ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Miluše Doškové a soudců JUDr. Vojtěcha Šimíčka a Mgr. Radovana Havelce v právní věci žalobce: **ČR – Krajský soud v Brně,** se sídlem Rooseveltova 16, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20. 5. 2010, č. j. ÚOHS-R5/2009/VZ-1861/2010/310/EKu, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 6. 10. 2011, č. j. 30 Af 27/2010 - 96,

takto:

I. Kasační stížnost se zamítá.

II. Žalovanému se nepřiznává právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

Kasační stížností podanou v zákonné lhůtě se žalobce jako stěžovatel domáhá zrušení rozsudku krajského soudu, kterým byla zamítnuta jeho žaloba proti shora označenému rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, jímž byl zamítnut rozklad stěžovatele proti rozhodnutí žalovaného ze dne 6. 1. 2009, č. j. S291/2008/VZ-23912/2008/510/če, a toto rozhodnutí bylo potvrzeno.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „ Úřad“) ve správním řízení dospěl k závěru, že se stěžovatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), tím, „že porušil zákaz stanovený v § 99 odst. 3 tohoto zákona tak, že využil opčního práva a zadal níže uvedené veřejné zakázky:

- „Justiční areál v Brně - stavba - nové stavební práce“, navazující na realizaci veřejné zakázky „Justiční areál v Brně – stavba“, spočívající v realizaci I. a II. podzemního podlaží objektu SO 102 areálu, na základě výzvy ze dne 15. 12. 2006 k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. b) citovaného zákona, na kterou zadavatel uzavřel dne 7. 3. 2007 smlouvu se společností IMOS Brno, a. s., Brno, označenou jako „Dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo č. 607701/0595/06/PS“,

- „Justiční areál v Brně - stavba - nové stavební práce – 2“, navazující na realizaci veřejné zakázky „Justiční areál v Brně – stavba“, spočívající v realizaci nadzemních podlaží objektu SO 102 areálu, na základě výzvy ze dne 14. 2. 2007 k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. b) citovaného zákona, na kterou zadavatel uzavřel dne 23. 10. 2007 smlouvu se společností IMOS Brno, a. s., Brno, označenou jako „Dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo č. 607701/0595/06/PS“,

v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv z výsledků jednání bylo zřejmé, že cena, kterou bude zadavatel 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. Za to byla stěžovateli uložena pokuta ve výši 200 000 Kč.“

S tímto názorem se ztotožnil i předseda Úřadu v rozhodnutí, jímž rozhodnutí Úřadu potvrdil a stěžovatelem podaný rozklad zamítl.

Krajský soud v napadeném rozsudku zaujal právní názor, že věc byla správně posouzena podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách a nebyl pro ni rozhodný zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „předchozí zákon o veřejných zakázkách“), neboť 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. Za správnou uznal i aplikaci § 99 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, konkrétně výklad pojmu “zjevný nepoměr“ při porovnání ceny hrazené při využití opčního práva a předpokládané hodnoty plnění odpovídající opčnímu právu; za rozhodující označil skutečnost, že poměr těchto cen činil více než 100%. Krajský soud rovněž neshledal žalobcem tvrzenou nepřezkoumatelnost rozhodnutí prvostupňového správního orgánu ohledně výše uložené pokuty z hlediska absence jejího řádného odůvodnění. Úvahy, byť poněkud kusé, shledal dostatečnými, když navíc byl tento nedostatek odstraněn v řízení o rozkladu, a to plně v souladu se zásadou dvojinstančnosti správního řízení, jak je vykládána judikaturou Nejvyššího správního soudu.

Žalobce (dále též „stěžovatel“) v kasační stížnosti uplatňuje kasační důvod podle § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“), neboť má za to, že krajský soud nesprávně a nezákonně vyhodnotil otázku nepřezkoumatelnosti rozhodnutí žalovaného, dále otázku jeho nezákonnosti pro aplikaci nesprávné právní normy nesprávného právního předpisu a nadto otázku namítané procesní vady, která rovněž způsobila nezákonnost rozhodnutí žalovaného.

Stěžejní stížnostní námitkou je podle stěžovatele skutečnost, že ačkoli v době, kdy bylo zadáváno plnění s využitím opčního práva, byl v účinnosti zákon o veřejných

zakázkách, je třeba na toto „zadávání veřejné zakázky“ pohlížet jako na materiálně zahájené již okamžikem uplatnění výhrady opčního práva v oznámení zadávacího řízení za účinnosti předchozího zákona o veřejných zakázkách. Tato skutečnost v kombinaci s ustanovením § 158 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách dle názoru stěžovatele znamená, že všechna řízení zahájená nejpozději dne 30. 6. 2006 se dokončují podle předchozího zákona o veřejných zakázkách. Plnění, na které opční právo dopadalo, bylo *per eventum* předpokládáno už v okamžiku oznámení původního zadávacího řízení. Podmínky samotného opčního práva nebyly a nemohly být měněny od okamžiku uveřejnění oznámení původního zadávacího řízení. Stěžovatel, coby zadavatel, neměl možnost se od nich odchýlit. Plnění, na které opční právo dopadalo, přímo souviselo s plněním, jehož se týkalo oznámení původního zadávacího řízení. K tomu poukazuje na ustanovení § 18 odst. 4 předchozího zákona o veřejných zakázkách. Postup podle předchozího zákona o veřejných zakázkách je žádoucí i z pohledu zásady legitimního očekávání, neboť jak stěžovatel, tak dodavatel musí disponovat určitou mírou jistoty ohledně podmínek, za nichž bude možno v budoucnu opčního práva využít. Pokud krajský soud akceptoval postup podle nesprávného zákona, je jeho rozsudek nezákonný.

Pro případ, že nebude rozsudek zrušen pro shora uvedenou kasační námitku nezákonnosti, namítá stěžovatel také další nezákonnost, a to nesprávný výklad právní normy obsažené v § 99 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Aby se jednalo o „zjevný nepoměr“, pak by cena, jež byla po uplatnění opčního práva osloveným dodavatelem nabídnuta, musela být podstatně vyšší, než byly původní odhady stěžovatele, a to i po zohlednění změn podmínek na trhu v čase. Byť je původní předpokládaná cena opce (cca 112 mil. Kč) zhruba polovinou skutečné smluvní ceny opce (cca 233 mil. Kč), nelze dovozovat zjevný nepoměr pouze z jejich porovnání, jak učinil žalovaný i krajský soud. Přihlédnutí k nárůstu cen stavebních prací by přitom zjištěný rozdíl snížilo o cca 70 mil. Kč, a tudíž by nemohla být naplněna podmínka zjevného nepoměru předpokládané hodnoty opčního práva a skutečné ceny uhrazené dodavateli. Stěžovatel poukazuje na skutečnost, že novela zákona o veřejných zakázkách provedená zákonem č. 179/2010 Sb., stanovila hranici pro využití opčního práva 30 %; stěžovatel v řízení argumentoval tím, že v jeho případě byl nárůst fakticky pouze ve výši 20%. Krajský soud měl přihlédnout k obecným pravidlům platným ve správním trestání o užití pozdější právní úpravy, je-li pro pachatele příznivější. I z tohoto hlediska považuje rozsudek krajského soudu za nezákonný.

Nakonec stěžovatel namítá, že krajský soud nesprávně posoudil žalobou namítanou vadu řízení před správním orgánem. Řízení před žalovaným je dvojinstanční a ani zásada úplné apelace neznamená, že by se žalovaný mohl k tak klíčové otázce, jako je výše pokuty, poprvé vyjádřit až v druhostupňovém rozhodnutí, a nahradit tak úplně absentující úvahu v rozhodnutí v prvním stupni. Tato vada řízení nemůže být zhojena v řízení o rozkladu; stěžovateli bylo upřeno právo řádné argumentace proti důvodům, které vedly k uložení pokuty v dané výši. Jestliže krajský soud takové odůvodnění napadeného rozhodnutí akceptoval, je jeho rozsudek i z tohoto důvodu nezákonný.

Ze všech uvedených důvodů stěžovatel navrhuje, aby zdejší soud rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

Žalovaný ve svém vyjádření k podané kasační stížnosti uvádí, že stěžovatel v rámci své první kasační námitky pouze znovu rozvádí argumenty, které již uplatnil ve správní řízení i v řízení před krajským soudem a se kterými se žalovaný, dle svého názoru, vypořádal. Stěžovatel se údajně pouze pokouší účelovou argumentací podřadit svůj postup pod pro něj mírnější úpravu předchozího zákona o veřejných zakázkách. Přitom pozdější úprava naopak stanoví přísnější podmínky pro využití institutu opčního práva. Interpretace stěžovatele, podle níž je možné klást rovnítko mezi okamžik učinění výhrady opčního práva v oznámení původního opčního 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, zda potřeba dalších stavebních prací vůbec vyvstane. Nastane-li, pak zadavatel nemůže ignorovat změnu právní úpravy a musí učinit výzvu podle nových pravidel. Zadavatel také není povinen opčního práva využít, stane-li se pro něho nevýhodným.

Při posuzování pojmu „zjevný nepoměr“ se žalovaný v rámci svého správního uvážení snažil zohlednit všechny stěžovatelem namítané skutečnosti, přesto se nedobral přesvědčivého vysvětlení, proč kontrahovaná cena opčního plnění byla o cca 108% vyšší než cena pro toto plnění předpokládaná. Pokud by bral v úvahu nové bezpečnostní standardy vybavení budov, pak by nebyly vůbec naplněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť tam by podle předchozího zákona o veřejných zakázkách, jehož aplikace se stěžovatel domáhá, musela být dána shoda nových stavebních prací s původní projektovou dokumentací. Pojem „zjevný nepoměr“ posuzoval žalovaný v rámci správního uvážení, přičemž výpočtů užil jen proto, že jimi argumentoval stěžovatel ve svých podáních. Přesto, že zákon nestanoví žádná kriteria pro výklad pojmu „zjevný nepoměr“, vzal žalovaný v úvahu i skutečnosti jako inflační nárůst cen, a to v zájmu naplnění zásady materiální pravdy. Nárůst ve výši 108 % je však natolik markantní, že jej nelze zdůvodnit žádnými ekonomickými vlivy. Právě proto, že se opční právo může stát postupem času nevýhodným, je časově omezeno. Stane-li se nevýhodným, pak zadavatel musí vést nové zadávací řízení. K námitce příznivosti nové právní úpravy žalovaný uvádí, že při zjištěném rozdílu 108% by stěžovateli stěží mohla být ku prospěchu nová právní úprava akceptující rozdíl 30%, nehledě na to, že užitá právní úprava operující nijak neomezeným právním pojmem by mohla být klidně vyložena příznivěji.

K poslední kasační námitce porušení zásady dvojinstančnosti žalovaný s odkazem na judikaturu NSS uvádí, že tato zásada spolu se zásadou úplné apelace, které řízení o odvolání (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, za předpokladu, že se jedná o vady odstranitelné. Zdůrazňuje, že pokuta byla uložena na samé dolní hranici, činila 1,7 % z maximální výše, která byla 11 651 763,15 Kč a měla tedy úlohu spíše preventivní. V takovém případě lze těžko požadovat zdůvodnění, proč nebyla pokuta ještě nižší. Žalovaný je přesvědčen, že napadené rozhodnutí nelze za nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost a nedostatek důvodů označit,

S ohledem na shora uvedené se žalovaný domnívá, že kasační stížnost je nedůvodná a proto navrhuje, aby ji zdejší soud zamítl.

Nejvyšší správní soud nejprve zkoumal formální náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že jejímu projednání nic nebrání. Důvodnost kasační stížnosti pak zdejší soud posoudil v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů (§ 109 odst. 3, 4 s. ř. s.).

Ze správního spisu vyplynuly tyto rozhodné skutečnosti:

Stěžovatel jako zadavatel zadal za účinnosti předchozího zákona o veřejných zakázkách veřejnou zakázku „Justiční areál v Brně – stavba“. V oznámení veřejné zakázky (ev. č. 50015190) si vyhradil právo na další dodávky, práce a služby (opční právo), jež specifikoval jako budovu státního zastupitelství 2 PP, 6 NP (body 5. 12. 1 a 5.12. 2 oznámení). S vybraným uchazečem IMOS Brno, a. s., zadavatel uzavřel dne 16. 6. 2006 smlouvu o dílo č. 607701/0595/06/PS, přičemž v čl. 4 byla uvedena cena díla 1 192 150 404 Kč bez DPH a 1 418 658 981 Kč včetně DPH. Dne 7. 3. 2007 byl mezi týmiž smluvními stranami uzavřen dodatek č. 1 k označené smlouvě, kterou byl předmět dodávky rozšířen o vybudování dvou podzemních podlaží objektu SO 102 (budova státního zastupitelství) v ceně 42 391 936 Kč bez DPH a 50 446 404 Kč s DPH. Dne 23. 10. 2007 byl mezi smluvními stranami uzavřen dodatek č. 2, jímž původní předmět smlouvy zčásti zúžen (rozsah stanoven v příloze) a zčásti rozšířen o vybudování nadzemních podlaží objektu SO 102 (budova státního zastupitelství), přičemž rozsah snížení ceny činil 18 765 221 Kč bez DPH a 22 330 613 Kč včetně DPH. Zvýšení ceny pak činilo 190 643 327 Kč bez DPH a 226 865 559 Kč s DPH. Oba dodatky byly uzavřeny na základě výzev k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, učiněných stěžovatelem podle § 23 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, a rozhodnutí zadavatele ze dne 2. 2. a 19. 2. 2007 o výběru nejvhodnější nabídky, kterou je nabídka jediného vyzvaného uchazeče IMOS Brno, a. s.

Hodnota části veřejné zakázky, k níž si zadavatel vyhradil opční právo, byla v oznámení zadávacího řízení stanovena pro objekt SO 102 ve finančním vyjádření částkou 111,645 mil. Kč při předpokládané celkové ceně stavby justičního areálu 928,043 mil. Kč. Skutečná cena zakázek uzavřených na základě opčního práva činila 233 035 263 Kč.

Stěžovatel byl postižen za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách; tohoto deliktu se dopustí zadavatel tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější zakázky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82. Porušení zákona bylo v jeho případě spatřováno v porušení zákazu stanoveného v § 99 odst. 3 téhož zákona, podle něhož zadavatel není oprávněn využít opčního práva, pokud cena, kterou by byl 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.

Stěžovatel v prvé řadě namítá, že nemohl porušit ustanovení § 99 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, pokud byla tato zakázka, včetně opčního práva, zadána za účinnosti předchozího zákona. Byť připouští, že jednací řízení bez uveřejnění je obecně samostatným druhem zadávacího řízení, namítá, že se v tomto případě jedná o „zadávání materiálně zahájené“, tedy takové, na které je třeba pohlížet jako na zahájené již okamžikem uplatnění výhrady opčního práva v oznámení zadávacího řízení za účinnosti předchozího zákona o veřejných zakázkách.

Ve vztahu k této argumentaci se jako klíčové jeví posouzení povahy a smyslu opčního práva.

Institut opčního práva je dle zákona o veřejných zakázkách právem a možností zadavatele požadovat další dodávky či služby. Jak uvádí též právní doktrína: „*Zadavatel může, ale nemá povinnost opčního práva využít. Jde o oprávnění zadavatele, nic mu nebrání opční právo nevyužít a zadat zakázku běžným způsobem.*“ (Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, str. 506). Zákon touto formou tedy poskytuje zadavateli možnou cestu pro snížení transakčních nákladů spojených s negociací nového kontraktu. Rozhodnutí, zda opčního práva zadavatel využije či nikoli, je zcela na jeho úvaze, za kterou též nese plnou odpovědnost. Takováto úvaha ovšem nemůže být zcela libovolná, ale musí směřovat především k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152, publ. pod. č. 1771/2009 Sb. NSS). Podobně i důvodová zpráva k návrhu zákona o veřejných zakázkách uvádí, že cílem zákona je zejména zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, přičemž tohoto cíle je dosahováno především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy hrazené z veřejných prostředků byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (viz důvodová zpráva k návrhu zákona o veřejných zakázkách ze dne 1. srpna 2005, sněmovní tisk č. 1076/0, přístupný v digitálním repozitáři Poslanecké sněmovny na adrese www.psp.cz).

Proto nelze souhlasit s námitkou stěžovatele, že se v tomto případě jedná o „zadávání materiálně zahájené“. Takovéto chápání opčního práva by popíralo jeho výše zmíněný smysl určitého smluvního privilegia zadavatele vůči dodavateli, přičemž argumentaci zásadou legitimního očekávání stěžovatele a i příslušného dodavatele je v tomto kontextu třeba odmítnout jako nepatřičnou.

Namítá-li stěžovatel dále, „*že se žádným z dodavatelů by již ze samotné povahy věci nemohlo být kontrahováno plnění za podmínek, jaké žalobce důvodně předpokládal v době, kdy uskutečnil oznámení původního zadávacího řízení (kde bylo opční právo uplatněno),*“ musí k této argumentaci zdejší soud předně uvést, že stěžovatel pro toto tvrzení neuvedl žádné důvody. Samotný stěžovatelem tvrzený nárůst cen stavebních prací a jiných faktorů způsobilých ovlivnit konečnou cenu plnění automaticky neznamená identické zvýšení ceny daného plnění, zejména pak v konkurenčním prostředí. Tento argument navíc míjí zásadní otázku v dané věci, zda odstraněním soutěžního prostředí, a tedy i možných konkurenčních nabídek plnění, neporušil zadavatel své povinnosti vyplývající ze zákona o veřejných zakázkách. Skutečnost, že by plnění nabídnuté jiným dodavatelem, byť ne zcela identické hodnotě předpokládané v době, kdy bylo uskutečněno oznámení původního zadávacího řízení, mohlo být výhodnější, nelze principielně vyloučit.

Názor stěžovatele nemá oporu ani v ustanovení §158 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, podle něhož se 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 dokončí podle dosavadních právních předpisů.

K oznámení zadávacích řízení a doručení výzev k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění došlo za účinnosti zákona o veřejných zakázkách, nejednalo se o pokračování řízení zahájeného podle předchozího zákona o veřejných zakázkách.

Stěžovatelem navrhované interpretační využití § 18 odst. 4 předchozího zákona o veřejných zakázkách je dále nutné odmítnout jako nepřijatelné, neboť dané ustanovení se vztahuje toliko k předpokládané ceně předmětu veřejné zakázky a není tak možné pomocí jakékoli logicky koherentní interpretační metody dospět ke stěžovatelem tvrzenému výkladovému podepření názoru, že již výhradou opčního práva je zahájeno zadávání předmětu plnění odpovídající opčnímu právu.

Nejvyšší správní soud se proto ztotožňuje s posouzením rozhodného zákona krajským soudem.

Druhá kasační námitka zpochybňuje správnost výkladu pojmu „zjevný nepoměr“, rozhodného při užití ustanovení § 99 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, podle něhož není zadavatel oprávněn opčního práva využít, pokud cena, kterou by byl povinen uhradit za plnění předmětu veřejné zakázky při využití opčního práva, je ve zjevném nepoměru k části předpokládané hodnoty plnění odpovídajícího opčnímu právu, která byla stanovena před zahájením původního zadávacího řízení.

Pokud stěžovatel namítá, že se žalovaný nedostatečně argumentačně vyrovnal s výkladem tohoto neurčitého právního pojmu, když svůj pohled zúžil jen na porovnání obou relevantních cen, nelze mu přisvědčit. Z rozhodnutí žalovaného je zřejmé, že se naopak pokusil zahrnout co nejširší spektrum možných faktorů, které byly způsobilé ovlivnit výši pozdější ceny.

Sám stěžovatel v kasační stížnosti tvrdí, že skutečná cena opce nepřesáhla hranici 20% ceny původně kontrahované veřejné zakázky, přičemž v rámci tohoto argumentu odkazuje na § 23 odst. 7 písm. a) bod 3 zákona o veřejných zakázkách. Toto ustanovení se ovšem vztahuje pouze na zadávání tzv. víceprací či víceslužeb, jejichž potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a které jsou zároveň nezbytné pro provedení či poskytnutí původních prací nebo služeb. Dané ustanovení tedy nelze v žádném případě vztáhnout na využití opčního práva, u kterého je třeba při určení nárůstu ceny vycházet z předpokládané hodnoty plnění opčního práva a nikoli z hodnoty celé původně kontrahované veřejné zakázky. Ke stejnému závěru ostatně dospěl i předseda ÚOHS v bodě č. 23 žalovaného rozhodnutí. Z těchto důvodů pak argumentace příznivější pozdější úpravou, jež stanovuje hranici 30% předpokládané hodnoty plnění odpovídající opčnímu právu, ztrácí jakoukoli relevanci, neboť faktem zůstává, že rozdíl mezi původní a pozdější hodnotou zakázky činí plných 108%.

Na základě těchto faktů se pak Nejvyšší správní soud rovněž v tomto bodě plně ztotožňuje s výkladem rozhodného pojmu krajským soudem. Zdejší soud také v plné míře odkazuje na detailní argumentaci ohledně porušení „zjevného nepoměru“, již poskytl žalovaný v napadeném rozhodnutí pod body č. 23 až 32. Nadto pak Nejvyšší správní soud dodává, že na posouzení otázky „zjevného nepoměru“ prostřednictvím porovnání ceny opčním právem předpokládané a ceny opčním právem skutečně sjednané neshledává nic

vadného. Jak již bylo výše zmíněno, rozdíl obou hodnot činící 108% se nepodařil uspokojivě vysvětlit jako důsledek pouhého vlivu relevantních tržních a jiných ekonomických faktorů, přestože se je snažili ve svých tvrzeních zohledňovat stěžovatel i žalovaný. Zdejší soud pak za této situace musí konstatovat, a to i s určitým ohledem na pozdější, výše zmíněnou právní úpravu, která arbitrárně stanovila hranici 30%, jak ji uvádí i krajský soud, že rozdíl dosahující takto hodnoty 108% nepochybně naplňuje znaky „zjevného nepoměru“ podle § 99 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách.

Nakonec stěžovatel namítá nezákonnost napadeného rozsudku pro nesprávné posouzení tvrzené vady řízení před žalovaným. Tato vada spočívá v údajné v nepřezkoumatelnosti výroku o uložení pokuty prvostupňového rozhodnutí, jejíž výše nebyla adekvátním způsobem zdůvodněna. Posouzení této otázky až v rozkladovém rozhodnutí stěžovatel považuje za porušení zásady dvojinstančnosti a úplné apelace.

Kriteria pro stanovení výše pokuty obsahuje ustanovení § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, podle něhož se při určení výměry pokuty zadavateli (který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

Rozhodnutí žalovaného, přes určitou argumentační stručnost, obsahuje základní argumentační body – tedy zjištění, že zadavatel využil opčního práva neoprávněně, čímž došlo de facto k omezení soutěžního prostředí a tím i k ohrožení efektivního vynakládání veřejných prostředků. Konstatuje rozmezí, v němž může být pokuta uložena, hlediska, podle nichž lze určit výši konkrétní pokuty a závěr o preferenci preventivních účinků pokuty v daném případě.

K argumentům žalovaného ve vyjádření ke kasační stížnosti je však třeba podotknout, že relativně nižší udělená pokuta a její spíše preventivní charakter není důvodem ke snížení nároků na odůvodnění její výše. Je třeba zdůraznit, že odůvodnění sankce musí být jasné, přesvědčivé a srozumitelné, bez ohledu na výši a charakter dané sankce.

K námitce porušení zásady dvojinstančnosti pak zdejší soud odkazuje na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 5. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007 – 75 a zejména ze dne 29. 5. 2009, č. j. 2 As 22/2008 – 151, ve kterém uvedl, že „*tato zásada 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 a vždy aprobován instancí vyšší.*“ Vzhledem k tomu, že ze strany předsedy Úřadu došlo pouze k rozšíření stručnější argumentace prvostupňového rozhodnutí a nikoli přímo k doplnění naprosto absentujících úvah, nelze tento postup žalovaného vnímat jako vadu takové intenzity, aby byla schopna založit nezákonnost napadeného rozhodnutí. I zde Nejvyšší správní soud závěrům krajského soudu přisvědčil.

V daném případě tedy nebyly naplněny namítané kasační důvody a zdejší soud neshledal ani důvody, pro které by měl rozhodnutí zrušit pro pochybení, k nimž by měl přihlížet mimo uplatněné námitky podle § 109 odst. 3, 4 s. ř. s. Proto Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl (§ 110 odst. 1 s. ř. s.).

Stěžovatel, který neměl v tomto soudním řízení úspěch, nemá právo na náhradu nákladů řízení. Ve věci úspěšnému žalovanému náklady řízení nevznikly. Proto soud rozhodl, že se žalovanému právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává (§ 60 odst. 1, § 120 s. ř. s.).

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

V Brně dne 15. května 2012

JUDr. Miluše Došková
předsedkyně senátu