ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Josefa Baxy a soudců JUDr. Lenky Kaniové a JUDr. Zdeňka Kühna v právní věci žalobce: **Město Vsetín**, se sídlem Svárov 1080, Vsetín, zastoupeného JUDr. Radkem Jurčíkem, advokátem se sídlem Čápkova 44, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 9. 2010, č. j. ÚOHS-R56/2010/VZ-14509/2010/310/PMo, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 19. 1. 2012, č. j. 62 Af 72/2010-138,

takto:

I. Kasační stížnost se zamítá.

II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Odůvodnění:

I.
Vymezení věci

[1] Dne 27. 7. 2007 uzavřel žalobce smlouvu o dílo na provedení stavebních prací na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „*Zhotovení stavby Logistického centra odpadů mikroregionu Vsetínsko*“ (dále jen „logistické centrum odpadů“) se společností STRABAG, a. s.

[2] Dne 2. 11. 2007 uzavřel žalobce na základě výzvy jedinému uchazeči k podání nabídky a účasti v jednacím řízení bez uveřejnění dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných

zakázkách (dále též „ZVZ“), se společností STRABAG, a. s. dodatek č. 1. Předmětem dodatku bylo zabezpečení dodatečných stavebních prací při zhotovení výše uvedené stavby. Důvodem uzavření dodatku byla změna legislativy – vydání nové mapy sněhových oblastí (ČSE EN 1991-1-3/NA) a změna prováděcích právních předpisů k § 10 zákona č. 86/2002 Sb., o ochraně ovzduší (vyhlášky č. 362/2006 Sb. a 363/2006 Sb.).

[3] Dne 14. 11. 2007 uzavřel žalobce se společností STRABAG, a. s. dodatek č. 2. Postup při uzavírání tohoto dodatku nevykazoval žádné formální kroky. Předmětem dodatku bylo dodatečné umístění fermentačních jednotek v areálu logistického centra odpadů, změna venkovních rozvodů nízkého napětí, změna podlahových krytin, obkladů stěn a oken v administrativní budově SO 05, změna počtu opěrných stěn skladu stavební suti, změna trasy vodovodu, změna typu lisu. Z přípisu města Vsetín, adresovaném odboru ochrany přírody, odpadů a technologií ze dne 9. 11. 2007 vyplývá, že důvodem těchto změn byla nemožnost umístit fermentační jednotky na původně plánované ploše, existence nových a kvalitnějších materiálů a požadavky provozovatele centra.

[4] Rozhodnutím ze dne 19. 3. 2010, č. j. ÚOHS-S318/2009/VZ-4121/2010/520/DŘí, shledal Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „Úřad“) postup žalobce jako porušení ZVZ a dospěl k závěru, že žalobce se dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) tohoto zákona. Deliktu se měl dopustit tím, že s vybraným uchazečem uzavřel dodatek č. 1 a 2 ke smlouvě o dílo, týkající se původní veřejné zakázky, a to v jednacím řízení bez uveřejnění (§ 23 odst. 7 písm. a) ZVZ), aniž by byly splněny podmínky pro jeho použití. Tento postup žalobce mohl dle Úřadu podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Žalobci byla uložena pokuta 100.000 Kč.

[5] Proti výše uvedenému rozhodnutí podal žalobce rozklad k předsedovi Úřadu. Ten jej rozhodnutím ze dne 29. 9. 2010, č. j. ÚOHS-R56/2010/VZ-14509/2010/310/PMo, zamítl a potvrdil prvoinstanční rozhodnutí.

[6] Dne 30. 11. 2012 podal žalobce proti rozhodnutí předsedy Úřadu žalobu ke Krajskému soudu v Brně, jenž žalobu rozsudkem ze dne 19. 1. 2012, č. j. 62 Af 72/2010-138, zamítl. Proti rozsudku krajského soudu následně podal stěžovatel kasační stížnost.

II.
Stručné shrnutí základních argumentů uvedených v kasační stížnosti

[7] V kasační stížnosti stěžovatel uvádí, že krajský soud nezdůvodnil, proč ve svém rozhodnutí napravuje vady správních rozhodnutí, které nebyly odstraněny ve správním řízení. Dále, že krajský soud nevyvrátil argumentaci stěžovatele týkající se realizace víceprací za nižší než obvyklé ceny, a že z odůvodnění není zřejmé, proč považuje vady vytýkané správnímu orgánu za vady formálního charakteru. Následkem výše uvedeného je rozhodnutí krajského soudu nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s“).

[8] Stěžovatel spatřuje naplnění kasačního důvodu dle § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s. v závěru krajského soudu, že žalobce užil jednací řízení bez uveřejnění při uzavírání obou

dodatků, aniž by pro uvedený závěr byla jakákoliv důkazní opora. Dále se krajský soud se nezabýval žalobní námitkou nepřezkoumatelnosti rozhodnutí Úřadu, resp. krajský soud uvedené učinil v substituci za předsedu Úřadu.

[9] Stěžovatel má za překvapivý závěr krajského soudu, že neoznačil žádný důkaz, jímž by mohl prokazovat, že hodlal plnění kontrahované v rámci dodatku č. 2 realizovat jako zakázku malého rozsahu. Jako další překvapivý moment označuje to, že krajský soud nepoučil žalobce dle § 118a odst. 2 a 3 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (dále jen „o. s. ř."), o následcích výzvy k doložení důkazů. Překvapivým označuje také závěr soudu, uvedený na str. 15 napadeného rozsudku, že plnění, jehož se týkal i dodatek č. 2, nebylo možné oddělit od plnění, které bylo předmětem původní veřejné zakázky. Tím sám vylučuje, že by se jednalo o plnění, které by mohlo být samostatnou veřejnou zakázkou. Stěžovateli tak mělo být odňato právo skutkově a právně na uvedený závěr soudu reagovat a argumentovat např. rozhodnutím Soudního dvora Evropské unie sp. zn. C-454/06, *Pressetext Nachrichtungagentur GmbH vs. Rakouská republika.* V této věci také odkázal na rozhodnutí Úřadu ze dne 16. 8. 2007, č. j. R087/2007/02-14942/2007/310-Hr

[10] Dále stěžovatel nesouhlasí se závěrem krajského soudu na str. 14 napadeného rozsudku, a to, že postup v jednacím řízení bez uveřejnění je postupem nejméně formalizovaným a nejméně kontrolovaným.

[11] Stěžovatel dále poukazuje nato, že sám žalovaný ve své rozhodovací praxi dovodil právní názor, že pokud se jedná o zakázku malého rozsahu, není na straně zadavatele veřejné zakázky založena právní povinnost postupovat dle ZVZ.

[12] Stěžovatel nesouhlasí s názorem krajského soudu, že v nyní posuzované věci byly okolnosti odůvodňující dodatky známy již v době kontraktace, jen o nich zadavatel nevěděl, ačkoliv o nich vědět měl (str. 9 napadeného rozsudku). Nejedná se tak v dané věci o jiný případ oproti namítaným rozhodnutím Úřadu. Navíc dle stěžovatele tento závěr nemá oporu v provedeném prokazování. Žalovaný tak dle stěžovatele rozhodoval ve věci se stejnými skutkovými okolnostmi rozdílně a byl tak porušen § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „spr. ř.").

[13] Dle stěžovatele se v případě dodatků a původní smlouvy jednalo o tři samostatné zakázky, bez ohledu na to, zda se jedná o zakázku zadávanou v zadávacím řízení podle ZVZ v otevřeném řízení či jednacím řízení bez uveřejnění. Stěžovatel tak nesouhlasí se závěrem krajského soudu na str. 18 napadeného rozsudku, kde soud konstatoval, že předpokladem splnění důvodů podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ je, že plnění, které je předmětem obou dodatků, muselo být samostatnou veřejnou zakázkou. S tímto tvrzení se předseda Úřadu nevypořádal. Rozhodnutí krajského soudu je proto překvapivé.

[14] Byť žalovaný rozhoduje v oblasti poměrně dlouhou dobu, neopřel svoje rozhodnutí o žádné své předchozí rozhodnutí, rozhodnutí správních soudů, příp. Soudního dvora Evropské unie.

[15] Žalovaný měl při svém hodnocení aplikovat odlišné znění § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ, neboť použil odlišné slovní spojení, a to *objektivně nepředvídatelné okolnosti* místo správného *objektivně nepředvídané okolnosti.*

[16] Stěžovatel se dále neztotožňuje s právní argumentací týkající se materiální stránky správního deliktu. Materiální stránka by byla naplněna pouze v případě, že by zadavatel prokazatelně věděl o potřebě provést dodatečné stavební práce ještě před uplynutím lhůty po podání nabídek. Dále v případě, že zadavatel mohl v daném případě postupovat jinak. Zadavatel se o nutnosti realizovat dodatečné stavební práce dozvěděl až v průběhu realizace stavby, resp. nebylo prokázáno, že zadavatel tyto skutečnosti již věděl. Nebylo ani prokázáno, že zadavatel mohl postupovat jinak. V případě dodatku č. 1 navíc šlo o jednání v krajní nouzi. Dle stěžovatele jej dále omlouvá tzv. *error facti*, tedy omyl o skutkových poměrech závažných z hlediska práva správního trestání, jenž nedovoluje spatřovat v daném činu správní delikt. Při posuzování materiální stránky správního deliktu je právně významné, že zpracovatelem projektové dokumentace byl subjekt odlišný od zadavatele. Odpovědnost zadavatele za úplnost a správnost zadávací dokumentace pro účely vymezení předmětu zakázky ve vztahu k nabídkám uchazečů dle § 44 odst. 1 ZVZ a odpovědnost za případný správní delikt jsou zcela odlišné právní kategorie. V tomto směru odkázal stěžovatel na § 2 odst. 2 písm. b) zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích.

[17] Krajský soud se dále pokusil zhojit závažnou procesní vadu, a to že v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 26. 11. 2009 bylo uvedeno, že se řízení zahajuje pro podezření ze spáchání správního deliktu při uzavírání dodatku č. 2, nikoliv však dodatku č. 1. Ačkoliv žalobce dodatek č. 1 zmiňuje nezákonnost, vytýká ji pouze dodatku č. 2.

[18] Stěžovatel poukazuje rovněž na to, pokud při zadávání zakázek malého rozsahu na dodatečné práce zadavatel použije jednací řízení bez uveřejnění, pak jej nelze sankcionovat za spáchání správního deliktu, když skutková podstata tohoto deliktu naplněna nebyla.

[19] Stěžovatel nesouhlasí ani s výší pokuty, vzhledem k délce řízení a časovému odstupu mezi uložením pokuty a spácháním správního deliktu. Krajský soud nemůže být další instancí a konstatovat přiměřenost uložené pokuty, jestliže správní orgány ve svých rozhodnutích tuto okolnost zcela pominuly.

[20] Stěžovatel nesouhlasí se závěrem krajského soudu, že práce v dodatcích č. 1 a č. 2 nebyly provedeny za ceny obvyklé, když odborná vyjádření uvádí opak. Navíc zjištění ceny obvyklé má být právně významné pro posouzení, zda byla naplněna materiální stránka správního deliktu.

[21] Konečně se stěžovatel neztotožňuje se závěrem krajského soudu uvedeného na str. 21 napadeného rozsudku, kde je uveden odkaz na dopis Ministerstva životního prostředí a jeho závěr o objektivně nepředvídané skutečnosti změny technických a právních norem.

[22] V doplnění kasační stížnosti ještě stěžovatel poukázal na jiný výklad § 23 odst. 4. písm. a) ZVZ, který je odlišný od názoru krajského soudu a poukazuje na údajný rozpor

pokračování

mezi napadeným rozsudkem krajského soudu a rozhodnutím Úřadu ze dne 28. 7. 2011, č. j. ÚOHS-R46/2011/VZ-11319/20111/310/Eku.

III.
Stručné shrnutí vyjádření žalovaného

[23] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvádí, že řízení před Úřadem proběhlo ve dvou stupních a zásada dvojinstančnosti tak nebyla porušena. Žalovaný se ztotožnil s názorem krajského soudu, že jeho rozhodnutí není nepřezkoumatelné a jeho závěry nejsou překvapivé.

[24] K podmínkám uzavření dodatku č. 2 zopakoval, že se jednalo o faktický postup odpovídající ustanovení § 34 odst. 1 ZVZ. Dále stěžovatel neoznačil žádný důkaz prokazující, že toto plnění kontrahoval jako veřejnou zakázku malého rozsahu. Argumentace uvedenými rozhodnutími Úřadu je bezpředmětná, neb ty se zakládají na jiném skutkovém základě.

[25] Úřad souhlasí s krajským soudem v tom, že se v případě dodatku č. 1 a č. 2 nejednalo o samostatné veřejné zakázky, neboť jak sám stěžovatel uvádí, navazující plnění nešlo od plnění, které bylo předmětem původní nabídky, oddělit. Plnění, jehož se týkal dodatek č. 1, mělo být realizováno na stejném místě, kde bylo realizováno původně kontrahované plnění, v témže čase a proto, aby bylo dosaženo výsledku odpovídajícího původní poptávce stěžovatele. V případě dodatku č. 1 a č. 2 se jednalo o plnění, které bylo jednou veřejnou zakázkou společnou s plněním, jehož se týkalo původní zadávací řízení.

[26] Jednací řízení bez uveřejnění vykazuje nejnižší míru transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže ze všech druhů zadávacích řízení. Dále Úřad poukazuje nato, že v tomto případě se nejednalo o situaci, kdy okolnosti odůvodňující dodatky k původní smlouvě tu byly již v době této kontraktace, pouze s tím rozdílem, že o nich stěžovatel nevěděl, ačkoliv vědět měl.

[27] Ze žádného ustanovení zákona nevyplývá, že by odkazy na dřívější rozhodovací praxi byly vždy povinnou součástí rozhodnutí správních orgánů. V souvislosti se zaměněním termínu „*nepředvídatelná*“ a „*nepředvídaný*“ je žalovaný toho názoru, že jej přes tuto záměnu interpretoval v souladu s ZVZ a toto pochybení nezpůsobilo nezákonnost rozhodnutí.

[28] V případě argumentace krajní nouzí, ve které měl zadavatel údajně dané dodatky uzavírat, žalovaný podotýká, že potřeba změn při realizaci původní veřejné zakázky byla vyvolána samotným stěžovatelem. Dále nesouhlasí s možností liberace na základě toho, že přípravou zadávacího řízení byla pověřena třetí osoba. Dle žalovaného je v každém případě odpovědný zadavatel.

[29] Ve vztahu k dodatku č. 1 platí nejen to, že je tento dodatek v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 26. 11. 2009 „zmíněn“, ale i to, že z kontextu oznámení o zahájení

správního řízení jasně vyplývá, že jednáním, pro které bylo vedeno správní řízení, je i jednání při uzavírání dodatku č. 1.

[30] Dle žalovaného doba uplynulá od spáchání deliktu do jeho potrestání není tak vážným excesem, který má být zhojen snížením sankce. Jestliže maximální částka pokuty mohla činit až 882.203 Kč a jestliže hospodářská situace stěžovatele nevyvolává ani náznak těžkostí s platbou pokuty, pak je třeba zohlednit jak zásady správního trestání, tak i princip proporcionality. Dle názoru žalovaného se nemohla délka řízení projevit ve výši pokuty příznivěji.

[31] K dodatečným pracím a jejich cenám žalovaný dodává, že třebaže nelze polemizovat s odbornými vyjádřeními ohledně ceny „dle rozpočtu“, je třeba odmítnout, že by takto vypočtené ceny měly být automaticky považované za ceny obvyklé v místě a čase. Navíc, i kdyby byly ceny prací sjednaných v rámci daných dodatků nižší než ceny obvyklé v místě a čase, neznamenalo by to, že se stěžovatel nedopustil porušení zákona.

[32] Závěrem žalovaný uvádí, že názor odlišného správního orgánu nemohl ve stěžovateli vzbudit právo legitimně očekávat, že zákon neporušuje, neboť pak by byla pravomoc Úřadu nepřiměřeně a nedůvodně limitována.

IV.
Právní názor Nejvyššího správního soudu

[33] Po konstatování přípustnosti a včasnosti kasační stížnosti podle ustanovení § 102 a násl. s. ř. s. Nejvyšší správní soud nejprve přistoupil k přezkoumání napadeného rozsudku krajského soudu v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s. a přitom neshledal, že by řízení před soudem bylo zatíženo vadami, k nimž by musel přihlédnout z moci úřední. Poté soud posoudil námitky uvedené v kasační stížnosti a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

[34] Na počátku soud předesílá, že žádost o zohlednění okolnosti, že pokud bude stěžovateli udělena v dané věci správní pokuta, tak bude krácena dotace (případně vymáhána sankce) za porušení rozpočtových pravidel, je ze své podstaty zcela nepřijatelná a pro rozhodování nepodstatná. Nelze požadovat ani po správním orgánu, ani po soudu, aby „přehlédly“ porušení zákona z důvodu, že stěžovatel ponese ještě jiné důsledky svého protiprávního jednání.

[35] Dále Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou ani jednu z námitek tvrdící nepřezkoumatelnost rozhodnutí krajského soudu ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. (viz bod [7]). Stěžovatel s odkazem na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005–44, č. 689/2005 Sb. NSS, tvrdí, že z odůvodnění napadeného rozsudku krajského soudu není zřejmé, proč soud nepovažoval za důvodnou právní argumentaci účastníka řízení v žalobě a proč žalobní námitky účastníka považuje za liché, mylné nebo vyvrácené. K tomuto tvrzení uvedl stěžovatel několik níže uvedených námitek.

[36] Předně stěžovatel uvedl velmi obecně formulovanou námitku o (zřejmě nepřípustném) napravování vad správních rozhodnutí krajským soudem. Obecné tvrzení bez označení skutkových a právních důvodů nemůže být ovšem důvodem pro zrušení napadeného rozsudku. Dle názoru Nejvyššího správního soudu navíc k žádnému takovému postupu ze strany krajského soudu nedošlo.

[37] Námitkou realizace víceprací za nižší než obvyklé ceny se krajský soud zabýval na str. 19 a 20 napadeného rozsudku. Zde vyslovil, že i na základě odborného vyjádření ing. P. C. nemá za prokázané, že by ceny sjednané jednotlivými dodatky byly o 30% a o 8,5% nižší než ceny obvyklé. Navíc uvedl, že i kdyby snad právě tato úvaha soudu byly chybná a ceny, za něž byly práce podle dodatků č. 1 a 2 realizovány, by byly nižší než ceny obvyklé v místě a čase, pak by ani tato skutečnost neznamenala, že se žalobce porušení ZVZ při uzavření obou dodatků nedopustil. Rozsudek krajského soudu v této části tak není ani nesrozumitelný, ani netrpí nedostatkem důvodů.

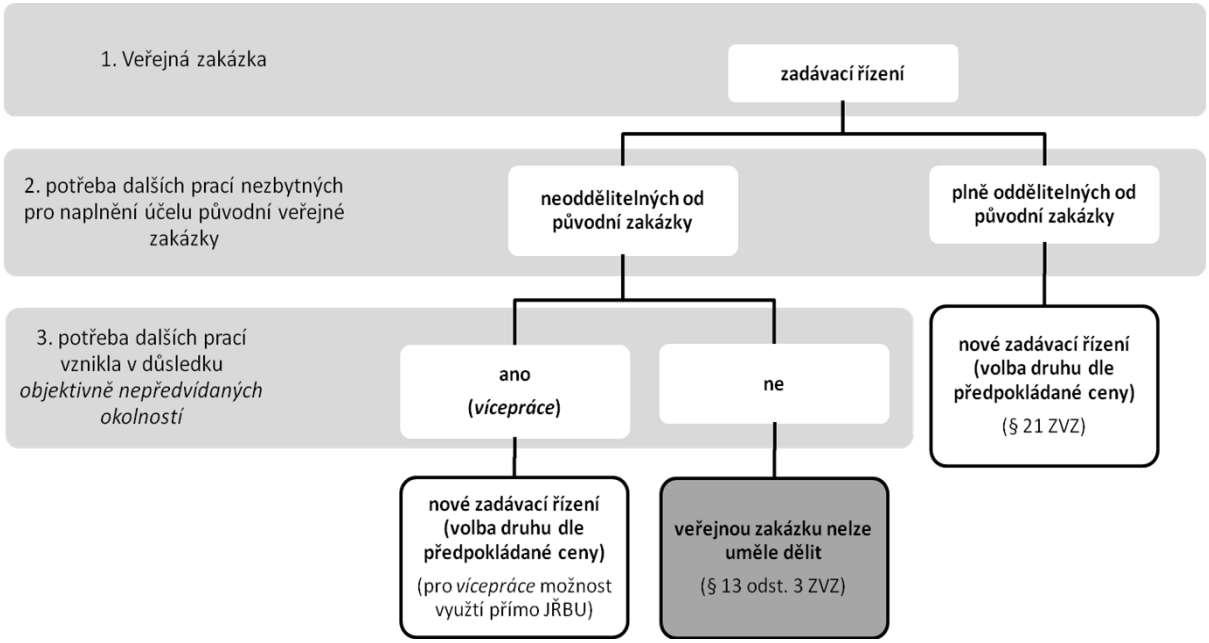
[38] K tvrzení, že z odůvodnění rozsudku soudu není zřejmé, proč považuje vady vytýkané správnímu orgánu za vady formálního charakteru, Nejvyšší správní soud opětovně podotýká, že se jedná o obecné tvrzení bez označení skutkových a právních důvodů, v němž není určeno, které vady má stěžovatel na mysli. Z napadeného rozsudku vyplývá, že krajský soud správnímu orgánu vyčetl překročení lhůty pro vydání rozhodnutí, nevyjádření se ke své dřívější, stěžovatelem zmiňované, rozhodovací praxi a dopuštění se jazykové nepřesnosti v případě slov *nepředvídaný* a *nepředvídatelný*. Svoje závěry, že se v daných případech nejedná o vady, které by mohly mít za následek nezákonné rozhodnutí, v příslušných pasážích napadeného rozsudku dostatečně odůvodnil.

[39] Posledně k obecné námitce tvrdící nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí krajského soudu stěžovatel uvedl, že v řízení před správními orgány byla porušena zásada dvojinstančnosti. Z takto obecně konstruované námitky, jež je pouze obecně podpořena citovanou judikaturou Nejvyššího správního a Ústavního soudu, není patrno, na základě jakých skutkových a právních důvodů zastává stěžovatel svůj názor.

[40] Dále se stěžovatel neztotožňuje s názorem předsedy Úřadu uvedeným v rozhodnutí o rozkladu, že „[b]*ez ohledu na předpokládanou hodnotu předmětné veřejné zakázky Úřad posuzoval skutečný postup zadavatele. Jak již bylo konstatováno, v daném případě zadavatel použil jednací řízení bez uveřejnění, aniž byly naplněny podmínky jeho použití a tím porušil příslušná ustanovení zákona.*“ (odst. 34 rozhodnutí o rozkladu). Oproti tomu stěžovatel uvádí, že dodatek č. 2 uzavřel postupem pro veřejné zakázky malého rozsahu a v souladu s § 18 odst. 3 ZVZ nebyl nucen postupovat dle tohoto zákona.

[41] Nejvyšší správní soud obecně souhlasí s názorem obou stran, že v průběhu plnění veřejné zakázky může nastat situace, kdy je třeba realizovat práce (dodávky, služby), které nebyly předmětem původní zakázky. Takové práce (či množství materiálu) nebyly zadavatelem v podmínkách původní veřejné zakázky obsaženy, a proto se jedná o nový předmět plnění. Ačkoliv se materiálně jedná o souhrn prací (dodávek, služeb), které společně směřují k naplnění původního účelu veřejné zakázky, z pohledu ZVZ a postupu zadávání těchto prací se jedná formálně o novou veřejnou zakázku. V takovém případě je

ovšem podstatné posoudit, zda se jedná o samostatnou zakázku, která s původní zakázkou bezprostředně souvisí či nikoliv a následně, zda potřeba těchto prací vznikla v důsledku *objektivně nepředvídaných okolností* (graficky znázorněno níže).



Na základě tohoto hodnocení vyplývají pro zadavatele rozdílné požadavky na postup při zadávání této zakázky, a to z důvodu dodržení základních principů ZVZ nutných k naplnění smyslu zákona a smyslu hospodaření s veřejnými prostředky.

[42] V souladu s výše uvedeným se tedy soud zabýval nejprve otázkou, zda mohl být předmět dodatku č. 2 samostatnou zakázkou, která s původní zakázkou nesouvisí, či nikoliv. Krajský soud s odkazem na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 6. 2007, č. j. 2 Afs 198/2006-69, č. 1896/2009 Sb. NSS a ze dne 15. 12. 2010, č. j. 2 Afs 55/2010-173, k této věci mimo jiné uvedl: *„Ve vztahu k předmětu dodatku č. 2 i ve vztahu k dodatku č. 1 platí, že se z urbanistického, technologického, místního, časového a věcného hlediska jedná o plnění, které není plněním samostatným, ale které je modifikací původního plnění, jehož se týkalo původní (otevřené) zadávací řízení.“*. Nejvyšší správní soud se s tímto názorem plně ztotožnil, neboť i v případě dodatku č. 2 byla splněna všechna hlediska vymezená rozhodovací praxí Úřadu i správních soudů, tedy urbanistické, technologické, místní, časové a věcné. Jednalo se tak o plnění, které bylo modifikací plnění původního. V této souvislosti i sám stěžovatel uvádí, že plnění sjednané na základě dodatku č. 2 nešlo od původní veřejné zakázky technicky oddělit. Své tvrzení o stavebně technické neoddělitelnosti předmětu dodatku č. 2 doložil znaleckým posudkem č. 1370-172/10, Ing. Tomáše Hurty. V závěru posudku je mimo jiné uvedeno, že *„práce realizované dle dodatků č. 1 a 2 nebyly stavebně technicky oddělitelné od původního předmětu díla a tyto provedené práce byly nezbytné pro dokončení původního předmětu díla“*.

[43] Jednalo-li se tedy v případě dodatku č. 2 o veřejnou zakázku, která s původní zakázkou přímo souvisí a nelze ji od ní oddělit, zadavatel nemohl při jejím zadávání automaticky postupovat autonomně příslušným druhem zadávacího řízení. To z důvodu

jak právních (např. otázka záruk), tak i z důvodu faktických komplikací (např. změna dimenzování nosníků) při zhotovování dané stavby. Taková veřejná zakázka by byla z těchto důvodů fakticky nesoutěžitelná. Pro další postup ve zde posuzované věci je dále rozhodné zodpovědět otázku, zda v tomto případě potřeba dodatečných stavebních prací, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, vznikla v důsledku *objektivně nepředvídaných okolností* a jednalo se o tedy tzv. *vícepráce* či nikoliv.

[44] Ačkoli pojem *vícepráce* není v ZVZ obsažen, je hojně užíván především ve stavební praxi a byl akceptován již jak v rozhodovací praxi Úřadu, tak i soudů. V tomto smyslu je nutné opakovaně zdůraznit, že *vícepráce* ve smyslu zákona ZVZ jsou pouze dodatečné práce, jejichž potřeba vznikla v důsledku *objektivně nepředvídaných okolností*. Přestože se v případě *víceprací* jedná o práce, které s původní veřejnou zakázkou přímo souvisí, lze je zadat v autonomním zadávacím řízení, aniž by se jednalo o nepřípustné dělení předmětu veřejné zakázky, za účelem snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené ZVZ (§ 13 odst. 3 ZVZ). Jedná se však o výjimečnou situaci, kdy musí být splněny výše uvedené podmínky definující *vícepráce.*

[45] Vzhledem k těžké předvídatelnosti přesného objemu stavebních prací především v případě rekonstrukcí, zákonodárce s možností vzniku *víceprací* počítá a ZVZ obsahuje přímý postup umožňující zadavateli *vícepráce* zadat zhotoviteli stavby. Tímto postupem je využití jednacího řízení bez uveřejnění (§ 34 ZVZ). S ohledem na všudypřítomné základní zásady je však nutné splnit všechny podmínky pro užití tohoto druhu zadávacího řízení (§ 23 ZVZ). Pokud nedojde k naplnění těchto podmínek (např. že rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb překročí 20 % ceny původní veřejné zakázky) musí být zakázka s ohledem na její předpokládanou hodnotu zadána příslušným druhem zadávacího řízení. Obecně nelze vyloučit ani zadání zakázky formou veřejné zakázky malého rozsahu (srov. výkladové stanovisko Úřadu http://www.compet.cz/fileadmin/user_upload/Sekce_VZ/Metodiky/zadavani_vicepraci.pdf).

[46] V rámci posouzení, z jakého důvodu potřeba prací kontrahovaných dodatkem č. 2 vznikla, stěžovatel nesouhlasí s právním názorem krajského soudu (viz bod [12]). Ze spisové dokumentace vyplývá, že předmětem dodatku č. 2 bylo dodatečné umístění fermentačních jednotek v areálu logistického centra odpadů, změna venkovních rozvodů nízkého napětí, změna podlahových krytin, obkladů stěn a oken v administrativní budově SO 05, změna počtu opěrných stěn skladu stavební suti SO 05, změna trasy vodovodu v areálu LCO, změna typu lisu. Cena díla dle dodatku č. 2 činila 965.595 Kč bez DPH. Z přípisu města Vsetín, adresovaného odboru ochrany přírody, odpadů a technologií, ze dne 9. 11. 2007, vyplývá, že důvodem těchto změn byla mimo jiné nemožnost umístit fermentační jednotky na původně plánované ploše, existence nových a kvalitnějších materiálů a požadavky provozovatele centra.

[47] Úřad v rozhodnutí mimo jiné uvedl že, *„Projektová dokumentace u stavební veřejné zakázky musí být vypracována na základě reálně existujících podkladů, s ohledem na časové hledisko realizace díla a s tím souvisejícím počátkem doby jejího skutečného užívání a rovněž musí vycházet z účelu a funkce stavby. Důvody změn v prováděných pracích, které byly předmětem dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo, jak je uvedl zadavatel ve vyjádření ze dne 2. 12.*

2009, nejsou objektivně nepředvídatelnými okolnostmi. Tyto důvody vychází z nedostatečné podložené a z hlediska účelu stavby a potřeb jejího uživatele vadné projektové dokumentace k původní zakázce." Předseda Úřadu v rozhodnutí o rozkladu tento názor potvrdil a doplnil, že projektová dokumentace nebyla dostatečně podložena, neboť její realizace závisela pouze na odvolatelném příslibu třetí osoby. Krajský soud se s tímto názorem v rozhodnutí také ztotožnil (str. 9 napadeného rozsudku).

[48] Nejvyšší správní soud se ztotožnil s názorem Úřadu a krajského soudu. V případě, že zadavatel připraví neúplnou či dokonce chybnou projektovou dokumentaci, nelze tuto chybu zhojit za pomocí postupu, který zákon umožňuje pouze v případě *víceprací*. Tak je tomu i tehdy, nezajistí-li dostatečně majetkoprávní vztahy pro umístění dané stavby. Navíc je zapotřebí v této části také zohlednit okolnosti, že město Vsetín, jako zadavatel veřejné zakázky, by vzhledem k předpokládané velikosti úřednického aparátu mělo být schopno připravit kvalitní a kompletní projektovou dokumentaci. Na tomto nic nemění součinnost externích dodavatelů. Potřeba prací zahrnutých v dodatku č. 2 tedy nevznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností. Nadto má soud k dodatku č. 1 za nutné upozornit stěžovatele na rozhodnutí Úřadu ze dne 19. 7. 2012, č. j. ÚOHS-R75/2012/VZ-9879/2012/310/JRa ve kterém Úřad rozhodoval v obdobné skutkové věci a se shodným závěrem.

[49] Protože se tedy v případě dodatku č. 2 jednalo o zakázku, která s původní zakázkou bezprostředně souvisela a potřeba prací, kontrahovaných dodatkem č. 2, nevznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností, dospěl Nejvyšší správní soudu k shodnému závěru jako žalovaný a krajský soud, že stěžovatel nemohl práce sjednané v rámci dodatku č. 2 zadat pomocí jednacího řízení bez uveřejnění. Pokud tak učinil, jako zadavatel nedodržel postup stanovený ZVZ pro zadání této veřejné zakázky.

[50] Nejvyšší správní soud neshledal jako důvodnou ani námitku, že z odborných vyjádření vyplývá ve vztahu k dodatku č. 2 závěr opačný. Stěžovatel navíc neoznačil, která odborná vyjádření má na mysli. Spisová dokumentace krajského soudu v této souvislosti obsahuje odborná vyjádření týkající se stavebně technické oddělitelnosti a určení ceny obvyklé, která nejsou pro tento závěr relevantní, neboť neobsahovala žádné skutečnosti týkající se posouzení, zda se jednalo o *vícepráce.* Dále soud nesouhlasí ani s námitkou stěžovatele, že závěr žalovaného a krajského soudu o předvídatelnosti prací kontrahovaných v dodatku č. 2, nemá oporu v provedeném prokazování. Správní spis rozhodné listiny jako dodatky a vyjádření obsahuje.

[51] Nejvyšší správní soud se ve vztahu ke stěžovatelem zmíněným rozhodnutím Úřadu ze dne 2. 12. 2008, č. j. S303/2008/VZ-22115/2008/510/če a ze dne 10. 6. 2010, č. j. ÚOHS-R185/2009/VZ-6185/2010/310/EKu, ztotožnil s názorem krajského soudu, že ve výše jmenovaných rozhodnutích nebyly dány shodné skutkové okolnosti. V těchto rozhodnutích Úřad vyšel právě z podmínky, že potřeba prací vznikla v důsledku *objektivně nepředvídaných okolností*, zatímco v nyní posuzované byl výše odůvodněn opak. Úřad v prve citovaném rozhodnutí mimo jiné uvedl „*V šetřeném případě je zřejmé, že se uzavřené „dodatky" věcně bezprostředně týkají předmětu původní veřejné zakázky, neboť je jimi smluvními stranami reagováno na reálné podmínky stavby, zejména na skutečný stav konstrukcí, který nebylo možné před jejich odkrytím jednoznačně ověřit.*" Tato rozhodnutí tak

naopak potvrzují nyní zaujatý právní názor jak Úřadu, tak soudu. Žalovaný tedy nerozhodnul ve věci se stejnými skutkovými okolnostmi rozdílně a neporušil § 2 odst. 4 spr. ř. Protože se nejednalo o rozhodnutí se shodnými skutkovými okolnosti, soud nemá za nutné vyžádat smlouvy o dodatcích ve výše uvedených rozhodnutích.

[52] V doplnění kasační stížnosti stěžovatel poukázal na rozhodnutí Úřadu ze dne 28. 7. 2011, č. j. ÚHOS-R46/2011/VZ-11319/20111/310/Eku (viz bod [22]), ve kterém se mimo jiné uvádí *„V této souvislosti nemohu dát za pravdu tvrzení uvedenému v rozkladu, že zákon zadavateli nedává v případě víceprací překračujících 20 % původní hodnoty veřejné zakázky možnost řádného dokončení stavebních prací. V situaci, kdy jsou technické podmínky takového charakteru, že předmět veřejné zakázky může být dokončen pouze původním dodavatelem, je zadavatel oprávněn takto dodatečně vzniklé stavební práce zadat v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, což de facto umožňuje urychlení celého procesu zadání. V předmětném případě však zadavatel nezadával dodatečné stavební práce s technickým omezením, jež by odůvodňovalo realizaci jediným konkrétním dodavatelem. V podaném rozkladu jako důvod svého postupu pouze uvedl, že by zadávací řízení vedlo k ekonomickým komplikacím s negativními důsledky pro zadavatele. Tyto tvrzené ekonomické důvody či jiné realizační komplikace nelze jako argument pro omezení soutěžního prostředí akceptovat. Měl to být naopak konkurenční tlak vyplývající z férové hospodářské soutěže, který měl vygenerovat pro zadavatele nejvhodnější nabídku. Z tohoto důvodu nemohu, stejně jako orgán dohledu, akceptovat postup, kterým zadavatel účelově obešel zákonem stanovená pravidla pro zadávání dodatečných stavebních prací tím, že předmět „víceprací“ zadal bez řádného zadávacího řízení vybranému uchazeči.“* Toto rozhodnutí tak plně koresponduje s názorem krajského soudu i zde vysloveným.

[53] Stěžovatel dále nesouhlasí se závěrem krajského soudu, který na str. 18 rozhodnutí uvedl „[a]*by tedy mohl žalobce důvodně argumentovat tak, že pro jeho postup, tedy pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění (a to platí i pro kontraktaci obou dodatků), byly důvody podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, pak by plnění, které je předmětem obou dodatků, muselo být samostatnou veřejnou zakázkou*“. Dle stěžovatele se jednalo o tři samostatné zakázky, bez ohledu na to, zda se jedná o zakázku zadávanou v zadávacím řízení podle zákona o veřejných zakázkách v otevřeném řízení či jednacím řízení bez uveřejnění (viz bod [13]). Z formálního hlediska má každá zakázka (byť má souvislost s jinou veřejnou zakázkou) z pohledu ZVZ samostatný režim, tedy je samostatnou zakázkou.

[54] Nejvyšší správní soud nezpochybňuje, že se v případě zadávání *víceprací* formálně postupuje dle ZVZ, jako kdyby se jednalo o samostatnou zakázku, avšak napadaný citovaný názor je vytržen z kontextu daného rozhodnutí. Krajský soud nejdříve posoudil, že se v daném případě jedná o veřejnou zakázku, která s původní veřejnou zakázkou souvisí a je od ní neoddělitelná. Následně soud seznal, že práce sjednané dodatkem č. 2 nevznikly z *objektivně nepředvídaných okolností*. Za takových okolností se Nejvyšší správní soud ztotožňuje s názorem krajského soudu, že není možné užít jednací řízení bez uveřejnění, a to již s ohledem na zákaz dělení veřejných zakázek zakotvený v § 13 odst. 3 ZVZ. Otázkou nesplnění podmínek pro užití jednacího řízení bez uveřejnění obsažených v § 23 odst. 4, ale i v odst. 7 ZVZ se v takovém případě není zapotřebí zabývat, neboť tento druh zadávacího řízení, ostatně jako i ostatní druhy, by šlo užít jen v případě, že by se jednalo o samostatnou zakázku nesouvisející se zakázkou původní, či by se jednalo o

vícepráce. Nejvyšší správní soud se také ztotožňuje s názorem krajského soudu, že za tohoto stavu nebylo jak více zohlednit závěry plynoucí z odborných vyjádření.

[55] Nejvyšší správní soud v této souvislosti nepovažuje za relevantní tvrzení stěžovatele, že se s výše uvedenou námitkou [nesprávného výkladu § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ] nevypořádal předseda Úřadu. Jestliže tato námitka nebyla v rozkladu uplatněna, nemohl se s ní předseda Úřadu vypořádat. Zde soud nadto poznamenává, že pokud by se nejednalo o správní trestání, byla by daná námitka brána jako nepřípustné novum (srov. rozsudek NSS ze dne 22. 1. 2009, č. j. 1 As 96/2008-115). Navíc, jak již bylo odůvodněno výše, posouzení této otázky není ani pro věc podstatné, neb postup zadavatele veřejné zakázky byl zatížen vadou již při tvorbě nedokonalé a nepodložené projektové dokumentace.

[56] Nejvyšší správní soud se neztotožnil ani s námitkou tvrdící, že mohl být použit postup i dle § 50 odst. 1 písm. b) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek s odkazem na § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. Zadavatel měl totiž povinnost řídit se při zadávání veřejné zakázky v té době platnou a účinnou právní úpravou. Nenaplnění podmínek citovaného ustanovení odůvodnil soud již výše. Nejvyšší správní soud neseznal jako důvodný ani argument týkající se technické neoddělitelnosti vyplývající z posudku Ing. Tomáše Hurty a ze znění smlouvy. Nezbývá než zopakovat, že předvídatelnou nedokonalost projektové dokumentace a nemožnost na jejím základě dokončit původního předmět díla, nelze následně zhojit zadáním těchto prací pomocí jednacího řízení bez uveřejnění.

[57] Dále v kasační stížnosti stěžovatel uvádí, že pro závěr o užití jednacího řízení bez uveřejnění při uzavírání obou dodatků, není jakákoliv důkazní opora (viz bod [8]),. Nejvyšší správní soud dává stěžovateli za pravdu, že v případě dodatku č. 2 není ve spisové dokumentaci výslovně uvedeno, že by stěžovatel užil zadávacího řízení bez uveřejnění. Soud se však ztotožňuje s názorem žalovaného a krajského soudu, že na základě faktického jednání stěžovatele lze presumovat, že stěžovatel použil jednací řízení bez uveřejnění. Ze spisové dokumentace vyplývá, že dodatek č. 2 byl uzavřen obdobně jako dodatek č. 1, u kterého stěžovatel užil zadávací řízení bez uveřejnění. Byl uzavřen se shodnou stavební společností, se kterou stěžovatel uzavřel původní smlouvu na realizaci logistického centra odpadů i dodatek č. 1k této smlouvě. Stěžovatel neprokázal žádný pokus o zveřejnění či kontakt s jinými soutěžiteli. Tento postup tak v rámci procesů upravených v ZVZ fakticky naplňuje pouze postup v zadávacím řízení bez uveřejnění.

[58] Uvedený závěr potvrzuje i skutečnost, že stěžovatel již v rozkladu a ve svých vyjádřeních označoval předmět dodatku č. 2 jako „dodatečné práce“. V případě dodatku č. 2 užil shodnou argumentaci jako u dodatku č. 1. Mimo jiné uvedl, že „*dodatečné práce realizované dle dodatku č. 2 nebyly objektivně předvídatelné a potřeba jejich realizace vznikla až v rámci realizace stavby*“ (strana 5 rozkladu). Tato argumentace se přímo týká podmínek užití zadávacího řízení bez uveřejnění. Oddělitelností předmětu dodatku č. 2 od původní zakázky navíc stěžovatel v rozkladu neargumentoval. Pouze reagoval na tvrzení Úřadu, že tyto práce mohly být zadány v jiném druhu zadávacího řízení, a pak by se jednalo o zakázku malého rozsahu.

[59] Závěr krajského soudu, že stěžovatel neprokázal vůli předmět dodatku č. 2 realizovat jako zakázku malého rozsahu (str. 14 rozsudku), označil stěžovatel za překvapivý (viz bod [9]). Je sice skutečností, že v případě zakázky malého rozsahu není zadavatel povinen v souladu s § 18 odst. 3 ZVZ zadávat tyto zakázky žádným druhem zadávacího řízení, je však povinen dodržet zásady uvedené v § 6 tohoto zákona. Pokud by tedy měl zadavatel opravdu zájem dodatek č. 2 kontrahovat jako veřejnou zakázku malého rozsahu, musí v souladu se zásadou transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace opatřit dostatečnou dokumentaci, která může sloužit jako podklad prokazující vyhovění těmto zásadám. Neexistence jakékoliv dokumentace společně se změnou právní argumentace oproti argumentaci uvedené v rozkladu spíše poukazuje na účelovost konstrukce tvrdící kontraktaci dodatku č. 2 jako zakázky malého rozsahu. Nejvyšší správní soud se neztotožnil ani s názorem stěžovatele, že se v daném případě jednalo o překvapivý závěr, neboť jak sám stěžovatel uvádí, krajský soud se na podložení jeho tvrzení o kontraktaci veřejné zakázky malého rozsahu výslovně dotázal. Ostatně názor, že stěžovatel užil jednací řízení bez uveřejnění, byl zaujat již v rozhodnutí Úřadu, následně v rozhodnutí předsedy Úřadu a stěžovatel proti němu brojil jak v rozkladu, tak i v žalobě samotné.

[60] V této souvislosti stěžovatel v další části kasační stížnosti (viz bod [11]) poukazuje nato, že sám žalovaný ve své rozhodovací praxi dovodil právní názor, že pokud se jedná o zakázku malého rozsahu (§ 12 odst. 3 ZVZ), není na straně zadavatele založena právní povinnost postupovat dle ZVZ (viz rozhodnutí Úřadu ze dne 23. 7. 2007, č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540-MČ). Jednak bylo již výše vyvráceno, že se v případě dodatku č. 2 mohlo jednat o zakázku malého rozsahu, jednak nelze plně souhlasit ani s tímto obecným tvrzením. Ačkoliv na základě výjimky z působnosti ZVZ uvedené v § 18 odst. 3 zákona není zadavatel povinen zadávat dle tohoto zákona veřejné zakázky malého rozsahu, veřejný zadavatel je povinen dodržet zásady uvedené v § 6. Ani v případě zakázek malého rozsahu tak nelze ZVZ zcela opomíjet (alespoň v rozsahu jeho základních zásad). Interpretace rozhodnutí Úřadu ze strany stěžovatele je tak příliš zobecňující a nevyplývá ani z další rozhodovací praxe Úřadu, ani Nejvyššího správního soudu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 1. 2011, č. j. 2 Afs 132/2009-275, č. 2495/2012 Sb. NSS).

[61] Nejvyšší správní soud nadto poznamenává, že presumované podřazení konání stěžovatele v případě dodatku č. 2 pod daný druh zadávacího řízení není v dané věci rozhodující. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže shledal, že stěžovatel spáchal správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Dle tohoto ustanovení zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. I v případě, že by stěžovatel postupoval v případě dodatku č. 2 postupem pro zakázky malého rozsahu, byla by skutková podstata předmětného deliktu naplněna, neboť nemohl použít v nyní posuzované věci ani tento postup. To, že správní orgán podřadil jednání stěžovatele pod druh zadávacího řízení, který nejvíce odpovídal faktickému postupu stěžovatele, vyjadřuje vůli správního orgánu pohlížet na jednání jednatele v rámci zákonných postupů a ne jen formalisticky označit jednání stěžovatele za postup neupravený v ZVZ. I přes snahu interpretovat chování stěžovatele v souladu s ZVZ ovšem nedošlo k dodržení tímto zákonem upravených postupů a z tohoto důvodu byla také udělena správní sankce.

[62] K námitce, že se v případě dodatku č. 2 jednalo o zakázku malého rozsahu a z toho plynoucích důsledků, stěžovatel dodává, že se s ní předseda Úřadu vůbec nezabýval a porušil tak § 68 odst. 3 spr. řádu. Ani krajský soud se nezabýval žalobní námitkou nepřezkoumatelnosti rozhodnutí Úřadu , způsobenou právě uvedeným nevypořádáním rozkladové námitky. Následně stěžovatel uvedl, že krajský soud uvedené učinil v substituci za předsedu Úřadu. Nejvyšší správní soud shledal tyty námitky jako nedůvodné. Výše uvedenou rozkladovou námitkou se předseda Úřadu zabýval v odst. 34 napadeného rozhodnutí. Krajský soud neshledal napadené rozhodnutí jako nepřezkoumatelné a výše uvedenou žalobní námitku podrobně rozebírá na str. 14 až 17 rozsudku. Tuto skutečnost potvrzuje sám stěžovatel protichůdným argumentem, že tak krajský soud rozhodl v „substituci" za předsedu Úřadu. Stěžovatelem označený text pojmenovaný jako „substituce" je ovšem ve skutečnosti standardním odůvodněním rozhodnutí.

[63] Jako překvapivý moment označuje stěžovatel také skutečnost, že krajský soud nepoučil žalobce dle § 118a odst. 2 a 3 o. s. ř., o následcích výzvy k doložení důkazů (viz bod [9]). V případě této námitky je nejdříve nutné zodpovědět otázku, zda se toto ustanovení zákona na dané řízení vztahuje, neboť v případě přezkumu správních rozhodnutí správními soudy se jedná o samostatný typ řízení, oddělený od systému civilního soudnictví. Tento typ řízení se řídí s. ř. s., jakožto vlastním procesním předpisem. Přiměřené použití o. s. ř. na základě § 64 s. ř. s. je třeba považovat za výjimečné a uplatňující se pouze v případech, na které ustanovení s. ř. s. vůbec nedopadají (srov. rozsudek NSS ze dne 13. 11. 2006, č. j. 8 As 33/2005). Navíc řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu podle hlavy II. s. ř. s. je ovládáno dispoziční zásadou a zásadou koncentrace řízení (srov. rozhodnutí Ústavního soudu, ze dne 6. 10. 2005, sp. zn. II. ÚS 683/04, ze dne 6. 10. 2008, sp. zn. I. ÚS 89/06, a ze dne 17. 12. 2008, sp. zn. I. ÚS 1534/08). Zákonným předpokladem pro podání žaloby proti rozhodnutí správního orgánu je také to, že žalobce napadá až rozhodnutí odvolacího správního orgánu, a tedy již zpravidla „prošel" dvojinstančním správním řízením [§ 68 písm. a) s. ř. s.].

[64] Vychází-li soud z výše uvedeného, použití § 118a o. s. ř. v řízení před správními soudy nepřichází v úvahu, neboť účastníci tohoto řízení i soudy samotné jsou oproti civilnímu řízení při jednání v odlišné situaci. Účastníkům řízení jsou v momentu, kdy je žaloba proti rozhodnutí správního orgánu přípustná, známy právní názory správních orgánů I. a II stupně, navíc se již jednou musely proti právnímu názoru správního orgánu vyjádřit. Po podání žaloby jsou pak před projednáním žaloby správnímu soudu k dispozici závěry správních orgánů I. a II. stupně podložené správním spisem, názory účastníků správního řízení a názor žalobce. Z podaných opravných prostředků jsou navíc zpravidla dopředu známy sporné body. Vzhledem k výše uvedené rozdílné výchozí pozici při jednání, dispoziční zásadě a zásadě koncentrace řízení, již tedy není nutné jednání před správními soudy formalisticky procesně svazovat tak, jak činí § 118a o. s. ř. Navíc s ohledem eventualitu možného rozhodnutí bez nařízení jednání (§ 51 s. ř.. s.) není možné, aby byl soud svázán procesními povinnostmi, které zakládá § 118a o. s. ř., neboť by je soud v tomto případě nemohl dodržet. Správním soudům tak na rozdíl od soudů rozhodujících v civilním nalézacím řízení v prvním stupni z § 118a o. s. ř. nevyplývají žádné procesní povinnosti, jejichž porušení by mělo vliv na zákonnost rozhodnutí.

[65] Přestože se tedy výše uvedené ustanovení o. s. ř. v případě řízení vedeném před správními soudy přímo nepoužije, zákaz tzv. „překvapivých rozhodnutí“ je principem ústavním vycházejícím především z práva na spravedlivý proces ve smyslu čl. 36 odst. 1 a čl. 38 odst. 2 Listiny. Ústavní soud ve své judikatuře již několikrát konstatoval, že jednou z funkcí Ústavy, zvláště ústavní úpravy základních práv a svobod, je její „prozařování“ celým právním řádem. Smysl Ústavy spočívá nejen v úpravě základních práv a svobod, jakož i institucionálního mechanismu a procesu utváření legitimních rozhodnutí státu (resp. orgánů veřejné moci) nejen v přímé závaznosti Ústavy a v jejím postavení bezprostředního pramene práva, nýbrž i v povinnosti státních orgánů, resp. orgánů veřejné moci interpretovat a aplikovat právo pohledem ochrany základních práv a svobod. (srov. rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 9. 11. 2000, sp. zn. III. ÚS 210/2000, 166/2000 Sb. ÚS).

[66] Námitka zákazu „překvapivého rozhodnutí“ se objevuje v kasační stížnosti opakovaně i bez vazby na § 118a o. s. ř. Nejvyšší správní soud se proto musel zabývat aplikací této zásady i v obecné rovině. V této souvislosti stěžovatel označuje jako překvapivý závěr krajského soudu (str. 14 napadeného rozsudku) to, že *„namítá – li žalobce, že toto plnění* [předmět dodatku č. 2] *kontraktoval jako veřejnou zakázku malého rozsahu, a tedy nezadával ji v jednacím řízení bez uveřejnění, pak ani žalovanému v průběhu správního řízení, ani zdejšímu soudu v průběhu řízení před ním, a to ani na jednání, které k věci proběhlo, k výslovné výzvě soudu neoznačil žádný důkaz, jímž by mohl prokazovat, že hodlal toto plnění realizovat jako zakázku malého rozsahu“*.

[67] Dle judikatury Ústavního soudu, kterou shrnul i stěžovatel v kasační stížnosti, lze za „překvapivá rozhodnutí“ označit taková rozhodnutí, ve kterých nebylo možno na základě zjištěného skutkového stavu předvídat rozhodnutí soudu. Rozhodnutím za těchto okolností dochází k odepření možnosti právně a skutkově argumentovat ve vztahu k otázce, jež se s ohledem na právní názor odvolacího soudu jevila jako významná pro jeho rozhodnutí. Stěžovateli by tak v takovém případě bylo znemožněno reálně a efektivně hájit před soudem svá práva (srov. nález Ústavního soudu ze dne 21. 1. 2003, sp. zn. II. ÚS 523/02, 12/2003 Sb. ÚS, ze dne 15. 9. 2004, sp. zn. I. ÚS 220/04, 129/2004 Sb. ÚS, ze dne 12. 10. 2005, sp. zn. II. ÚS 322/03, 198/2005 Sb. ÚS a ze dne 28. 3. 2006, sp. zn. II. ÚS 503/05, 76/2006 Sb. ÚS). V rámci posouzení, kdy se jedná o „překvapivé rozhodnutí“ je ovšem zapotřebí brát zřetel na odlišnou povahu řízení před správními soudy, a to především v případě žaloby proti rozhodnutí správního orgánu, ve srovnání s řízením civilním. Předmětem řízení zde není primárně posouzení jednání určité osoby, ale přezkum právního názoru, který o jednání této osoby na základě zjištěného skutkového stavu učinil správní orgán. Možnost vydání překvapivého rozhodnutí je tak z povahy tohoto řízení u správních soudů méně pravděpodobná.

[68] V dané věci se o překvapivé rozhodnutí jednat nemůže. Názor, že *„dodatek č. 2 nebyl uzavřen jako veřejná zakázka malého rozsahu“*, zaujal již jak Úřad, tak i předseda Úřadu. K doložení případných důkazů podporující stěžovatelova tvrzení v rámci soudního řízení, byl, jak sám stěžovatel uvádí, výslovně soudem vyzván. Stěžovatel proti tomuto názoru brojil jak v rozkladu, tak v žalobě. Měl tedy dostatečný prostor k dané otázce právně a skutkově argumentovat.

[69] Jako další překvapivý právní závěr označil stěžovatel závěr soudu *„jestliže žalobce namítá, že plnění, jehož se týkal i dodatek č. 2, nebylo možno oddělit od původního plnění, které bylo předmětem původní veřejné zakázky, pak tím sám vylučuje, že by se jednalo o plnění, které by mohlo být samostatnou veřejnou zakázkou,"* (str. 15 napadeného rozsudku). Ani v případě této námitky Nejvyšší správní soud neseznal, že by se jednalo o překvapivé rozhodnutí a nemohlo tak dojít k odnětí práva skutkově a právně na daný závěr reagovat. V daném případě se jedná o jeden z dílčích argumentů soudu odůvodňující, že dodatek č. 2 byl uzavřen v rámci jednání bez uveřejnění, resp. se nemohlo jednat o zakázku malého rozsahu. Tímto se však zabýval jak Úřad, tak jeho předseda, a jejich právní názor potvrdil krajský soud.

[70] Tato námitka tak, i vzhledem k následující právní argumentaci s odkazy na judikaturu Soudního dvora Evropské unie a rozhodnutí Úřadu, míří spíše na nesprávné posouzení právní otázky krajským soudem. Jak již výše Nejvyšší správní soud dovodil, v případě, kdy se jedná o plnění, které není možné oddělit od původní zakázky, není možné autonomně je zadat příslušným druhem zadávacího řízení bez určení, zda se jednalo o „vícepráce" či nikoliv. Nejvyšší správní soud neseznal, že by tento závěr byl v rozporu s rozhodnutím Soudního dvora ze dne 19. 6. 2008, pressetext Nachrichtenagentur GmbH proti Republik Österreich (Bund) a další, C-454/06, Sb. rozh., s I-04401/08 a rozhodnutí Úřadu ze dne 16. 8. 2007, č. j. R087/2007/02-14942/2007/310-Hr.

[71] Jako překvapivé neshledal Nejvyšší správní soud ani rozhodnutí krajského soudu týkající se výkladu § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, neboť na základě zjištěného skutkového stavu bylo možné předvídat rozhodnutí soudu.

[72] Stěžovatel dále polemizoval se závěrem krajského soudu, že postup v jednacím řízení bez uveřejnění je postupem nejméně formalizovaným a nejméně kontrolovaným (viz bod 10). I tuto námitku považuje Nejvyšší správní soud za nedůvodnou. Z druhů zadávacích řízení, které upravuje ZVZ (§ 21 ZVZ), je jednací řízení bez uveřejnění, v porovnání s ostatními postupy, bezesporu postupem nejméně formalizovaným a nejméně kontrolovatelným. Jedním z důvodů je např. skutečnost, že zadavatel v rámci tohoto postupu přímo oslovuje konkrétního zájemce bez jakkoliv formalizovaného výběru. Dále je zadavatel oprávněn dohodnout s vyzvanými zájemci i jiné podmínky plnění veřejné zakázky, než které byly uvedeny ve výzvě k jednání či v zadávací dokumentaci apod.

[73] Nejvyšší správní soud neseznal jako důvodnou ani námitku, že žalovaný neopřel svoje rozhodnutí o žádné své předchozí rozhodnutí, rozhodnutí správních soudů, příp. Soudního dvore Evropské unie (viz bod 14). Jak již uvedl krajský soud, dle § 68 odst. 3 spr. ř. se v odůvodnění se uvedou důvody výroku nebo výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů, a informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí. Odkazy v odůvodnění na předchozí rozhodovací praxi mohou dozajista přispět k přesvědčivosti rozhodnutí a lepší právní orientaci méně orientovaného čtenáře, nejsou však zákonnou náležitostí odůvodnění.

[74] Nejvyšší správní soud neshledal jako důvodnou ani námitku uvedenou pod bodem [15]. Shodně jako krajský soud seznal, že ačkoliv žalovaný opravdu zaměnil v rozhodnutí zákonný termín *nepředvídaný* za *nepředvídatelný*, tato chyba nevedla k nesprávnému výkladu § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ. Chybně použitý termín žalovaný interpretoval v souladu s termínem obsaženým v ZVZ a tato v podstatě chyba v psaní nemohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí.

[75] Stěžovatel dále nesouhlasil s právní argumentací týkající se materiální stránky správního deliktu (viz bod [16]). Dle stěžovatele by byla materiální stránka naplněna pouze v případě, že zadavatel prokazatelně věděl o potřebě provést dodatečné stavební práce ještě před uplynutím lhůty po podání nabídek (k tomu rozhodnutí žalovaného ze dne 22. 10. 2007, č. j. S196/2007/VZ16651/2007/520-AB) a dále v případě, že zadavatel mohl v daném případě postupovat jinak. Zadavatel se o nutnosti realizovat dodatečné stavební práce dozvěděl až v průběhu realizace stavby, resp. nebylo prokázáno, že zadavatel tyto skutečnosti již věděl. Nebylo prokázáno, že mohl postupovat jinak.

[76] Nejvyšší správní soud se i v případě této námitky ztotožnil se závěrem krajského soudu. Ten v rozhodnutí mimo jiné uvedl, že „[j]*estliže měl zadavatel podle § 44 odst. 1 ZVZ povinnost souhrn požadavků vymezující předmět veřejné zakázky (tedy „co“, „jak“ a „za jakých podmínek“ má být pro žalobce plněno) vymezit v původní zadávací dokumentaci, pak jejich nedostatečné, nesprávné, neúplné či v době realizace plnění již „přežité“ vymezení nemůže být považováno za okolnost, jež by měla být považována za objektivně nepředvídanou. Žalobce měl tyto otázky předvídat již v době, kdy zpracovával zadávací dokumentaci (projektovou dokumentaci) k původní veřejné zakázce a kdy pokračování s kontraktací původní smlouvy v režimu ZVZ započínal. Jestliže důvody pro realizaci dodatečných stavebních prací byly dány již v okamžiku vypracování zadávací (projektové) dokumentace k původní veřejné zakázce, tedy v době před zadáním původní veřejné zakázky, pak shora vytčená podmínka č. 2 pro postup podle § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ nemůže být splněna.*“ (str. 17-18 rozsudku).

[77] V dané věci není rozhodné, kdy se zadavatel o potřebě těchto prací fakticky dozvěděl, ale zda potřeba těchto prací vznikla v důsledku *objektivně nepředvídaných* okolností. Ze spisové dokumentace vyplývá, že jak změny odůvodňující práce sjednané v rámci dodatku č. 1, tak i dodatku č. 2, byly objektivně známy již před zadáním prvotní veřejné zakázky. V případě dodatku č. 1 se jednalo o legislativní změnu, která nabyla účinnosti s několika měsíčním předstihem. V případě dodatku č. 2 šlo o nedostatečně podloženou projektovou dokumentaci, neboť nebyly vyřešené majetkové vztahy nutné k umístění části stavby, a projekt neodpovídal požadavkům provozovatele. Jak již soud výše uvedl, chybnou projektovou dokumentaci nelze hojit postupem zákonem předvídaným pro „vícepráce“.

[78] Nejvyšší správní soud přisvědčil krajskému soudu i v případě námitky tvrdící, že v případě dodatku č. 1 nemohl stěžovatel jednat v krajní nouzi. Okolnosti, které odůvodňovaly uzavření dodatků, byly známy již v době přípravy původní zadávací (projektové) dokumentace a stěžovatel je mohl a měl zvažovat již při zahájení původního zadávacího řízení.

[79] Jako nedůvodné shledal Nejvyšší správní soud také námitky, že stěžovatel jednal ve skutkovém omylu, který způsobil zpracovatel projektové dokumentace. Při posuzování

materiální stránky správního deliktu je dle stěžovatele právně významné, že zpracovatelem projektové dokumentace byl subjekt odlišný od zadavatele. Odpovědnost zadavatele dle § 44 odst. 1 ZVZ za úplnost a správnost zadávací dokumentace pro účely vymezení předmětu zakázky ve vztahu k nabídkám uchazečů a odpovědnost za případný správní delikt jsou zcela odlišné právní kategorie. V tomto směru odkázal stěžovatel na § 2 odst. 2 písm. b) zákona č. 200/1990 Sb. o přestupcích (srov. rozsudek NSS ze dne 25. 3. 2011, č. j. 5 As 7/2010–60).

[80] Námitka je nedůvodná. Fakt, že zhotovitelem projektové dokumentace byl subjekt odlišný, je pro odpovědnost zadavatele zcela nevýznamný. Dle § 44 odst. 4 ZVZ musí zadávací dokumentace veřejných zakázek na stavební práce kromě náležitostí uvedených v odstavci 3 citovaného ustanovení obsahovat projektovou dokumentaci stavby nebo jinou dokumentaci podle zvláštního právního předpisu zpracovanou do podrobností nezbytných pro zpracování nabídky. Dle odstavce 1 odpovídá za správnost a úplnost zadávací dokumentace zadavatel. Zadavatel je ten, kdo nese objektivní odpovědnost, tedy založenou bez ohledu na zavinění (srov. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 26. 1. 2006, č. j. 11 Ca 216/2005-41 a ze dne 23. 3. 2006, č. j. 8 Ca 8/2004-51).

[81] K tomu Nejvyšší správní soud dodává, že stěžovateli nebyla udělena správní pokuta za chybnou zadávací dokumentaci, ale za to, že nedodržel postupy dle ZVZ. Skutečnost, že musel původní rozsah zakázky měnit, neboť tato dokumentace chybná, je pouze jeho odpovědností. Pokud by dokumentace odpovídala zákonným a věcným požadavkům, nebylo by zřejmě dodatku č. 1 a č. 2 zapotřebí a nemohlo by dojít ke spáchání správního deliktu. Nelze souhlasit ani s obecným odkazem na zákon o přestupcích, neboť v daném případě se jednalo o jiný správní delikt, jehož konstrukce odpovědnosti je odlišná.

[82] Stěžovatel dále nesouhlasí se závěrem krajského soudu, že práce v dodatcích č. 1 a č. 2 nebyly provedeny za ceny obvyklé, když odborná vyjádření uvádějí opak (viz bod 20). Zjištění ceny obvyklé je podle něj právně významné pro posouzení, zda byla naplněna materiální stránka správního deliktu. K tomu Nejvyšší správní soud poznamenává, že otázka, zda práce byly provedeny za ceny obvyklé, není podstatná pro posouzení, zda došlo ke spáchání výše uvedeného deliktu. Dle § 120 odst. 1) písm. a) 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 § 82 ZVZ. Doložením cen obvyklých není nijak vyvrácena možnost, že by se v případě řádného postupu dle ZVZ, který garantuje širokou veřejnou soutěž, nevyskytl zhotovitel, který by nabídl nižší cenu, než cenu obvyklou. Argumentace soudu tak nezpochybňuje kvalitu znaleckého posudku Ing. P. C., ale jeho relevanci v posuzované věci.

[83] Nejvyšší správní soud neshledal jako důvodnou ani námitku týkající se oznámení o zahájení správního řízení ze dne 26. 11. 2009, v němž mělo být uvedeno, že se řízení zahajuje pro podezření ze spáchání správního deliktu při uzavírání dodatku č. 2, nikoliv však dodatku č. 1. (viz bod 17). Krajský soud správně shledal, že v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 26. 11. 2009 byl předmět řízení vymezen dostatečně i vzhledem k dodatku č. 1. Ostatně sám stěžovatel se ve vyjádření ze dne 24. 9. 2009 (žalovanému doručeno dne 25. 9. 2009), na str. 2 vyjadřuje k nové sněhové mapě i k prováděcím

předpisům, tedy ke skutkovým okolnostem, které byly podstatou té části předmětu správního řízení, jež se týkala uzavírání dodatku č. 1. Stěžovatel již ve stádiu řízení v prvním stupni věděl, co je předmětem správního řízení, a to včetně dodatku č. 1. Nebyla tak porušena jeho procesní práva; nebylo rozhodnuto o jiném skutku, než který byl předmětem správního řízení.

[84] Soud dává obecně stěžovateli za pravdu v tvrzení (viz bod 18), že pokud při zadávání zakázek malého rozsahu na dodatečné práce zadavatel použije jednací řízení bez uveřejnění, pak nelze zadavatele sankcionovat za spáchání správního deliktu, když skutková podstata tohoto deliktu naplněna nebyla (rozhodnutí Úřadu č. j. ÚHOS-R185/2009/VZ-6185/2010/310/EKu). Avšak v nyní posuzovaném případě se nejednalo o *vícepráce*, které by bylo možno považovat a zadat je za splnění zákonných podmínek jako zakázku malého rozsahu. Navíc zadavatel fakticky postupoval postupem jednacího řízení bez uveřejnění, pro které nesplnil podmínky. Námitka stěžovatele tak na danou věc nedopadá.

[85] Nejvyšší správní soud se dále ztotožnil s názorem krajského soudu, že nedodržení lhůty pro vydání rozhodnutí podle § 71 odst. 3 spr. řádu, resp. její překročení, vzhledem k pořádkové povaze dané lhůty, nevyvolává ve vztahu k rozhodnutí vydanému ve správním řízení jakékoliv přímé negativní následky. Námitku stěžovatele týkající se výše pokuty, vzhledem k délce řízení a časovému odstupu mezi uložením pokuty a spácháním správního deliktu, tak také považuje za nedůvodnou. Za nedůvodnou považuje i námitku tvrdící, že krajský soud nemůže být další instancí a konstatovat přiměřenost uložené pokuty, když správní orgány ve svých rozhodnutích tuto okolnost zcela pominuly. Krajský soud v této souvislosti pouze nesouhlasil s námitkou, že by se nedodržení lhůty mělo projevit coby *„okolnost, která může mít vliv na shledání případného správního deliktu“* (viz bod 19).

[86] Konečně se Nejvyšší správní soud neztotožnil ani s námitkou týkající se hodnocení dopisu Ministerstva životního prostředí (viz bod 18).. Dle § 121 odst. 4 ZVZ správní delikty podle tohoto zákona v prvním stupni projednává Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Názor odlišného správního orgánu, který nemá v posuzované věci žádnou pravomoc, nemohl ve stěžovateli vzbudit právo legitimně očekávat, že zákon neporušuje, neboť pak by byla pravomoc Úřadu nepřiměřeně a nedůvodně limitována.

V.
Závěr a náklady řízení

[87] Stěžovatel se svými námitkami neuspěl, v řízení o kasační stížnosti nevyšly najevo ani žádné další relevantní vady, Nejvyšší správní soud proto zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou.

[88] O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto v souladu s § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel, který neměl v tomto řízení úspěch, nemá na jejich náhradu právo. Žalovanému žádné náklady v řízení o kasační stížnosti, které by přesáhly rámec jeho běžné

úřední činnosti, nevznikly. Nejvyšší správní soud tedy nepřiznal žalovanému náhradu nákladů řízení.

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

V Brně dne 28. listopadu 2012

JUDr. Josef Baxa
předseda senátu