SO 102 areálu, zadaných na základě výzvy ze

dne 15. 12. 2006 k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále jen „zákon“), na kterou žalobce uzavřel dne 7. 3. 2007 „Dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo č. 607701/0595/06/PS“ a dále v realizaci nadzemních podlaží objektu SO 102 areálu, zadáných na základě výzvy ze dne 14. 2. 2007 k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. b) zákona, na které žalobce (jako zadavatel) uzavřel dne 23. 10. 2007 „Dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo č. 607701/0595/06/PS“.

Žalovaný v odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí nejdříve popsal průběh zadávacího řízení a řízení před Úřadem. Přitom uvedl, že důvodem k zahájení správního řízení bylo podezření, že cena, kterou byl žalobce povinen uhradit za předmět opčního plnění (tj. za nové stavební práce v rámci Justičního areálu v Brně spočívající v realizaci I. a II. podzemního podlaží a nadzemních podlaží objektu SO 102 – Městské státní zastupitelství), byla ve zjevném nepoměru k části předpokládané ceny plnění odpovídající opčnímu právu, která byla stanovena před zahájením původního zadávacího řízení. Tedy v rámci veřejné zakázky s názvem „Justiční areál v Brně – stavba“, zadávané v užším řízení podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 40/2004 Sb.“), jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 26.1.2006 pod evidenčním číslem 50015190 (opraveno dne 1.3.2006) a dne 27.1.2006 uveřejněno v Úředním věstníku EU pod zn. 2006/S 18-019591.

Pokračoval, že Úřad vydal dne 6. ledna 2009 pod č.j. S291/2008/VZ-23912/2008/510/če, rozhodnutí, podle něhož se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když porušil zákaz stanovený v jeho § 99 odst. 3 tím, že využil opčního práva a zadal výše uvedené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoli z výsledků jednání bylo zřejmé, že cena, kterou bude žalobce jako zadavatel povinen uhradit za realizaci nových stavebních prací při využití opčního práva, bude ve zjevném nepoměru k části předpokládané hodnoty plnění odpovídající opčnímu právu. Jeho hodnoty, která byla stanovena před zahájením původního zadávacího řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, když zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Za spáchání tohoto deliktu byla žalobci uložena podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokuta ve výši 200.000,--Kč. Shrnul přitom obsah rozhodnutí Úřadu ze dne 6. 1. 2009, č.j. S291/2008/VZ-23912/2008/510/če (viz jeho strany č. 3 až 5), načež se vypořádal s námitkami žalobce proti němu, uvedenými v rozkladu.

Žalobce v něm předně namítal nezákonnost napadeného rozhodnutí spočívající v aplikaci nesprávné právní normy. S odkazem na přechodné ustanovení § 158 odst. 1 zákona totiž dovozoval, že se všechna zadávací řízení zahájená do 30.6.2006, dokončují podle zákona č. 40/2004 Sb. Proto pokud bylo v oznámení zadávacího řízení podle předchozího zákona obsaženo právo zadavatele na další dodávky, stavební práce nebo služby (tzv. opční právo), pak si zadavatel, v přezkoumávané věci žalobce, do budoucna nevyhrazoval možnost procedury směřující k zadání nové samostatné veřejné zakázky, ale pouze možnost kontraktace dalšího plnění, jež se zadávanou veřejnou zakázkou přímo souvisí.

Zadávání přezkoumávané veřejné zakázky totiž bylo podle něho zahájeno již okamžikem uplatnění výhrady opčního práva v oznámení zadávacího řízení, tj. ještě za účinnosti zákona č. 40/2004 Sb.

Na podporu toho žalobce citoval z ustanovení § 18 odst. 4 zákona č. 40/2004 Sb., které dopadá na situace, kdy je v oznámení zadávacího řízení obsaženo „... právo zadavatele na další dodávky, stavební práce nebo služby (opční právo)...“ a nikoli „právo zahájit“ zadávání veřejné zakázky na takové plnění, čemuž odpovídá i povinnost zadavatele vzít v úvahu „... při určování předpokládané ceny předmětu veřejné zakázky celkovou cenu všech dodávek, stavebních prací nebo služeb...“.

Žalobce poukazoval na to, že v dané věci splnil všechny předpoklady pro využití institutu opčního práva, když jeho výzva k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, byť zahajovala samostatnou proceduru kontraktace plnění, byla součástí zadání veřejné zakázky „Justiční areál v Brně – stavba“, zadávané v užším řízení podle předchozí právní úpravy, která omezení využití opčního práva ani částečně neumožňovala. Podle žalobce přitom nebylo rozhodující, že postup, při němž opční právo využil, označil jako „postup podle nového zákona“, neboť zadatelovy (žalobcovy) úkony je třeba posuzovat podle jejich obsahu, a nikoli podle jejich označení.

Žalobce dále vytýkal rozhodnutí Úřadu ze dne 6. 1. 2009, č.j. S291/2008/VZ-23912/2008/510/če, nezákonnost pro nesprávný výklad § 99 odst. 3 zákona. V této souvislosti namítal, že závěr Úřadu o tom, že z výsledků jednání byl zřejmý nepoměr ceny, kterou by byl zadavatel povinen uhradit za plnění předmětu veřejné zakázky při využití opčního práva, a části předpokládané hodnoty plnění odpovídající opčnímu právu, která byla stanovena před zahájením původního zadávacího řízení, není správný. Nezohledňuje totiž podle něho všechny příčiny rozdílu obou hodnot a nesprávně se omezuje pouze na poměr ceny předpokládané a ceny sjednané, tj. na číselné vyjádření. Aby se však jednalo o „zjevný nepoměr“ ve smyslu § 99 odst. 3 zákona, pak by cena nabídnutá dodavatelem po uplatnění opčního práva musela být podstatně (a nikoli jen zanedbatelně) vyšší, než původní odhady zadavatele (vyjádřené předpokládanou hodnotou části veřejné zakázky odpovídající opčnímu plnění), a to i po zohlednění změny podmínek na trhu v době od oznámení původního zadávacího řízení do doby uzavření obou dodatků na plnění odpovídající opčnímu právu. Dále bylo třeba podle něho zohlednit rovněž vývoj na trhu, obecný nárůst cen stavebních prací, vzájemný poměr ceny za realizaci stavebních prací na základě původního zadávacího řízení a ceny za realizaci stavebních prací na základě opčního práva, rozdíl mezi předpokládanou a kontrahovanou cenou původní veřejné zakázky a konečně i to, že vzhledem k povaze věci by s žádným jiným dodavatelem, než s vybraným uchazečem, nebyl schopen kontrahovat plnění za podmínek, jaké předpokládal v době, kdy uskutečnil oznámení původního zadávacího řízení.

Pochybení Úřadu spatřoval i v tom, že při posouzení věci nepřihlížel k tzv. stavebním standardům, podle nichž je nejjednodušším způsobem stanovení předpokládaných cen staveb jejich ocenění podle účelových měrných jednotek. Svoji

vlastní kalkulací pomocí nich přitom dospěl k závěru, že pokud by k realizaci opce došlo za podmínek, za nichž byla kontrahována původní veřejná zakázka, musela by její cena činit 163,325.000,--Kč. Zatímco rozdíl mezi předpokládanou a skutečnou cenou opce tak činí cca 120 mil. Kč. Pokud by k realizaci opce došlo za podmínek, za nichž byla kontrahována původní veřejná zakázka, snížil by se tento rozdíl na cca 70 mil. Kč. Skutečná cena opce by tak nepřesáhla 20 % ceny původně kontrahované veřejné zakázky. Krom toho je třeba dále vzít v úvahu také 10,8% nárůst cen dodávek a prací ve stavebnictví mezi roky 2005 a 2006 a taktéž vybavení objektu SO 102 ve vyšším standardu oproti objektu SO 101 (zejména odlišné zabezpečovací technologie) a v neposlední řadě také nezbytné finanční dopady vyplývající z požadavku na úhradu prací a dodávek podle opce v roce 2009 (účastníkem nezaviněný odklad takřka o 3 roky z důvodu použití úvěrů). Podle žalobce se tak předpokládaná a skutečná cena opce pohybovala v rozmezí 10 až 20 % ceny původně kontrahované veřejné zakázky. Závěr Úřadu o tom, že žalobce mohl použitím jiného typu zadávacího řízení dosáhnout výhodnějších kontraktačních podmínek, nemá podle něho žádné opodstatnění v provedeném dokazování a je zcela vyloučen předloženou analýzou.

V závěru rozkladu brojil žalobce proti výši uložené pokuty. Rozhodnutí Úřadu podle něho obsahuje pouhý odkaz na výčet kritérií, které je při ukládání pokuty třeba zohlednit (§ 121 odst. 2 zákona), avšak bez vazby na konkrétní okolnosti případu. Nelze tak zjistit, jak Úřad ohledně jejich naplnění uvažil a jak se přitom vypořádal s jednotlivými zjištěnými skutečnostmi. Závěr o tom, že při ukládání pokuty byl akcentován její preventivní prvek, označil žalobce za pouhou „uzavírací větu“, neboť kdyby tomu tak mělo být, musela by být její výše nižší. Uvedené vady prý žalobci znemožnily konkrétní procesní obranu.

Žalovaný se vypořádal s rozkladovými námitkami žalobce na stranách 8 až 16 žalovaného rozhodnutí. Vyšel přitom ze skutečnosti, že se na danou věc zákon č. 40/2004 Sb. nevztahuje, přičemž pochybení žalobce v zásadě odůvodnil úpravou obsaženou v § 99 odst. 3 zákona, v návaznosti na jeho § 23 odst. 7 písm. b). Ta zakazuje použití opčního práva v situacích, kdy cena, kterou by byl zadavatel povinen uhradit za plnění předmětu veřejné zakázky při využití opčního práva, je ve „zjevném nepoměru“ k části předpokládané hodnoty plnění odpovídající opčnímu právu, která byla stanovena před zahájením původního zadávacího řízení. Poté se žalovaný zabýval výkladem pojmu „zjevný nepoměr“ v intencích námitek uvedených v rozkladu žalobce, byť je měl za nepřipadné, se závěrem, že neprokázaly odůvodněnost navýšení finální smluvní ceny předmětu opčního plnění oproti předpokládané ceně, a to i přesto, že ve prospěch žalobce byly propočtem žalovaného (viz odůvodnění žalovaného rozhodnutí) zohledněny skutečnosti, které by nárůst ceny rozumně odůvodňovaly. Poznamenal přitom, že v úvahu nebyly vzaty pouze okolnosti týkající se „nezbytných finančních dopadů vyplývajících z požadavku na úhradu prací a dodávek dle opce“, neboť je zadavatel tvrdil toliko v obecné rovině a nepodepřel je žádnými konkrétními skutečnostmi a hodnotami.

Poté žalovaný konstatoval, že žalobce nerespektoval zákaz stanovený v § 99 odst. 3 zákona, když využil opčního práva a zadal výše uvedené veřejné zakázky

v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoli z výsledků jednání bylo zřejmé, že cena, kterou bude povinen uhradit za realizaci nových stavebních prací při využití opčního práva, bude ve zjevném nepoměru k části předpokládané hodnoty plnění odpovídající opčnímu právu, která byla stanovena před zahájením původního zadávacího řízení, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Podle žalovaného totiž nebylo možno vyloučit, že by v novém otevřeném nebo užším zadávacím řízení zadavatel neobdržel více nabídek, z nichž některé mohly být výhodnější, než nabídka vybraného uchazeče. Žalobce však o realizaci předmětu opce jinými dodavateli ani neuvažoval, resp. automaticky počítal s tím, že zakázka bude uskutečněna vybraným uchazečem, aniž však věnoval dostatek pozornosti otázce, zda bude zachován poměr mezi hodnotou opčního plnění a jeho skutečnou, realizační cenou. Zadání části veřejné zakázky odpovídající opčnímu plnění v otevřeném nebo užším řízení tak mohlo přinést úsporu veřejných prostředků, o niž při zadávání veřejných zakázek především jde.

Závěrem se žalovaný zabýval otázkou výše uložené pokuty. Konstatoval, že byla uložena na samé dolní hranici možné sazby, když bylo možno žalobci uložit pokutu až do výše 11,651.763,15 Kč, takže uložená pokuta činí z této maximální částky pouze 1,7 %. Volba výše pokuty se podle žalovaného odrazila i v odůvodnění rozhodnutí Úřadu, který při stanovení její výše akcentoval zejména funkci preventivní. K tomu žalovaný dodal, že deklarované porušení zákona mělo za následek vyloučení přístupu jiných dodavatelů, než vybraného uchazeče, do soutěže o část veřejné zakázky odpovídající opčnímu plnění, tedy omezení soutěžního prostředí. V opačném případě mohl zadavatel obdržet nabídku s nižší nabídkovou cenou, čímž by došlo k úspoře veřejných prostředků. Jelikož však žalobce nesprávně vyhodnotil poměr předpokládané ceny a smluvní ceny předmětu opčního plnění, nedostal povinnosti uvedené v § 99 odst. 3 zákona, podle kterého je v případech, kdy jsou výše uvedené ceny ve zjevném nepoměru, zakázáno opčního práva využít. Neuposlechnutím uvedeného zákazu došlo k zadání části veřejné zakázky ve zjednodušeném, a tím pádem v nejméně transparentním a přezkoumatelném druhu zadávacího řízení, které se fakticky blíží běžné soukromoprávní kontraktační proceduře. Použití jednacích řízení bez uveřejnění, aniž pro tento postup byly splněny podmínky, představuje podobně jako zadání veřejné zakázky zcela mimo režim zákona porušení zvláště závažného charakteru, které by rozhodně nemělo být sankcionováno pokutou na samé dolní hranici její možné výše.

Žalovaný sice dospěl k závěru, že žalobce nebyl veden úmyslem obejít zákon, a tak zcela vyloučit soutěž o veřejnou zakázku, nicméně shledal rozdíl předpokládané a kontrahované ceny za stavební práce objektu SO 102 natolik flagrantní, že měl žalobce vést při dalším postupu k obezřetnosti. S ohledem na to považoval uloženou pokutu za přiléhavou a odpovídající závažnosti správního deliktu, a to zejména s ohledem na způsob jeho spáchání, následky a okolnosti, za nichž byl spáchán (tedy omezení soutěže o veřejnou zakázku, jež v tuto chvíli není možné účinně zhojit způsobem, který by vyloučeným dodavatelům umožnil se ucházet o část veřejné zakázky odpovídající opčnímu plnění, neboť smlouva na předmět opčního plnění je uzavřena a je z ní i plněno). Neztotožnil se se žalobcem ani v tom, že by musela být pokuta ještě nižší, či dokonce že by od jejího uložení

mohlo být zcela upuštěno.

K námitce žalobce, že nedostatečné odůvodnění výše uložené sankce v napadeném rozhodnutí nemůže být zhojeno preciznějším odůvodněním rozhodnutí o rozkladu, neboť by tak došlo k porušení zásady dvojinstančnosti, žalovaný uvedl, že tato zásada v praxi znamená, že řízení a rozhodnutí správního orgánu prvního stupně podléhá kontrole odvolacího orgánu (zde orgánu rozhodujícího o rozkladu), a nikoliv, že každý závěr musí být vždy vysloven první instancí a následně vždy prověřen a aprobován instancí vyšší. Dvojinstančnost, spolu se zásadou úplné apelace, které řízení o rozkladu ovládají, totiž zajišťují podle žalovaného nejen dvojí posouzení věci, ale jsou také cestou k nápravě a odstranění vad, které se vyskytly v řízení před prvním stupněm, samozřejmě za předpokladu, že se jedná o vady odstranitelné. V souvislosti s touto argumentací odkazoval na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 5. 2009, č. j. 2 As 22/2008-151, a ze dne 4. 5. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007-75. Není tedy vyloučeno, aby byly absentující úvahy napadeného rozhodnutí plně nahrazeny úvahami orgánu rozhodujícího o rozkladu, a to dokonce i na podkladě doplněného dokazování a nad rámec důvodů rozkladu (pokud jde o otázky zákonnosti, jak předvídá § 89 odst. 2 správního řádu).

Žalobce napadl toto rozhodnutí žalovaného včas podanou správní žalobou. Namítal v ní, že je nezákonné pro aplikaci nesprávného právního předpisu při rozhodování, nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů (neodůvodnění pojmu „zjevný nepoměr“ v souvislosti s využitím opčního práva) a že trpí procesní vadou (neodůvodněnost výše pokuty Úřadem), která jej činí rovněž nezákonným. Trval předně na tom, že se na posuzovanou věc neměl aplikovat současný zákon o veřejných zakázkách, a to s odkazem na jeho § 158 odst. 1. Podle něho totiž zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se dokončí podle dosavadních právních předpisů, tedy podle dříve platného zákona č. 40/2004 Sb. Podle žalobce staví uvedené ustanovení najisto, v jakém režimu mají být dokončena řízení před zadavatelem (v dané věci žalobcem) směřující k zadání veřejné zakázky zahájená přede dnem nabytí účinnosti současného zákona, tj. před dnem 1. 7. 2006.

V přezkoumávané věci totiž byla původní veřejná zakázka, na níž bylo posuzované jednání navázáno, zadávána v režimu zákona č. 40/2004 Sb. Žalobce si přitom při jejím zadávání vyhradil tzv. opční právo a z toho dovozoval, že si zároveň do budoucna vyhrazoval „možnost kontraktace dalšího plnění (další dodávky, stavební práce nebo služby), jež se zadávanou veřejnou zakázkou, při jejímž zadání bylo opční právo vyhrazeno, přímo souvisí.“ Podle žalobce tak v době, kdy bylo zadáváno plnění s využitím opčního práva, byl sice již účinný současný zákon, jednalo se však o „zadávání veřejné zakázky“, na které je třeba pohlížet jako na „zadávání“ materiálně zahájené již okamžikem uplatnění výhrady opčního práva v oznámení zadávacího řízení za účinnosti zákona č. 40/2004 Sb. S využitím opčního práva se ostatně při zadávacím procesu původní veřejné zakázky kalkulovalo a jeho cena byla součástí původně zadávané veřejné zakázky. Krom toho je třeba podle žalobce zohlednit, že podmínky opčního práva nebyly a nemohly

být měněny od okamžiku oznámení původního zadávacího řízení. V této souvislosti zmínil i § 18 odst. 4 zákona č. 40/2004 Sb., jenž stanovil, že je-li v oznámení zadávacího řízení obsaženo právo zadavatele na další dodávky, stavební práce nebo služby (opční právo), vezme zadavatel v úvahu při určování předpokládané ceny předmětu veřejné zakázky celkovou cenu všech dodávek, stavebních prací nebo služeb. Žalobce tak neučinil nic jiného, než že uplatnil své právo na požadavek dalších věcně souvisejících plnění od dodavatele, se kterým byla uzavřena smlouva na původní veřejnou zakázku. Z citovaného ustanovení § 18 odst. 4 přitom neplyne, že by až zahájení kontraktace plnění při využití předem vyhrazeného opčního práva mělo být považováno za samostatné zahájení zadávání veřejné zakázky; dopadá na situace, kdy je v oznámení zadávacího řízení obsaženo právo zadavatele na další dodávky, stavební práce nebo služby z titulu vyhrazeného opčního práva, nikoli právo zahájit zadávání veřejné zakázky na takové plnění.

Závěr, podle něhož mělo být postupováno při zadávání zakázek podle zákona č. 40/2004 Sb. spojoval žalobce i se zásadou legitimního očekávání sebe samého i dodavatele, která nemůže být narušena pozdějším přijetím nové úpravy. Poznamenal přitom, že pouhá skutečnost, že žalobce při využití opčního práva svůj postup formálně nesprávně označil jako postup podle současného zákona není rozhodující, neboť jeho úkony je třeba posuzovat podle jejich obsahu, nikoliv podle jejich formálního označení.

Ze všech těchto důvodů žalobce dovozoval, že žalovaný měl zkoumat, zda jeho jednotlivé kroky, coby zadavatele při využití opčního práva, byly uskutečňovány v souladu se zákonem, podle zákona č. 40/2004 Sb., a to při respektování podmínek využití opčního práva podle jeho § 27 odst. 3 písm. b). Pokud by tak učinil, zjistil by, že žalobce mohl v jednacím řízení bez uveřejnění zadat veřejnou zakázku na stavební práce skládající se ze stavebních prací téhož druhu či podobných, jako jsou obsaženy v původní zakázce, za předpokladu, že původní zakázka byla zadána v užším řízení, tak jako v daném případě. Nové stavební práce se přitom shodovaly s původní projektovou dokumentací stavby a byly zadány do 3 let od uzavření smlouvy.

Žalobce prý tedy splnil všechny podmínky pro využití opčního práva podle předchozího zákona č. 40/2004 Sb. a jeho postup byl v souladu se zákonem. Výše uvedenou vadu, aplikaci nesprávného právního předpisu na daný případ, přitom považoval žalobce za primární. Pro případ, že by krajský soud dospěl k jinému názoru, rozvedl žalobce další dvě nezákonnosti, jež by podle něho měly vést ke zrušení žalovaného rozhodnutí. První z nich je podle žalobce nesprávný výklad § 99 odst. 3 zákona.

Podle žalobce nevyplývá ze shromážděných důvodů, že by při zadávání zakázky porušil současný zákon. Opční právo si totiž vyhradil řádným procesním postupem, když respektoval pravidla vyplývající ze zákona č. 40/2004 Sb. a nijak jej neobcházel. Došlo-li po zadání původní veřejné zakázky ke skutečné potřebě uskutečnit na základě využití opčního práva věcně související plnění, mohl využít jednacím řízení bez uveřejnění, neboť všechny podmínky pro využití opčního práva

byly splněny. Závěr žalovaného (od bodu 23.), že z výsledků jednání při využití opčního práva byl zřejmý nepoměr ceny, kterou by byl žalobce povinen uhradit za plnění předmětu veřejné zakázky při využití opčního práva, a části přepokládané hodnoty plnění odpovídajícího opčnímu právu, která byla stanovena před zahájením původního zadávacího řízení, považoval žalobce za nesprávný. Nezohledňoval přý všechny aspekty příčin vzniklého rozdílu. V této souvislosti poukazoval na potřebu objasnit pojem „zjevný nepoměr“, jak je uveden v 99 odst. 3 zákona. Aby se o takový zjevný nepoměr podle něho jednalo, musela by být cena, nabídnutá po uplatnění opčního práva osloveným dodavatelem, podstatně vyšší, než byly původní odhady žalobce. O takový nepřiměřený rozdíl však nejde, když předpokládaná cena opce (cca 112 mil. Kč) je cca polovinou skutečné smluvní ceny opce (cca 233 mil. Kč bez DPH), a z tohoto rozdílu nelze dovozovat zjevný nepoměr mezi oběma částkami. Je totiž nutné zohlednit časový odstup od uplatnění opčního práva a kontraktací plnění, s využitím vyhrazeného opčního práva, vývoj na trhu v tomto období, charakter plnění, nárůst cen stavebních prací, jakož i to, že z povahy nemohlo být kontrahováno plnění za podmínek, jaké žalobce důvodně předpokládal v době, kdy uskutečnil oznámení původního zadávacího řízení, kdy bylo opční právo uplatněno. Podle žalobce bylo třeba vyhodnotit i vzájemný poměr protiplnění, rozdíl mezi předpokládanou cenou původní zakázky a kontrahovanou cenou původní zakázky.

Tyto skutečnosti žalovaný podle žalobce nezohlednil, když ve svém závěru vyšel z nesprávného a nezákonného výkladu § 99 odst. 3 zákona, a to pouhého porovnání číselných údajů ohledně „ceny předpokládané“ a „ceny sjednané“. Nato žalobce žalovanému vytýká, že si sám řádným způsobem nezjistil všechny rozhodující skutečnosti, přičemž se dovolává tzv. stavebních standardů, z nichž by se dal dovodit soulad jeho postupu se zákonem (viz strana osm a devět žaloby). Za nepřezkoumatelnou považuje jeho zmínku v bodu 27. napadeného rozhodnutí o tom, že „by se žalobce vešel do dvacetiprocentní hranice předpokládané v § 23 odst. 7 písm. a) bodu 3. současného“ zákona, přičemž zároveň bez jakéhokoliv odůvodnění konstatuje, že jeho užití jako výkladové pomůcky pojmu zjevný nepoměr ve smyslu § 99 odst. 3 zákona nelze akceptovat. Takovýto výklad pojmu „zjevný nepoměr“ je podle žalobce nepřezkoumatelný. Pochybení žalovaného spatřoval v tom, že porovnával absolutní vyjádření cen, aniž by porovnával cenu dodávek a prací s nárůstem cen za 1 m³ referenčních staveb podle obecně platných standardů ve stavebnictví mezi roky 2005 a 2006 a finanční dopady vyplývající z požadavku na úhradu prací a dodávek podle opce v roce 2009, když šlo o žalobcem nezaviněný odklad takřka o 3 roky z důvodu použití úvěru.

Uvedený žalobní bod poté uzavřel žalobce s tím, že předpokládaná cena opce činila 0,137 ceny původně kontrahované veřejné zakázky, tedy 0,137 z částky 1. 192.150.404,--Kč, takže cena celého objektu „SO 102“ měla činit 163,325 mil Kč, tedy skutečná cena opce nepřesáhla hranici 20% ceny původně kontrahované veřejné zakázky. To ovšem za situace, že by realizace objektu „SO 102“ byla zadána za stejných podmínek jako objekt „SO 101“. Zatímco tak rozdíl mezi předpokládanou cenou opce a skutečnou cenou opce činí cca 120 mil. Kč, pokud by k realizaci opce došlo za podmínek, za nichž byla původní veřejná zakázka kontrahována, snížil by se tento rozdíl na cca 70 mil. Kč. V této souvislosti vyjádřil žalobce přesvědčení, že

pomůckou pro výklad pojmu „zjevný nepoměr“ ve smyslu § 99 odst. 3 zákona může být ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) bod 3. zákona. Nemožnost jeho využití však žalovaný nijak nezdůvodnil.

Posledním žalobním bodem byla námitka, týkající se údajné nepřezkoumatelnosti výše uložené pokuty. Žalobce v něm namítal, že v tomto směru nebyla „žádným způsobem“ zdůvodněna výše pokuty uložené Úřadem, čímž mu byla znemožněna náležitá obrana proti ní. Teprve žalovaný se výši pokuty zabýval, avšak vzhledem k dvouinstančnosti správního řízení ani zásada úplné apelace podle žalobce neznamená, že by se k otázce výše pokuty mohl vyjádřit poprvé až ve druhostupňovém rozhodnutí. Jestliže v prvostupňovém rozhodnutí nebyla uvedena žádná úvaha o výši uložené pokuty, nešlo tuto vadu zhojit ve stadiu řízení o rozkladu. Jelikož se tak stalo, jde o vadu řízení, která se musí nutně projevit v nezákonnosti napadeného rozhodnutí.

Ostatně i žalovaný, přestože odkázal na § 121 odst. 2 zákona a popsal zákonem demonstrativně uvedená kritéria, která je třeba při rozhodování o výši pokuty brát v úvahu, věnoval odůvodnění její výše pouze jediný odstavec. Přitom podle žalobce pouze zopakoval skutková zjištění, která sama o sobě nevypovídají nic o tom, jak ohledně jednotlivých kritérií v zákoně uvedených uvážil, jaká další kritéria vzal v úvahu a jak všechna tato kritéria vyhodnotil souhrnně. V podstatě se jen omezil na konstatování, že preferoval preventivní charakter pokuty a že pokutu ve výši 200.000,--Kč považuje za dostačující.

Vzhledem k tomu žalobce navrhoval z důvodů nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí pro nedostatek důvodů a pro vadu řízení, která se projevila v nezákonnosti napadeného rozhodnutí, a pro jeho samotnou nezákonnost z důvodu nesprávně použité právní normy, zrušit jak žalobou napadené rozhodnutí, tak i rozhodnutí Úřadu, které mu předcházelo, a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení.

Žalovaný se vyjádřil k žalobě podáním ze dne 26. 11. 2010. K první žalobní námitce (aplikace nesprávné právní normy) uvedl, že v ní žalobce znovu rozvádí argumenty, které již uplatnil ve správním řízení a se kterými se žalovaný podrobně vypořádal ve svých rozhodnutích. V tomto ohledu žalovaný odkázal zejména na body 16. až 22. napadeného rozhodnutí. Dodal, že oproti dříve platné právní normě (tj. zákonu č. 40/2004 Sb.), stanoví nový zákon přísnější podmínky pro využití institutu opčního práva. Žalovaný vyjádřil přesvědčení, že na postup žalobce v jednacím řízení bez uveřejnění, jehož prostřednictvím realizoval opční právo vyhrazené v předcházejícím užším zadávacím řízení, plně dopadala právní norma pozdější, a tedy právní úprava obsažená v § 23 odst. 7 písm. b) zákona ve spojení s § 99 odst. 3 zákona a § 26 odst. 1 písm. b) a § 26 odst. 3 písm. a) zákona. Výzva k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění byla učiněna za účinnosti nové právní úpravy; právě tato výzva je důkazem o zahájení jednacím řízení bez uveřejnění, přestože její případná absence by nepodporovala úvahy o tom, že jednacím řízení bez uveřejnění pro uzavření smluvního vztahu na realizaci opčního plnění nebylo zahájeno, či dokonce závěru, že původní, užší řízení, pokračuje, ale musela by být posuzována jako nedodržení zákonem stanoveného postupu.

Interpretaci žalobce, podle níž je možné klást rovnítko mezi okamžik učinění výhrady opčního práva v oznámení původního užšího řízení (tj. mezi okamžik oznámení původního užšího řízení) a okamžik učinění výzvy o zahájení jednacího řízení bez uveřejnění, je v rozporu nejen s dikcí zákona, ale i se samotnou povahou a smyslem opčního práva, pro které je charakteristická nejistota ohledně budoucího zájmu zadavatele o provedení navazujících stavebních prací týměž dodavatelem, který realizoval předmět plnění původní veřejné zakázky. Bylo by nelogické, pokračoval žalovaný, aby zadavatel vybraného uchazeče vyzýval k jednání o realizaci předmětu opce ve chvíli, kdy ještě neví, zda potřeba provedení nových stavebních prací vůbec vyvstane. Pro úplnost dodal, že jakkoli zákon připouští, aby na smlouvu v užším řízení uzavřenou navazovaly dodatky uzavřené na základě výhrady dalšího plnění (opčního práva), nejedná se o pokračování užšího řízení, neboť to uzavřením smlouvy končí. Zákonodárce pro kontraktační proceduru týkající se dodatků k původní smlouvě výslovně předpokládá použití jednacího řízení bez uveřejnění, tedy zahájení nového, i když méně formálního a méně transparentního druhu zadávacího řízení.

Rovněž argumentaci žalobce pomocí § 18 odst. 4 zákona č. 40/2004 Sb. nepovažoval žalovaný za správnou s tím, že se toto ustanovení i s ohledem na svůj nadpis primárně zaměřuje na problematiku určení předpokládané ceny předmětu veřejné zakázky (tedy na otázku poněkud jinou, byť související), a nelze je vnímat odděleně od navazující podrobnější úpravy jednacího řízení bez uveřejnění v § 27 odst. 3 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb. Taktéž ustanovení § 99 zákona je nutné podle něho vnímat v kontextu celého právního předpisu, tj. společně s § 23 odst. 7 písm. b) zákona. K žalobcově tvrzení o „principu právní jistoty“ ohledně podmínek, za nichž bude moci v budoucnu opčního práva využít, žalovaný uvedl, že princip právní jistoty nemůže být důvodem pro aplikaci dřívější právní normy, neboť tím by jakákoli změna právní úpravy byla předem vyloučena. Zadavatel navíc není povinen vyhrazeného opčního práva využít, dojde-li k závěru, že pro něho tento postup pozbyl výhodnosti. Žalovaný tak trval na tom, že jednací řízení bez uveřejnění, v němž je zadavatel oprávněn za splnění podmínek v § 23 odst. 7 písm. b) zákona ve spojení s § 99 zákona zadat část předmětu plnění, kterou si vyhradil v zadávacích podmínkách otevřeného nebo užšího řízení, je samostatným zadávacím řízením, a nikoli pokračováním původního otevřeného nebo užšího řízení. Byla-li tudíž písemná výzva vybranému uchazeči zaslána za účinnosti nového zákona, není podle něho důvod pro postup podle předchozí právní úpravy.

K námitce nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů žalovaný uvedl, že se má týkat závěru, že žalobce nesplnil všechny podmínky pro použití opčního práva; konkrétně že nerespektoval zákaz uvedený v § 99 odst. 3 zákona, podle něhož nelze opčního práva využít, pokud by cena, kterou by zadavatel musel příslušnému dodavateli za jeho plnění uhradit, byla ve zjevném nepoměru k části předpokládané hodnoty plnění odpovídajícímu opčnímu právu, která byla stanovena v rámci předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Konkrétně jde o výklad pojmu „zjevný nepoměr“. V této souvislosti žalovaný odkazoval na četnou judikaturu Nejvyššího správního soudu k otázce nepřezkoumatelnosti, podle níž lze za nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost považovat zejména ta rozhodnutí, která postrádají základní

zákonné náležitosti, z nichž nelze seznat, o jaké věci bylo rozhodováno či jak bylo rozhodnuto, jejichž výrok je v rozporu s odůvodněním, která neobsahují vůbec právní závěry vyplývající z rozhodných skutkových okolností nebo jejichž důvody nejsou ve vztahu k výroku jednoznačné (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Azs 47/2003-130, dostupný na [www. nssoud.cz](http://www.nssoud.cz)). A pokračoval, že za nesrozumitelné lze obecně považovat rovněž takové rozhodnutí, z jehož výroku rozhodnutí nelze zjistit, jak vlastně správní orgán ve věci rozhodl, případně jehož výrok je vnitřně rozporný. Pod tento pojem spadají i případy, kdy nelze rozeznat, co je výrok a co odůvodnění, kdo jsou účastníci řízení a kdo byl rozhodnutím zavázán. Není-li z odůvodnění napadeného rozhodnutí zřejmé, proč správní orgán nepovažoval za důvodnou právní argumentaci účastníka řízení a proč námitky účastníka považuje za liché, mylné nebo vyvrácené, je nutno pokládat takové rozhodnutí za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů (obdobně viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005-44). V intencích toho vyjádřil žalovaný přesvědčení, že napadené rozhodnutí není nepřezkoumatelné, neboť je z něj zřejmé, jak žalovaný rozhodl, o jaké skutečnosti a důkazy svůj závěr opřel a z jakého důvodu odmítl argumentaci žalobce. Prostý nesouhlas žalobce s hodnocením věci žalovaným sám o sobě nemůže podle žalovaného znamenat nepřezkoumatelnost jeho rozhodnutí, které dle názoru žalovaného obsahuje podrobný rozbor všech namítaných skutečností, o čemž svědčí body 23. až 32. jeho odůvodnění.

Žalovaný dále poznamenal, že pokud žalobce uvádí, že se v napadeném rozhodnutí omezil na výpočty a poměry cen, tak že to byl žalobce, kdo jako první argumentoval rozdílem mezi cenou předpokládanou a cenou, za kterou byl předmět plnění původní veřejné zakázky realizován (tj. cenou kontrahovanou). Provedené výpočty tak jsou spíše reakcí na obsah podaného rozkladu, v němž se žalobce pustil do srovnávání předpokládaných a kontrahovaných cen a objemů prací (vyčíslených v citovaných stavebních standardech cenou jednoho metru obestavěného prostoru). Přitom použitelnost porovnávání poměrů předpokládaných a smluvních cen předmětu původní veřejné zakázky s těmiž cenami předmětu opce je omezená, a to zejména proto, že sám žalobce opakovaně zmiňoval vyšší standard objektu SO 102. Nadto žalovaný upozorňoval na to, že výpočty provedené žalobcem obsahovaly početní chyby, které jsou podrobně popsány v bodu 24. žalovaného rozhodnutí.

K procentnímu vyjádření „zjevného nepoměru“ žalovaný uvedl, že § 99 odst. 3 zákona žádnou výkladovou pomůcku neobsahuje, a proto je třeba úvahu o tom, zda se o zjevný nepoměr jedná, provést v každém konkrétním případě s ohledem na jeho specifické okolnosti. Zmínil-li žalovaný hranici 20 %, učinil tak proto, že k této hodnotě zjevně směřoval sám žalobce odkazem per analogiam na právní úpravu tzv. víceprací v § 23 odst. 6 písm. a) bod 3. zákona (což sám žalobce přiznává - viz odstavec čtvrtý na str. 9 žaloby). Žalovaný ale nikde v napadeném rozhodnutí netvrdil a ani nyní netvrdí, že je tato hodnota pro posouzení „zjevného nepoměru“ směrodatná, nicméně byla-li argumentace žalobce z velké části vystavěna na výpočtech a porovnání poměrů cen a objemů staveb, považoval za potřebné vyjádřit se i k ní, resp. k tomu, zda by poměr předpokládaných a kontrahovaných cen, stejně jako objemů staveb, v tomto testu obstál. Uvádí-li žalobce, že žalovaný svými

výpočty prokázal, že se žalobce „vešel“ do zmiňované hranice 20 %, pak se proti tomuto tvrzení žalovaný ohrazuje, neboť takové tvrzení nemá v napadeném rozhodnutí oporu a je zjevně vytržené z kontextu celého odůvodnění (viz body 24. až 29 žalovaného rozhodnutí a ve věci zjištěného procentuálního rozdílu jmenovitě jeho bod 28.).

K namítanému nezohlednění „nezbytných finančních dopadů vyplývajících z požadavku na úhradu prací a dodávek dle opce (účastníkem nezaviněný odklad takřka o 3 roky z důvodu použití úvěrů)“ žalovaný uvedl, že k nim skutečně nepřihlížel, neboť žalobce ve zmínkách o údajných „nezbytných finančních dopadech“ v průběhu celého správního řízení nic bližšího neuvedl (blíže viz odstavec třetí na str. 7 rozkladu), přestože jiné aspekty své argumentace podrobně rozvíjel. Žalovaný je toho názoru, že zmíněné „nezbytné finanční dopady“ měly marginální charakter, a proto jim ze strany žalobce nebyla věnována bližší pozornost, a že jejich význam nyní vyzdvihuje žalobce poněkud účelově, ve snaze vytýkat jinak správnému rozhodnutí alespoň procesní pochybení. Je však vůbec otázkou, zda by nárůst cen mohl být ospravedlněn použitím úvěru, jinými slovy, zda by úvěr, jehož úroky představují nebo mohou představovat další výdaj veřejných prostředků od zadavatele, mohl být vůbec brán v úvahu a právní postavení žalobce změnit k lepšímu. Z pohledu zákona je totiž zásadně rozhodující pouze poměr obou relevantních hodnot, tj. ceny předpokládané a ceny sjednané. Z téhož důvodu je sama o sobě sporná i argumentace inflací a změnami cen materiálů.

K námitce o nepřezkoumatelnosti výše uložené pokuty žalovaný nejdříve v obecné rovině odkázal na stávající judikaturu (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 5. 2009, č. j. 2 As 22/2008 -151, a ze dne 4. 5. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007-75), podle níž zásada dvojinstančnosti v praxi znamená, že řízení a rozhodnutí správního orgánu prvního stupně podléhá kontrole odvolacího orgánu a nikoliv, že každý závěr musí být vždy vysloven první instancí a následně vždy prověřen a aprobován instancí vyšší. Dvojinstančnost, spolu se zásadou úplné apelace, které řízení o rozkladu ovládají, totiž zajišťují nejen dvojí posouzení věci, ale jsou také cestou k nápravě a odstranění vad, které se vyskytly v řízení před prvním stupněm, samozřejmě za předpokladu, že se jedná o vady odstranitelné. Není tedy rozhodně vyloučeno, aby byly absentující úvahy napadeného rozhodnutí nahrazeny úvahami orgánu rozhodujícího o rozkladu.

Žalovaný se poté neztotožnil s názorem žalobce, že by odůvodnění výše pokuty v prvostupňovém rozhodnutí zcela absentovalo, když základní myšlenky a úvahy v něm vysloveny byly (viz předposlední odstavec str. 11 prvostupňového rozhodnutí). Krom toho je třeba vzít podle něho v úvahu i skutečnost, že pokuta ve výši 200.000,-- Kč byla uložena na samé dolní hranici její možné maximální výše, která činila 11. 651. 763,-- Kč. Žalovaný je proto přesvědčen o tom, že byla uložena pokuta mající výrazně preventivní funkci, neboť činí z této maximální částky pouhých 1,7 %.

Vzhledem k tomu žalovaný navrhoval žalobu zamítnout.

Na vyjádření žalovaného k žalobě reagoval žalobce replikou ze dne 20. 12. 2010. Setrval v ní na všech žalobních bodech, přičemž podrobněji se vyjádřil k výkladu pojmu „zjevný nepoměr“. Zdůraznil, že skutečná cena opce nepřesáhla hranici 20% ceny původně kontrahované veřejné zakázky a že nemožnost zohledňovat hranici rozdílu ceny 20%, jak jí žalobce argumentoval, žalovaný nijak nezdůvodnil. Tento argument je podle žalobce o to podstatnější, že novelizované ustanovení § 99 odst. 3 zákona, účinné od 15. 9. 2010, nově uvádí pro využití opčního práva hranici 30%. K tomu žalobce poznamenal, že by krajský soud měl tuto otázku v rámci přezkumu napadeného rozhodnutí zohlednit. V argumentaci žalovaného, že základní myšlenky a úvahy ohledně výše pokuty prvoinstanční správní rozhodnutí obsahovalo, spatřoval žalobce potvrzení o nedostatečnosti jeho odůvodnění. Z pohledu přezkoumatelnosti rozhodnutí o pokutě totiž nepostačuje omezit se jen na základní myšlenky a úvahy, zvláště nejsou-li z rozhodnutí seznatelné. Na to reagoval žalovaný podáním ze dne 20. 9. 2011 s tím, že k datu vydání žalovaného rozhodnutí žádná příznivější právní úprava pro žalobce neexistovala (jím zmíněná novela), a proto žalovaný nemohl nic porušit.

K projednání žaloby nařídil krajský soud na den 27. října 2011 jednání. Při něm setrvali účastníci řízení na svých dosavadních stanoviscích vyjádřených v jejich výše uvedených podáních. Žalobce přitom zejména zdůrazňoval, že plánované hodnoty předmětných staveb byly podhodnoceny, což se nutně obrazilo v úvahách při užití opčního práva ve smyslu § 99 odst. 3 zákona. Poté krajský soud přezkoumal žalobu napadené rozhodnutí podle části třetí, hlavy první a druhé, dílu prvního s.ř.s., přičemž dospěl k následujícím zjištěním a právním závěrům.

Ze správního spisu krajský soud zjistil, že žalobce jako zadavatel zadal postupem podle zákona č. 40/2004 Sb. veřejnou zakázku s názvem „Justiční areál v Brně - stavba“. V oznámení veřejné zakázky si žalobce vyhradil právo na další dodávky, práce a služby, tzv. opční právo, jejichž popis specifikoval pod bodem 5. 12. 2. oznámení zadávacího řízení ze dne 28. 12. 2005. Jednalo se o budovu státního zastupitelství. Jako nejvýhodnější byla vyhodnocena nabídka obchodní společnosti IMOS Brno, a.s. Právě s ní jako s vybraným uchazečem uzavřel žalobce dne 16. 6. 2006 smlouvu o dílo č. 607701/0595/06/PS, jehož cena byla specifikována v čl. 4 nazvaném „Cena díla“ a činila 1. 192. 150. 404,--Kč bez DPH a 1. 418. 658. 981,--Kč včetně DPH. Následně žalobce uzavřel s tímto vybraným uchazečem dne 7. 3. 2007 další smlouvu označenou jako „Dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo č. 607701/0595/06/PS“, kterou byl předmět plnění původní smlouvy rozšířen o nové stavební práce a dodávky, spočívající ve vybudování dvou podzemních podlaží objektu SO 102 (budovy státního zastupitelství) v ceně 42. 391. 936,--Kč bez DPH a 50. 446. 404,--Kč s DPH. O tuto částku se navýšila celková cena díla na částku 1. 234. 542. 340,--Kč bez DPH a částku 1. 469. 105. 385,--Kč s DPH. Dodatek č. 1 byl uzavřen na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, učiněné žalobcem podle § 23 odst. 7 písm. b) zákona a zveřejněné v informačním systému o veřejných zakázkách dne 6. 4. 2007 pod evidenčním číslem VZ 60005926.

Poté žalobce jako zadavatel uzavřel dne 23. 10. 2007 s již vpředu uvedeným vybraným uchazečem další smlouvu, označenou jako „Dodatek č. 2 ke smlouvě o

dílo č. 607701/0595/06/PS“, již byl jednak předmět plnění původní – dosavadní smlouvy na objektu SO 101 (stavbě „Justiční areál v Brně – stavba“) zúžen a dále rozšířen o nové stavební práce a dodávky, spočívající ve vybudování nadzemních podlaží objektu SO 102 (budovy státního zastupitelství), která je nedílnou součástí stavby „Justiční areálu v Brně - stavba“. Rozsah snížení dosavadní ceny činil 18. 765. 221,--Kč bez DPH a 22. 330. 613,--Kč včetně DPH. Cena, o kterou se zvýšila dosavadní celková cena bez DPH činila 190. 643. 327,--Kč, s DPH pak 226.865.559,--Kč. Rovněž tento dodatek byl uzavřen na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, učiněné žalobcem podle § 23 odst. 7 písm. b) zákona a zveřejněné v informačním systému o veřejných zakázkách dne 23. 11. 2007 pod evidenčním číslem VZ 60012912.

Celkový objem plnění ze všech tří uzavřených smluv, vyjádřený ve finančním objemu, poté činil 1. 406. 420. 446,--Kč bez DPH a 1. 673. 640. 331,--Kč včetně DPH. Z toho skutečná cena zakázek uzavřených na základě opčního práva činila 42.391.936,--Kč + 190.643.327,--Kč bez DPH, dohromady 233.035.263,--Kč.

Jak ovšem vyplývá ze správního spisu, hodnota části veřejné zakázky, ke které si žalobce vyhradil opční právo, byla v Oznámení zadávacího řízení stanovena i pro objekt SO 102 objemem prací a dodávek, který byl vázán na jeho obestavěný prostor, přičemž ve finančním vyjádření odpovídala částce 111,645 mil Kč při předpokládané celkové ceně stavby „Justiční areál v Brně – stavba“ 928,043 mil. Kč. O tom není žádných pochyb, viz např. žaloba na straně 7 odstavec dole nebo vyjádření žalobce ze dne 14. 11. 2008, Spr. 2051/2008 na třetí straně nahoře.

Z uvedeného ovšem plyne, že původní smlouva o dílo ze dne 16. 6. 2006 č. 607701/0595/06/PS, tedy na samotný objekt SO 101, nebyla uzavřena za cenu předpokládanou v oznámení zadávacího řízení, nýbrž za cenu 1. 192. 150. 404,--Kč bez DPH a 1. 418. 658. 981,--Kč včetně DPH. A právě od ní, ceny uvedené ve smlouvě o dílo, odvozoval žalobce své úvahy o neporušení opčního práva. Tento postup ale nemá krajský soud za správný, neboť při posuzování zákonnosti při využívání opčního práva je třeba vždy vycházet ze zadávacích podmínek. V tom se ostatně zákonná úprava obsažená v zákoně č. 40/2004 Sb. (viz jeho § 18 odst. 4) od nového zákona v ničem neliší. Rovněž podle jeho § 99 odst. 1 se totiž opčním právem rozumí právo zadavatele na poskytnutí dalších dodávek, služeb či stavebních prací, jejichž zadání si zadavatel vyhradil v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky zadávané v otevřeném řízení, užším řízení nebo zjednodušeném podlimitním řízení, a v případě veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti i v soutěžním dialogu.

Právě proto je třeba hodnotit způsob využití opčního práva ve vztahu k zadávacím podmínkám, podle nichž, a zde třeba uvést, že krajský soud akceptoval údaje tvrzené žalobcem (jež samozřejmě konfrontoval s obsahem správního spisu), neboť chce předejít případné polemice o přesnosti výpočtů ohledně jednotek, které vzhledem k řádům rozhodných hodnot jsou bezvýznamné, byla cena opce cca 112 mil bez DPH, přičemž dvěma následně uzavřenými dodatky (viz výše) dosáhla cena opce výše 233.035.263,--Kč bez DPH (viz 42. 391. 936,--Kč podle dodatku č.1 +

190. 643. 327,--Kč - podle dodatku č. 2).

Zásadní žalobní námitkou žalobce bylo tvrzení, že daný případ využití opčního práva měl být posuzován podle zákona č. 40/2004 Sb., nikoli podle zákona (rozuměj zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách). Odvolával se přitom na § 158 odst. 1 a 2 zákona, v nichž jsou obsažena přechodná ustanovení následujícího znění:

Odst. 1.) Zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se dokončí podle dosavadních právních předpisů.

Odst. 2.) V řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a v řízení o uložení sankce, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo veřejnou soutěž o návrh podle odstavce 1 navazují, se postupuje podle dosavadních právních předpisů. Návrh na zahájení řízení podle věty první je zpoplatněn podle dosavadních právních předpisů.

Tato přechodná ustanovení, účinná od 1. 7. 2006, řeší dopad zákona na právní vztahy, které vznikly před jeho účinností nebo právní vztahy, které mají navázat na některé úkony učiněné postupem podle zák. č. 40/2004 Sb. Uvedená ustanovení však na daný případ nedopadají. To proto, že k uveřejnění oznámení zadávacích řízení a doručení výzev v souvislosti s dodatky smlouvy o dílo č. 1 a č. 2 k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění došlo až po nabytí účinnosti zákona, konkrétně na základě výzev ze dne 15. 12. 2006 a 14. 2. 2007. Proto i v řízení o přezkoumání s tím souvisejících úkonů žalobce (zadavatele) Úřadem, včetně řízení o uložení sankce za správní delikt, je třeba postupovat podle zákona.

Jinými slovy, krajský soud se neztotožnil s tvrzením žalobce, že využitím opčního práva navazoval na původní (hlavní) veřejnou zakázku, zadanou v užším řízení, a že jde tedy o plnění stejné zakázky, kterou je proto nutno posuzovat ve svém celku podle zák. č. 40/2004 Sb. V případě doplňků č. 1 a č. 2 se jednalo o zakázky nové, byť předpoklady pro jejich zadání byly vytvořeny dle staré právní úpravy, zák. č. 40/2004 Sb. Ostatně ani za účinnosti zákona č. 40/2004 Sb. nebylo možno dále kontrahovat pouze při uplatnění opčního práva, ale jen v rámci jednacím řízení bez uveřejnění, a to podle jeho § 27 odst. 3 písm. b). Totéž platí i podle nové právní úpravy (viz § 99 odst. 2 zákona). Ať již tedy podle staré nebo nové právní úpravy, sjednání dalšího plnění, které bylo předpokládáno v původní zakázce, je vždy samostatně zadáváno, přičemž teprve v tomto novém řízení se teprve jedná o konkrétních smluvních podmínkách, včetně konkrétní ceny. Z tohoto důvodu jde i materiálně o řízení zcela nové, odlišné od původní zakázky a není možné tvrdit, že jde o jakousi návaznost. A protože v daných případech byla zadána řízení bez uveřejnění až za účinnosti nového zákona, tak právě proto se na hodnocení zákonnosti postupů při tom použije dle § 158 odst. 1 a odst. 2 nová právní úprava, a to jak na podmínky pro zadání nových zakázek, tak pro veškerá řízení, včetně řízení o uložení sankce. Nejedná se totiž o zakázky ani řízení, které by byly zahájeny před

účinností nového zákona.

Z uvedených důvodů se proto krajský soud neztotožnil se žalobcem v tom, že měla být přezkoumávaná věc posuzována podle zákona č. 40/2004 Sb., přičemž v ostatním k této otázce odkazuje na odůvodnění žalovaného rozhodnutí, obsažené zejména v jeho bodech 16 až 22, neboť je považuje za příléhavé k žalobním námitkám, jež jsou v podstatě totožné s námitkami uplatněnými žalobcem v rozkladu.

Poté, co krajský soud rozvedl důvody, pro které má zato, že na danou věc dopadá nový zákon o veřejných zakázkách, přistoupil k posouzení druhé ze žalobních námitek, týkající se nesprávné aplikace § 99 odst. 3 zákona, respektive žalobcem zpochybňovaného výkladu pojmu „zjevný nepoměr“. Skutkový stav k tomu se vážící je popsán výše a z něho plyne, že cena opce byla předpokládána ve výši cca 112 mil. Kč (dle krajského soudu 111. 644. 688,--Kč bez DPH), přičemž dvěma následně uzavřenými dodatky dosáhla výše 233.035.263,--Kč bez DPH (42. 391. 936,--Kč - podle dodatku č. 1 + 190. 643. 327,--Kč podle dodatku č. 2).

Podle § 99 odst. 3 zákona, ve znění platném k datu vydání žalovaného rozhodnutí, zadavatel (žalobce) nebyl oprávněn opčního práva využít, pokud cena, kterou by byl povinen uhradit za plnění předmětu veřejné zakázky při využití opčního práva, by byla ve zjevném nepoměru k části předpokládané hodnoty plnění odpovídajícího opčnímu právu, která byla stanovena před zahájením původního zadávacího řízení. V době vydání žalovaného rozhodnutí tedy byl rozhodující pro závěr o tom, zda žalobce postupoval v dané věci v souladu s uvedeným ustanovením, výklad neurčitého pojmu „zjevný nepoměr“. Žalovaný se těmito otázkami zabýval pod body č. 23 až 32 žalovaného rozhodnutí. Snažil se v nich vysvětlit porušení principu „zjevného nepoměru“, který žalobci bránil využít opčního práva, a to i na základě argumentů žalobce samotného, což však z níže uvedených důvodů vůbec nemusel (viz jeho závěr o nárůstu opčního plnění o 46%). Zároveň označoval za nepřipadné žalobcovy argumenty v tomto směru, vycházející ze srovnávání obou objektů, opírající se o změny cen stavebních materiálů, dopady z použití úvěrů atd. I s těmito závěry žalovaného se krajský soud plně ztotožňuje a v dalším na ně odkazuje, neboť za rozhodující pro posouzení otázky zjevného nepoměru má jedině poměr obou hodnot předmětu opčního práva, tedy jeho ceny předpokládané a ceny skutečně sjednané, kterou musel žalobce za plnění předmětu opce zaplatit. A ten rozdíl je více jak 100%. A to je skutečnost, kterou nelze zdůvodnit a eliminovat žádnými argumenty, která již sama o sobě vypovídá o tom, že v přezkoumávané věci k naplnění onoho zjevného nepoměru došlo.

Ostatně po vydání žalovaného rozhodnutí a nabytí jeho právní moci bylo ustanovení § 99 odst. 3 zákona novelizováno v tom směru, že zadavatel není oprávněn opčního práva využít, pokud cena bez daně z přidané hodnoty, kterou by byl povinen uhradit za plnění předmětu veřejné zakázky nebo jeho části při využití opčního práva, převyšuje o více než 30 % předpokládanou hodnotu plnění odpovídajícího opčnímu právu nebo jeho části, která byla stanovena před zahájením původního zadávacího řízení v zadávacích podmínkách. V současnosti tak již nemůže být sporu o tom, co je a co není zjevný nepoměr, rozhodující je číselné

vyjádření tohoto rozdílu, z něhož zákon nepřipouští žádnou výjimku. Toto ustanovení tak již konkretizuje do té doby neurčitý právní pojem „zjevný nepoměr“, přičemž ani ono by nebylo žalobci příznivé, nehledě na to, že je pro daný případ nepoužitelné. Se žalobcem vedené deliktní řízení totiž bylo pravomocně skončeno ještě před přijetím uvedené novely, přičemž zpětnou účinnost právních předpisů ústavní pořádek České republiky zásadně nepřipouští. Jistým vodítkem pro starší případy však nepochybně je.

Žalobci byla uložena pokuta ve výši 200.000,--Kč za správní delikt podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, a to za porušení povinnosti stanovené v jeho odst. 1 písm. a). Podle tohoto ustanovení se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 84. Pochybení žalobce spatřovaly orgány veřejné správy zúčastněné na řízení v tom, že žalobce při využití opčního práva zadal výše uvedené zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv z výsledků jednání bylo zřejmé, že cena, kterou bude muset zaplatit za realizaci nových stavebních prací při využití opčního práva, bude ve zjevném nepoměru k části předpokládané hodnoty plnění odpovídající opčnímu právu, která byla stanovena před zahájením původního zadávacího řízení, přičemž postup zadavatele (žalobce) mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, když zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

Žalobce namítal, že prvostupňový správní orgán výši pokuty neodůvodnil, v čemž spatřoval její nepřezkoumatelnost. V důsledku toho prý nemohl proti její výši ani uplatnit své protiargumenty. Otázkou výše pokuty se tak podle žalobce zabýval až žalovaný, ten však již porušení namítané dvouinstančnosti nemohl odstranit. Zvláště když podle žalobce nebyly v prvostupňovém rozhodnutí žádné úvahy ohledně výše pokuty uvedeny, takže žalovaný nemohl absentující úvahy doplnit.

K tomu krajský soud předně uvádí, že on v rozhodnutí prvostupňového správního orgánu úvahy o výši pokuty shledal. Úřad totiž nejdříve vypočetl výši možné pokuty na částku 11. 651. 763,15Kč, poté odkázal na § 121 odst. 2 zákona, obsahující hlediska, k nimž se při určení výše pokuty přihlíží a konstatoval, že uložená sankce má sledovat dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to represivní (postih za porušení zákonných povinností) a funkci preventivní, směřující k předcházení nedovoleného chování. Po popisu skutkové podstaty prvoinstanční správní orgán uvedl, že při uvážení o výši pokuty preferoval její preventivní charakter, přičemž měl její výši 200.000,--Kč za dostačující. Samozřejmě by bylo možno výši uložené pokuty odůvodnit podrobněji, nicméně to vše je překlenuto oním odkazem na preventivní charakter uložené pokuty a v dalším koneckonců i její výší. Vždyť ta odpovídá, jak následně uvedl žalovaný v napadeném rozhodnutí, pouze 1,7% pokuty, kterou bylo možno žalobci za jeho protiprávní jednání uložit. Daný případ je tak možno připodobnit situaci, kdy by byla žalobcem namítána neodůvodněnost výše pokuty uložené podle zákona v nejnižší možné výši bez jakéhokoliv odůvodnění, přestože v novém řízení by ji nebylo možno stanovit jinak. Lpění v takovémto případě na „profesorském“ odůvodnění rozhodnutí by bylo skutečně přehnaným formalismem, případně naopak by mohlo vyvolávat otázku, zda nemělo být

postupováno na přání žalobce přísněji.

Vzhledem k tomu měl proto krajský soud námitky žalobce proti výši pokuty za účelové a nemající vliv na zákonnost rozhodnutí, když úvahy, které vedly k uložení pokuty právě ve výši 200.000,--Kč, jsou i z kusého odůvodnění prvoinstančního rozhodnutí zřejmé. Ostatně tento žalobcem tvrzený nedostatek žalovaný „odstranil“ v řízení o rozkladu. Jeho obsahové stránce odůvodnění výše pokuty totiž již žalobce ničeho nevytykal, s výjimkou již zmíněné zásady dvouinstančnosti správního řízení.

Ani tuto námitku však neshledal krajský soud opodstatněnou. Dlužno totiž přisvědčit žalovanému, že ve světle judikatury Nejvyššího správního soudu (viz jeho vyjádření k žalobě), nelze trvat na tom, že každý závěr musí být vždy vysloven první instancí a následně vždy prověřen a aprobován instancí vyšší. Druhoinstančnímu správnímu orgánu totiž nic nebrání v nápravě a odstranění vad, které by se snad vyskytly v řízení před prvním stupněm. Žalovaný byl proto oprávněn úvahy prvoinstančního správního orgánu dále rozvést a doplnit svými, byť pro žalobce zcela nově, jak uvádí v žalobě. V dané věci navíc odůvodnění výše pokuty navazovalo na odůvodnění rozhodnutí prvního stupně. Nebylo tudíž ničím překvapivým, pouze podrobnějším. Stejně tak má krajský soud za nezpochybnitelné, že žalobce nedodržel postup stanovený zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek. O tom nemůže být vzhledem k výši cen, za něž byly uzavřeny výše uvedené dodatky, ani řeči.

Z výše uvedených důvodů proto krajský soud nemohl přisvědčit žalobci, že jsou v dané věci dány důvody ke zrušení žalobou napadeného rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost, spočívající v nedostatku důvodů rozhodnutí či vady řízení ve smyslu § 76 odst. 1 písm. a) a c) s.ř.s. Z rozhodnutí je totiž zřejmé, proč žalovaný nepovažoval za důvodnou právní argumentaci žalobce uvedenou v rozkladu a proč měl jeho námitky v něm uvedené za liché, mylné nebo vyvrácené. Pokud se snad žalobce nedočkal odpovědí na všechny své námitky uvedené v rozkladu, respektive nebyl srozuměn s rozsahem jejich hodnocení, dlužno zopakovat, že šlo o otázky pro správnost rozhodnutí nevýznamné. Bylo-li totiž třeba hodnotit oprávněnost využití opčního práva ve vztahu k zadávacím podmínkám, byly již další námitky vybočující z tohoto rámce pro rozhodnutí podružné. Přesto se jimi žalovaný zabýval, stejně tak jako je zmínil výše krajský soud, aby snad nevznikl dojem, že zůstaly bez povšimnutí. Nezůstaly, na věci samé však nemohly cokoliv změnit.

Vzhledem k výše uvedenému krajský soud žalobu podle § 78 odst. 1 s.ř.s. jako nedůvodnou zamítl.

Podle § 60 odst. 1 s.ř.s. má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. V přezkoumávané věci měl úspěch žalovaný, a proto by, obecně vzato, měl mít právo na náhradu nákladů řízení v souvislosti s jeho zastupováním při řízení advokátem. Nicméně krajský soud nepovažuje takto vzniklé náklady řízení žalovanému za účelně vynaložené.

Třeba si totiž uvědomit, že žalovaný reprezentuje Českou republiku, jeden z ústředních orgánů státu, které, jak je všeobecně známo, mají k výkonu právních agend zřízeny právní (legislativní) odbory. Tyto útvary financované ze státního rozpočtu jsou nepochybně personálně vybaveny k tomu, aby kvalifikovaně zajišťovaly ochranu zájmů státu. Nebyl proto žádný důvod, aby zastupoval žalovanou stranu advokát. Pokud se tak přesto stalo, nepovažuje krajský soud za této situace za spravedlivé žádat po žalobci, aby žalované straně takto vzniklé náklady hradil, neboť je nelze považovat za „náklady potřebné k účelnému uplatňování nebo bránění práva“ (viz nálezy Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 153/07 ze dne 12. 11. 2007, sp. zn. II. ÚS 198/07 ze dne 3. 5. 2007, sp. zn. III. ÚS 607/04 ze dne 16. 2. 2006 či nálezy sp. zn. IV. ÚS 1087/09, sp. zn. I. ÚS 2929/07).

Proto krajský soud rozhodl o nákladech řízení tak, jak je uvedeno ve výroku II tohoto rozsudku.

P o u č e n í :

Toto rozhodnutí nabývá právní moci dnem doručení účastníkům (§ 54 odst. 5 s.ř.s.).

Proti pravomocnému rozhodnutí je přípustná kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu, kterou lze podat z důvodů a za podmínek uvedených v § 102 a násl. s.ř.s. ve lhůtě dvou týdnů po doručení rozhodnutí prostřednictvím Krajského soudu v Hradci Králové. Pro tento případ by musel 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 (§ 105 odst. 2 s.ř.s.).

V Hradci Králové dne 6. října 2011

JUDr. Jan Rutsch, v. r.
předseda senátu