

Mgr. Iveta Pospíšilíková
ředitelka Odboru druhostupňového rozhodování VZ



UOHSX00BQJLJ

Nejvyšší správní soud
ke sp. zn. 5 As 340/2018

Č. j.: ÚOHS-31984/2018/323/LVa

naše sp. zn. ÚOHS-R277/2015/VZ

Brno: 13. 12. 2018

Stěžovatel:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,
IČO 65349423,
se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7,
604 55 Brno,

jednající Mgr. Ivetou Pospíšilíkovou,
ředitelkou Odboru druhostupňového rozhodování VZ
na základě pověření vedeného pod sp. zn. Sv 203/2015

Za účasti:

**Centrum pro zjišťování výsledků vzdělávání, státní příspěvková
organizace,**
IČO 72029455,
se sídlem Jankovcova 933/63,
170 00 Praha

právně zastoupena JUDr. Josefem Donátem, LLM, advokátem
se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4

Doplnění kasační stížnosti

proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 26. 9. 2018, č. j. 31 Af 80/2016-85

I.

Dne 26. 10. 2018 byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, IČO 65349423, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno, (dále jen „**stěžovatel**“, případně „**Úřad**“) doručen rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 80/2016-85 ze dne 26. 9. 2018 (dále jen „**rozsudek**“). Tímto rozsudkem bylo zrušeno rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R277/2015/VZ-36916/2016/322/KBe ze dne 6. 9. 2016 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Dne 5. 11. 2018 podal stěžovatel v zákonné lhůtě proti rozsudku kasační stížnost, přičemž ve lhůtě stanovené mu usnesením Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 340/2018 - 4 ze dne 7. 11. 2018, které bylo stěžovateli doručeno dne 14. 11. 2018, doplňuje k této kasační stížnosti následující odůvodnění.

Stěžovatel odůvodňuje podání kasační stížnosti v souladu s ustanovením § 103 odst. 1 písm. a) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**soudní řád správní**“), neboť má za to, že rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“) je nezákonný z důvodu nesprávného posouzení právní otázky při posuzování právního jednání zadavatele - Centrum pro zjišťování výsledků vzdělávání, státní příspěvková organizace, IČO 72029455, se sídlem Jankovcova 933/63, 170 00 Praha, (dále jen „**zadavatel**“, případně „**žalobce**“) a rovněž z důvodu nepřezkoumatelnosti spočívající v nesrozumitelnosti rozhodnutí.

Napadeným rozhodnutím bylo rozhodnuto o rozkladu žalobce, kterým se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí stěžovatele č. j. ÚOHS-S1091/2014, S0354/2015/VZ-21931/2015/542/JVo ze dne 7. 8. 2015 (dále jen „**rozhodnutí prvního stupně**“), vydaného na základě řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. V rozhodnutí prvního stupně stěžovatel vyslovil závěr, že

- se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**zákon**“, případně „**ZVZ**“), tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku „**CZVV - zajištění informační infrastruktury a souvisejících služeb pro řízení a kontrolu společné části maturitní zkoušky (MZ) - JŘBÚ**“, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 13. 11. 2014 pod ev. č. zakázky 401892 a v Úředním věstníku Evropské unie bylo oznámení uveřejněno dne 14. 11. 2014 pod ev. č. 2014/S 220-389417, (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadal z důvodu krajně naléhavého případu v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „**JŘBU**“), aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 odst. 4 písm. b) zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavřel dne 31. 10. 2014 s vybraným uchazečem – NESS Czech s.r.o., IČO 45786259, se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha 4, (dále jen „**vybraný uchazeč**“) – smlouvu na veřejnou zakázku, (dále jen „**delikt I**“),
- se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona tím, že uzavřel dne 31. 10. 2014 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ustanovení § 146 odst. 1 zákona, ačkoli byl povinen toto oznámení uveřejnit, (dále jen „**delikt II**“),
- zadavateli se ukládá pokuta ve výši 500 000 Kč,
- návrh navrhovatele – CGI IT Czech Republic s.r.o., IČO 62412388, se sídlem Laurinova 2800/4, Stodůlky, 155 00 Praha 5, (dále jen „**navrhovatel**“) – na uložení zákazu plnění smlouvy uzavřené dne 31. 10. 2014 mezi a vybraným v zadávacím řízení na veřejnou zakázku

se podle § 118 odst. 5 písm. b) zákona zamítá, neboť Úřad ve smyslu ustanovení § 118 odst. 3 zákona shledal, že existují důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadující pokračování plnění předmětné smlouvy.

Napadené rozhodnutí shora uvedené závěry rozhodnutí prvního stupně potvrdilo.

II.

Krajský soud v rozsudku dospěl k závěru, že zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“) představuje pro žalobce oproti ZVZ příznivější právní úpravu, neboť ZZVZ spojuje s neodesláním oznámení o zadání veřejné zakázky oznamovací delikt bez vztahu k uzavření smlouvy, zatímco zákon spojoval v rámci deliktní odpovědnosti neodeslání oznámení s uzavřením smlouvy. Dle ZVZ (a Úřadu) žalobce naplnil 2 skutkové podstaty (zadání veřejné zakázky v JŘBU a uzavření smlouvy bez uveřejnění), dle ZZVZ by se ale v případě uzavření smlouvy jednalo o jediný delikt. Znak skutkové podstaty deliktu spočívající v uzavření smlouvy (nikoli v prostém neodeslání oznámení) byl v ZZVZ dle krajského soudu konzumován skutkovou podstatnou prvního ze sankcionovaných deliktů, přičemž povaha a stupeň společenské škodlivosti uveřejňovacího deliktu jsou v případě zadání veřejné zakázky v JŘBU plně vystiženy již posouzením primárního deliktu. Uveřejňovací delikt ve smyslu § 269 odst. 1 písm. a) ZZVZ (jehož horní hranice sankce klesla oproti ZVZ maximálně na 200 000 Kč, tedy na 1 setinu původní výše) má dle krajského soudu své místo jako ochrana veřejného zájmu pouze tam, kde nelze shledat obecnější porušení ustanovení zákona. Proto trestnost za správní delikt uvedený ve výroku II prvostupňového rozhodnutí dle krajského soudu zanikla v důsledku subsidiární povahy deliktu trestnosti za správní delikt hlavní.

Úřad se dle krajského osudu navíc nevypořádal s námitkou, že byly dány vnější okolnosti dané změnou ministra školství a změnou jeho názoru na podobu státních maturit, neboť žalobce je adresátem povinností plynoucích z normotvorby Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy (dále jen „MŠMT“). Teprve na základě posouzení důvodnosti této argumentace by měl Úřad posoudit, zda bylo vůbec v možnostech žalobce zadat veřejnou zakázku v otevřeném řízení tak, aby dosáhl plnění, které bylo cílem veřejné zakázky (pro posouzení věci je podstatné pouze to, zda se žalobce dostal se zadáním veřejné zakázky do krajní nouze v důsledku vnějších příčin či nikoli).

Krajský soud tedy napadené rozhodnutí zrušil s tím, že je jednak s ohledem na zánik trestnosti jednoho ze stíhaných deliktů v rozporu se zákonem, a dále je částečně nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

III.

Stěžovatel je přesvědčen, že rozsudek krajského soudu je nezákonný z důvodu nesprávného posouzení právní otázky při posuzování právního jednání zadavatele a dále z důvodu nepřezkoumatelnosti spočívající v nesrozumitelnosti rozsudku. Stěžovatel je toho názoru, že nesprávné posouzení právní otázky je v šetřeném případě natolik úzce spjato s nesrozumitelností

rozsudku, že je v podstatě nelze oddělit, a z toho důvodu bude i argumentace stěžovatele směřovat na oba tyto problémy současně.

Stěžovatel se domnívá, že rozsudek obsahuje vzájemné rozpory, protichůdné závěry a je nesrozumitelný. Nesrozumitelnost a vnitřní rozpornost přitom stěžovatel dovozuje zejména z následujících důvodů, kterým se bude podrobněji věnovat níže:

- krajský soud v rozsudku opakovaně **posuzuje ustanovení § 269 ZZVZ, které na šetřený případ vůbec nelez aplikovat**, a tvrdí, že ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) a § 269 odst. 1 písm. a) ZZVZ jsou v poměru subsidiarity, ačkoli jinde uvádí, že jde o faktickou konzumpci těchto deliktů,
- krajský soud nesprávně uvádí, že Úřad dovodil delikt II jako důsledek spáchání deliktu I a že zadavatel spáchal úmyslně pouze delikt I,
- krajský soud opět nesprávně uvádí, že k uložení zákazu plnění ze smlouvy je podle ZZVZ nutno konstatovat spáchání správního deliktu,
- krajský soud v rámci podpory své argumentace odkazuje na rozsudek, ve kterém je dovozen zcela opačný závěr,
- krajský soud považuje napadené rozhodnutí v části týkající se deliktu I za nepřezkoumatelné, přičemž jeho důvody, pro které shledává napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným, jsou nesrozumitelné.

IV.

K rozpornosti argumentace krajského soudu odkazující na § 269 ZZVZ

Stěžovatel shledává vysoce zmatečnou argumentaci krajského soudu, v rámci které krajský soud na jedné straně dochází k závěru, že trestnost deliktu II zanikla, ale zároveň opakovaně odkazuje na ustanovení § 269 ZZVZ, které se šetřeného případu nijak netýká, neboť žádný z deliktů tam upravených již nepokrývá zadavatelem spáchané jednání. Soud s § 269 ZZVZ pracuje zcela nesrozumitelně, přičemž toto ustanovení ani dle tvrzení soudu neobsahuje předmětnou skutkovou podstatu.

Krajský soud v rozsudku tvrdí, že po zohlednění čl. 40 odst. 6 Listiny je nutno dojít k závěru, že ZZVZ představuje pro zadavatele příznivější právní úpravu, neboť zatímco dle ZVZ zadavatel naplnil 2 skutkové podstaty [dle § 120 odst. 1 písm. a) a c)], v ZZVZ speciální skutková podstata dříve upravená v § 120 odst. 1 písm. c) již zanikla a jednalo by se tak nově o jediný delikt, respektive znak skutkové podstaty deliktu spočívající v uzavření smlouvy (nikoli v prostém neodeslání oznámení) byl v ZZVZ konzumován skutkovou podstatnou prvního ze sankcionovaných deliktů. Bližší odůvodnění tohoto závěru však stěžovatel považuje za značně rozporuplné:

Krajský soud v rozsudku ze stěžovateli neznámých příčin opakovaně odkazuje na § 269 odst. 1 písm. a) ZZVZ. Rozvíjí jakousi teorii, že jeden znak skutkové podstaty druhého deliktu se vydělil a „zbyl“ uveřejňovací delikt, resp. z ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ po oddělení znaku spočívajícího v uzavření smlouvy nadále zůstává neuveřejnění, které zůstává (dle soudu v § 269 ZZVZ) trestné. ZZVZ údajně jasně oddělil odpovědnost za neuveřejnění oznámení o zadání veřejné

zakázky a odpovědnost za uzavření smlouvy v rozpory se zákonnými pravidly. Pokud však soud srovnává § 269 odst. 1 písm. a) ZZVZ a § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ, pak je zásadní rozdíl v tom, že § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ řeší **oznámení o zahájení zadávacího řízení**, zatímco v § 269 odst. 1 písm. a) ZZVZ je řešeno **oznámení o zadání**, což je zcela odlišný pojem. Zmatečnost těchto úvah krajského soudu je dobře patrná v bodech 28 a 29 rozsudku, kde krajský soud opět hovoří o **oznámení o zadání**, ačkoli v šetřeném případě byl zadavatel trestán za neuveřejnění **oznámení o zahájení zadávacího řízení**.

Tuto teorii krajský soud spojuje s argumentací, že horní hranice pokuty za uveřejňovací delikty dle § 269 ZZVZ byla podstatně snížena, a završuje ji tvrzením, že ustanovení § 269 odst. 1 písm. a) ZZVZ má své místo pouze tam, kde nelze shledat obecnější porušení zákonných pravidel.

Stěžovatel zásadně nesouhlasí s rozkládáním skutkových podstat deliktů na jednotlivé znaky, které krajský soud dále přehazuje a kombinuje do skutkových podstat upravených ZZVZ, neboť stěžovatel se domnívá, že takto se zákonem pracovat nelze. Navíc se stěžovateli jeví pravděpodobné, že krajský soud zcela mylně do svých úvah zapojuje i ustanovení § 269 odst. 1 písm. a) ZZVZ, neboť toto ustanovení vůbec nezná delikt spojený s neodesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení. Navíc krajský soud z důvodu stěžovateli nejasného uvádí, že ZVZ spojoval v rámci deliktů odpovědnosti neodesláním **oznámení s uzavřením smlouvy**, zatímco ZZVZ spojuje s neodesláním **oznámení o zadání veřejné zakázky** oznamovací delikt bez vztahu k uzavření smlouvy. V bodu 28 odůvodnění rozsudku krajský soud uvádí: „Zatímco zákon o zadávání veřejných zakázek spojuje s neodesláním oznámení o zadání veřejné zakázky oznamovací delikt bez vztahu k uzavření smlouvy, tak ZVZ spojoval v rámci deliktů odpovědnosti neodesláním oznámení s uzavřením smlouvy.“ Krajský soud tedy hovoří o neodesláním oznámení o **zadání** veřejné zakázky bez vztahu k **uzavření** smlouvy, což je ovšem zcela nesmyslná konstrukce, neboť zadání a uzavření smlouvy je totéž. Stěžovatel připomíná, že **v šetřeném případě šlo o neodesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení, nikoli o neodesláním oznámení o zadání, resp. uzavření smlouvy**. I z tohoto je patrná zmatečnost rozsudku. Veškerá argumentace krajského soudu spojená s odkazy na toto ustanovení se tedy stěžovateli jeví jako nelogická až nesmyslná. I zde je tedy patrný omyl krajského soudu v používání pojmů **oznámení o zahájení zadávacího řízení** a **oznámení o zadání**.

Pokud totiž krajský soud tvrdí, že skutková podstata deliktu II zanikla [neboť nyní se podřadí pod § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ stejně jako delikt I], zcela si odporuje částí argumentace odkazující na ustanovení § 269 ZZVZ s tím, že „zbylá“ část skutkové podstaty deliktu II se nyní projevuje tam, a že horní hranice možné pokuty za uveřejňovací delikty podstatně klesla. Tato tvrzení by spíše svědčila o opačném závěru, a sice že jednání zadavatele by dle ZZVZ opět naplňovalo skutkové podstaty dvou správních deliktů, a to dle § 268 odst. 1 písm. a) a dle § 269 odst. 1 písm. a) ZZVZ. Tuto argumentaci krajský soud navíc uzavírá tím, že ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) a § 269 odst. 1 písm. a) ZZVZ jsou v poměru subsidiarity, čímž dává de facto jasně najevo, že dle jeho názoru byly oba delikty spáchány, ale formálně by měl být vysloveno pouze spáchání jednoho z deliktů.

Stěžovatel se tedy domnívá, že výrok rozsudku je rozporný s jeho odůvodněním.

Navíc v bodu 31 rozsudku krajský soud uvádí, že znak skutkové podstaty deliktu II byl konzumován skutkovou podstatou deliktu I, zatímco v bodě 49 rozsudku naopak mluví o tom, že trestnost deliktu II zanikla v důsledku jeho subsidiární povahy. Pokud by však měl jeden delikt být

konzumován druhým, muselo by jít o 2 delikty (2 jednání) podřaditelné pod stejné ustanovení zákona. V šetřeném případě se ale byla spáchána jednání podřaditelná pod 2 různé skutkové podstaty, a tudíž o konzumpci uvažovat nelze.

V.

K tvrzení krajského soudu, že delikt II je pouhým důsledkem spáchání deliktu I

Krajský soud v rozsudku uvádí, že „[v] posuzované věci správní orgány dovodily druhý delikt jako důsledek spáchání prvního deliktu“. Takové tvrzení je ovšem zavádějící. Ve skutečnosti je tomu tak, že jednání zadavatele naplnilo znaky skutkových podstat dvou různých deliktů, a za dva různé delikty tedy Úřad zadavatele sankcionoval. Nelze ovšem přitom říci, že druhý delikt je důsledkem spáchání prvního. Sám krajský soud v rozsudku č. j. 31 Af 202/2013-137 ze dne 27. 1. 2016 ve vztahu k deliktům dle § 120 odst. 1 písm. a) a § 120 odst. 1 písm. c) uvedl, že jde o rovnocenné delikty: „Mezi oběma delikty by bylo možné dovodit vztah příčiny a následku, nicméně soud považuje oba delikty za rovnocenné.“ Blíže bude rozvedeno dále.

Závěr, že delikt II je pouhým důsledkem deliktu I, žalovaný považuje za diskutabilní. Pokud se zákonodárce rozhodl formulovat jednotlivá ustanovená zákona tak, že jasně oddělil skutkové podstaty dle § 120 odst. 1 písm. a) a § 120 odst. 1 písm. c), musíme s přihlédnutím ke skutkovým zjištěním šetřeného případu dospět k závěru, že Úřad jednání zadavatelek klasifikoval správně. Otázka, proč byl zákon formulován právě takto, není záležitostí Úřadu, resp. Úřad se musí řídit zákonem v takové podobě, kterou určil zákonodárce.

Svůj mylný závěr navíc krajský soud dokládá tvrzením, že z obsahu správního spisu vyplývá, že zadavatel zvolil JŘBU zcela vědomě, ale skutečnost, že jako následek této volby mohl být zároveň spáchán delikt i při uzavření smlouvy, nezakládá samostatné jednání, neboť nebylo cílem žalobce spáchat delikt ve formě uzavření smlouvy v otevřeném řízení bez jeho řádného uveřejnění.

VI.

K tvrzení krajského soudu, že k uložení zákazu plnění ze smlouvy je nutno konstatovat spáchání správního deliktu

Krajský soud v bodu 33 rozsudku uvádí, že k uložení nápravného opatření dle ZVZ bylo nutno konstatovat spáchání správního deliktu, přičemž ZZVZ tuto úpravu převzal. Je pravdou, že dle ZVZ v případě již uzavřené smlouvy bylo možno nápravné opatření ve formě uložení zákazu plnění ze smlouvy (dále jen „nápravné opatření“) uložit jen ve třech situacích, a sice

- a) spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. c) (...),
- b) spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) a současně deliktu dle § 120 odst. 1 písm. d), nebo
- c) správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) a současně zadavatel postupuje dle § 82 odst. 3,

příčemž v šetřeném případě je relevantní možnost a), ale není pravdou, že by ZZVZ tuto úpravu převzal.

Aktuální úprava, tedy ZZVZ, již nevyžaduje konstatování deliktu k tomu, aby se dal uložit zákaz plnění ze smlouvy. Ustanovení § 264 odst. 1 ZZVZ totiž říká, že Úřad uloží zadavateli v řízení zahájeném na návrh podle § 254 zákaz plnění smlouvy, byla-li smlouva na veřejnou zakázku nebo rámcová dohoda uzavřena postupem uvedeným v § 254 odst. 1 (příčemž odkazované ustanovení mj. hovoří právě o situaci, kdy zadavatel neuveřejní oznámení o zahájení zadávacího řízení). Krajský soud tedy vycházel z nesprávných právních premis a dospěl k nesprávnému závěru.

Přestože však ZVZ umožňoval uložit zákaz plnění mj. tehdy, když se zadavatel dopustil § 120 odst. 1 písm. c), není rozhodně pravdou, že by Úřad spáchání tohoto deliktu (účelově) konstatoval jen proto, aby mohl toto nápravné opatření uložit. Úřad jednoduše spáchání uvedeného deliktu konstatoval musel, jelikož zadavatel se ho dopustil.

VII.

K chráněným zájmům a totožnosti deliktu a odkazům krajského soudu na řízení, kde byly dovozeny zcela opačné závěry

Krajský soud v rámci úvah o tom, kolik deliktů bylo spácháno, rozebírá, zda se zadavatel dopustil souběhu. Dle ZVZ a správního orgánu se dopustil souběhu nestejnorodého, (naplnil 2 skutkové podstaty), nicméně dle ZZVZ by se dle krajského soudu jednalo buď o jediný delikt, nebo o souběh stejnorodý (byla naplněna jediná skutková podstata). Dále se tedy krajský soud zabývá tím, zda šlo o souběh jednočinný či vícečinný, přičemž dospěl k závěru, že se muselo jednat o souběh jednočinný. Dle ZVZ tedy žalobce mohl spáchat pouze jednočinný nestejnorodý souběh deliktů. V případě ZZVZ se pak jednalo buď o jediný delikt, nebo pouze jednočinný stejnorodý souběh – který je teorií považován za jeden delikt.

Dále se krajský soud dle stěžovatele (vzhledem k uvedenému v kapitole IV odůvodnění doplnění kasační stížnosti) nepochopitelně zabývá poklesem trestů za uveřejňovací delikty a tím, zda se v důsledku změny zákona jednalo o souběh či souběh zdánlivý, tedy jediné jednání, přičemž uvádí typové situace, kdy je souběh vyloučen (specialita, subsidiarita, faktická konzumpce). Dále krajský soud pokračoval k řešení otázky, zda je v obou případech (u obou deliktů) zasažen stejný chráněný zájem – pak by se jednalo o delikt jediný. Soud dospěl k závěru, že chráněný zájem je totožný, a sice zajištění hospodárného a efektivního zadávání veřejných zakázek. Také dovedl, že ustanovení § 269 odst. 1 písm. a) a 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ jsou v poměru subsidiarity, neboť sledují totožný chráněný zájem. Krajský soud uváděl, že nesouhlasí s právním posouzením Úřadu, uvedeném v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R47/2013/VZ-25565/2016/321/IPs ze dne 17. 6. 2016, kde Úřad dovedl, že delikty dle 120 a) a 120 c) ZVZ mají rozdílné objekty, neboť objektem deliktu dle písm. a) je zajištění hospodárného a efektivního zadávání veřejných zakázek, a to prostřednictvím zajištění hospodářské soutěže dodavatelů o veřejnou zakázku, a objektem deliktu dle písm. c) je zajištění uveřejnění oznámení o zahájení řízení ve Věstníku veřejných zakázek, díky čemuž se zadavatelé o zakázce dozví, a mohou se účastnit soutěže. Soud nyní dovedl, že jde pouze o dva projevy téhož chráněného zájmu a že uveřejňovací delikt (zejména ve smyslu § 261) má své místo

pouze tam, kde nelze shledat obecnější porušení ustanovení zákona při otevřeném řízení. Z toho dovedil, že trestnost za správní delikt již zanikla v důsledku subsidiární povahy deliktu trestnosti za správní delikt hlavní.

S tímto se stěžovatel neztotožňuje, neboť delikty dle § 120 odst. 1 písm. a) a c) mají odlišný chráněný zájem, tak jak uváděl v citovaném rozhodnutí. Soud konstatuje, že jde pouze o 2 projevy jediného chráněného zájmu, avšak stěžovatel se domnívá, že takto paušalizovat nelze, neboť pak by bylo možno tvrdit, že veškeré delikty dle ZVZ a ZZVZ mají chráněný zájem jediný, a to zajištění hospodárného a efektivního zadávání veřejných zakázek, a to prostřednictvím zajištění hospodářské soutěže dodavatelů o veřejnou zakázku. Obecně tímto chráněným zájmem toto skutečně je, ale přesto mají jednotlivé delikty dle ZVZ a ZZVZ své speciální objekty a tvrdit opak stěžovatel považuje za nerespektování a nepochopení zákona. V důsledku ad absurdum by soud mohl o totožnosti deliktů dospět vždy, neboť chráněný zájem bude u „zakázkových“ deliktů dle jeho názoru vždy totožný.

Zmatečnost rozsudku je dle stěžovatele umocněna tím, že v rámci podpory své argumentace krajský soud nepřímou odkazuje na rozsudek, kde je dovozen zcela opačný závěr, neboť uváděné rozhodnutí č. j. ÚOHS-R47/2013/VZ-25565/2016/321/IPs ze dne 17. 6. 2016 navazuje na rozsudek krajského soudu č. j. 31 Af 202/2013-137 ze dne 27. 1. 2016, kterým bylo zrušeno rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R47/2013/VZ-21020/2013/310/DBa z 30. 10. 2013. Krajským soudem nyní kritizované rozhodnutí pouze vychází ze závěrů, ke kterým dospěl krajský soud ve zmiňovaném rozsudku, když konkrétně v rozsudku ohledně deliktů dle § 120 odst. 1 písm. a) a c) uvedl, že:

„[v] případě druhého deliktu dle § 120 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách se jedná o jednání, kterého se zadavatel dopustí tím, že uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1, ačkoli je podle tohoto zákona povinen toto oznámení uveřejnit. Jde tedy primárně o porušení povinnosti uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení.

V případě námitky absence materiální stránky deliktu žalobce nerozlišoval mezi jednotlivými delikty, a proto považuje soud za nutné hodnotit i naplnění materiální stránky druhého deliktu. Soud se v tomto bodě ztotožňuje se závěry žalovaného ohledně vyloučení faktické konzumpce.

V případě obou deliktů se jedná o jednání, která negativně ovlivňují volnou soutěž. Skutečnost, že se u druhého deliktu jedná „pouze“ o uveřejňovací delikt, neznamena, že se jedná o nevýznamné porušení zákona o veřejných zakázkách, neboť právě uveřejňovací delikty jasně nabourávají jednu ze základních zásad zákona o veřejných zakázkách, a to zásadu transparentnosti, a krom samotné soutěže brání i veřejné kontrole činnosti zadavatelů. Druhý delikt soud proto nepovažuje za natolik marginální, aby mohl být konzumován prvním deliktem.

Mezi oběma delikty by bylo možné dovést vztah příčiny a následku, nicméně soud považuje oba delikty za rovnocenné.“

Z rozsudku jasně plyne, že soud v předmětném jednání spatřuje 2 oddělitelné delikty s odlišnými objekty, delikt I tedy nekonzumuje delikt II, neboť delikty s odlišnými objekty nemohou být vzájemně konzumovány.

Krajský soud tedy v nyní šetřeném případě rozhodl v rozporu se závěry uvedenými v citovaném rozsudku, aniž by jakkoli vysvětlil, proč přistoupil ke změně svých judikatorních závěrů. Krajský soud tedy nyní rozporuje závěry rozhodnutí Úřadu, které respektovalo právně závazný názor zdejšího soudu.

VIII.

K údajné nepřezkoumatelnosti rozhodnutí s ohledem na delikt I

Dle krajského soudu se úřad nezabýval tím, zda byly dány vnější okolnosti dané změnou ministra školství a změnou jeho názoru na podobu státních maturit, neboť žalobce je adresátem povinností plynoucích z normotvorby Ministerstva školství – a pokud by Úřad dospěl o důvodnosti této argumentace, až na základě toho by měl posuzovat, zda bylo vůbec v možnostech žalobce zadat veřejnou zakázku v otevřeném řízení tak, aby dosáhl plnění, které bylo cílem veřejné zakázky (pro posouzení věci je podstatné pouze to, zda se žalobce dostal se zadáním veřejné zakázky do krajní nouze v důsledku vnějších příčin či nikoli).

Stěžovatel tento závěr krajského soudu nesdílí, a to z následujících důvodů:

Úvodem této části stěžovatel považuje za vhodné zmínit stěžejní data z procesu přípravy veřejné zakázky a navazujících zadávacích řízení. Předchozí smlouva o outsourcingu služeb ze dne 23. 2. 2010 končila zadavateli k 31. 10. 2014, nové plnění tedy bylo nutno zajistit od 1. 11. 2014. Zadavatel zahájil kroky směřující k zadání původní veřejné zakázky již v létě 2013, během prosince 2013 byla poradou náměstků a později i ministrem schválena varianta A předloženého návrhu, ještě během prosince 2013 došlo k uveřejnění předběžného oznámení. V lednu roku 2014 došlo ke změně ministra, přičemž zadavatel uvedl, že novým vedením bylo rozhodnuto o změně základních parametrů zakázky (došlo ke změně trvání smlouvy a předpokládané hodnoty veřejné zakázky). Dne 23. 4. 2014 zadavatel obdržel souhlas nového ministra ke zveřejnění nového oznámení předběžných informací, které bylo uveřejněno dne 25. 4. 2014. Oznámení o zahájení užšího řízení (které je časově mnohem náročnější než např. otevřené řízení, neboť probíhá ve dvou fázích, kdy nejprve jsou zadavatel přijímá žádosti o účast, a až následně kvalifikované uchazeče vyzývá k podání nabídek, zatímco při postupu v otevřeném řízení lze oproti užšímu řízení dosáhnout časové úspory kvůli kratším minimálním zákonným lhůtám, možnosti okamžitého navázání procesu posouzení a hodnocení nabídek na uzavření posouzení kvalifikace apod.) bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 6. 6. 2014, tedy pouhé čtyři měsíce před ukončením uvedené smlouvy. Ve smyslu ustanovení § 39 odst. 2 písm. a) zákona přitom lhůta pro doručení žádostí o účast v užším řízení a požadovaných dokladů prokazujících splnění kvalifikace nesmí být u nadlimitních veřejných zakázek kratší než 37 dnů a podle § 39 odst. 3 písm. a) zákona lhůta pro podání nabídek u nadlimitních veřejných zakázek nesmí být kratší než 40 dnů v užším řízení (přičemž podle § 40 odst. 1 zákona pokud veřejný zadavatel uveřejní na profilu zadavatele zadávací dokumentaci v plném rozsahu již ode dne uveřejnění oznámení otevřeného řízení nebo užšího řízení, může zkrátit lhůtu pro podání nabídek o 5 dnů a podle § 82 odst. 1 zákona zadavatel nesmí před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podle § 110 odst. 4 uzavřít smlouvu s uchazečem, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější podle § 81). Ve smlouvě, která měla být v užším řízení uzavřena, byl navíc uveden harmonogram,

kteřý předpokládal zahájení plnění nejpozději k 30. 9. 2014. Zadavatel určil termín pro podání žádostí o účast na původní veřejnou zakázku do 14. 7. 2014 (lhůtu pro podání nabídek přitom stanovil na 9. 9. 2014). Již v době zahájení užšího řízení mělo být tedy zadavateli zřejmé, že při jakékoli komplikaci již uzavření smlouvy dle harmonogramu s největší pravděpodobností nelze stihnout. Dne 25. 9. 2014 bylo uchazečům doručeno rozhodnutí o výběru, proti kterému dne 9. 10. 2014 zadavatel obdržel námitky, o kterých zadavatel rozhodl dne 14. 10. 2014. Vzhledem k zákazu uzavřít smlouvu, který automaticky platí 15 dní od rozhodnutí o výběru, je zřejmé, že zadavatel bezesporu nemohl stihnout uzavřít smlouvu do 30. 9. 2014.

Zadavatel tak zjevně při tvorbě harmonogramu předcházejícího zadávacího řízení očekával zcela hladký průběh, resp. vůbec nezohlednil skutečnost, že by některý z uchazečů mohl v tomto zadávacím řízení využít svého práva bránit se proti úkonům zadavatele, a napadnout postup zadavatele námitkami či případným návrhem k Úřadu. Tuto skutečnost zadavatel mohl a měl předvídat. Na základě návrhu bylo dne 20. 11. 2014 zadavateli v tomto užším řízení nařízeno předběžné opatření v podobě zákazu uzavřít smlouvu. Z uvedeného vyplývá, že zadavateli již muselo být zřejmé, že uzavření smlouvy dle předpokládaného harmonogramu není možné.

Změny, které měly za důsledek zdržení zahájení původního zadávacího řízení, nelze přičítat jiné osobě než zadavateli, jelikož pouze ten rozhoduje o způsobu zadání veřejné zakázky. Změna pokynů od zřizovatele nemůže být považována za takovou okolnost, která by zadavatele zprošťovala povinnosti zadat veřejnou zakázku v řízení, které zajišťuje otevřenou a transparentní soutěž. Prodlení v původní veřejné zakázce totiž vzniklo z důvodu změn parametrů formálně učiněných ze strany zadavatele a zadavatel nemůže přenášet odpovědnost za své vlastní rozhodnutí o takových změnách na svého zřizovatele. Je evidentní, že zadavatel podle zákona vždy odpovídá za řádný a zákonný průběh zadávacího řízení. Nelze proto jakkoli zpochybnit skutečnost, že i v tomto případě nese zadavatel veřejné zakázky objektivní odpovědnost za spáchání Úřadem deklarovaného správního deliktu. S ohledem na to je tedy zcela zřejmé, že otázka (aktuálního) vedení zřizovatele zadavatele je zcela irelevantní. Tato problematika patří k otázkám spadajícím do vnitřních záležitostí zadavatele, které na objektivní odpovědnost za spáchání správního deliktu zadavatelem nemá a nemůže mít vliv. To, že se během období přípravy veřejné zakázky změnilo obsazení vrcholných orgánů zřizovatele, na to nemá vliv, jelikož subjekt, tedy zadavatel, je stále stejný. Pokud bychom dovedli argumentaci zadavatele v tomto případě do absurdna, zadavatel by nebyl vázán téměř žádnými závazky po každé obměně nejen ve vedení svém, ale i ve vedení svého zřizovatele, jelikož vedení se obměňuje poměrně často. Jedná se však o nepraktickou tezi, která by narušila mnoho právních zásad. Za všechny lze jmenovat například zásadu právní jistoty. Veřejní zadavatelé by se za takové situace stali značně nejistými obchodními partnery, což by se dotklo i veřejných zakázek, a ve výsledku by jim to spíše uškodilo. Ministerstvo, natož jím zřízená příspěvková organizace tedy nijak nemění svou právní kontinuitu po změnách osob zastávajících vedoucí pozice.

Ani pokyny od zřizovatele nemohou mít za následek, že by byl zadavatel zcela zbaven odpovědnosti za jednání v rozporu se ZVZ. Pokud si zadavatel byl vědom toho, že situaci vzniklou pozdní změnou požadavků bude muset řešit zadáním zakázky v JŘBU, měl na tuto skutečnost svého zřizovatele během jednání o veřejné zakázce upozornit, snažit se možnost zadání přes JŘBU odvrátit, neboť si musel být vědom toho, že nutnost JŘBU byla minimálně formálně způsobena jím jako zadavatelem, a tedy podmínky pro zadání v JŘBU nejsou naplněny.

Stěžovatel nesouhlasí s tvrzením, že body 29 – 31 odůvodnění napadeného rozhodnutí byly vzhledem ke skutkovému stavu nedostatečné. I z žaloby [konkrétně str. 5, bod e)] je patrné, že zadavatel v určitý okamžik stál před volbou, jak dále postupovat, přičemž se rozhodl pro realizaci užšího řízení, jehož realizaci už ovšem nemohl stihnout. Existenci naléhavé situace si tak zadavatel způsobil sám. Když zadavatel v dubnu 2014 získal souhlas (nikoli příkaz – což je rovněž podstatné z důvodu, že zadavatel se snaží argumentovat, že mu byl postup de facto vnucen) ministra, měl se rozhodnout, zda zamyšlený způsob zadání veřejné zakázky lze uskutečnit v souladu se zákonem a předmětnou vyhláškou, a případně upravit svůj postup tak, aby vyhověl svému harmonogramu a současně i zákonu, nikoli bez tohoto zhodnocení pokračovat (resp. zahájit užší řízení, o jehož realizaci bylo zřejmé, že se nestihne), a pak z důvodu, že užší řízení nebylo možno dokončit včas, využít JŘBU.

O údajné změně koncepce maturitních zkoušek, která by dle žalobce měla být oním zásadním důvodem pro použitelnost JŘBU, hovoří žalobce jen velmi mlhavě a v průběhu celého správního řízení ani řízení před soudem žalobce neosvětlil, v čem by tato zásadní změna měla spočívat. Jediná změna, který vyplývá z podkladů předložených žalovanému, spočívá ve zkrácení doby plnění veřejné zakázky a tomu odpovídajícímu snížení její předpokládané hodnoty. Dle názoru stěžovatele ani k žádné zásadní změně koncepce maturitní zkoušky, která by se projevila v popotávaném plnění, nedošlo, a žalobce se pouze snaží navodit dojem, že změnou ministra se veškeré okolnosti zásadně změnily. Kdyby však konkrétní okolnosti odůvodňující změnu požadovaného plnění (a tedy i úpravy zadávacích podmínek) byly dány, žalobce by je již dávno předložil. Vzhledem k tomu, že to však neučinil, stěžovatel usuzuje, že změnu ministra žalobce používá jako jakousi univerzální výmluvu, aniž by však tvrdil, natož prokázal jakoukoli konkrétní spojitost s údajnou změnou koncepce státních maturit a tedy i plánovaného zadávacího řízení. Na okraj stěžovatel dodává, že nejbližší změnou vyhlášky ministra školství, mládeže a tělovýchovy č. 177/2009 Sb., o bližších podmínkách ukončování vzdělávání ve středních školách maturitní zkouškou, po výměně ministra školství byla až vyhláška č. 173/2014 Sb. ze srpna 2014, přičemž v této vyhlášce stěžovatel nespatřuje žádné zásadní koncepční změny, naopak spíše malé, formální úpravy, které se nijak netýkaly § 5. Úřad samozřejmě nepopírá právo zadavatele se vyvinut, pokud prokáže existenci liberačních okolností. V šetřeném případě ovšem žádné takové netvrdil ani neprokázal, a není na stěžovateli, aby existenci liberačních okolností sám aktivně vyhledával, pokud jejich existenci vzhledem ke shromážděným podkladům nic nenasvědčuje.

Zadavatel nikdy (tedy ani během správního, ani během soudního řízení) nevedl žádné konkrétní skutečnosti, které by svědčily o nutnosti zadat původní veřejnou zakázku jinak, než bylo v prosinci 2013 schváleno jeho zřizovatelem. Zadavatel nikdy ani nevedl, že by od svého zřizovatele dostal přímý pokyn od zadávání původní veřejné zakázky (v původně plánovaném rozsahu) upustit. Jediné, co zadavatel uváděl, byly jakési mlhavé, nijak blíže nevysvětlené odkazy na „*posun v predikci dalšího vývoje maturitní zkoušky na straně zřizovatele*“. Ze zadavatelem předložených dokladů nevyplývá žádná zásadní koncepční změna týkající se maturit a zmiňované vyhlášky o maturitách. Předložené podklady místo toho, aby svědčily o zadavatelem nevyvolané krajní naléhavosti, navozují dojem, že zadavatel neodůvodněně se zadáním původní veřejné zakázky otálel. Ze zadavatelem předložených podkladů naopak vyplývá, že jediná změna, která se v parametrech veřejné zakázky po změně ministra projevila, byla doba trvání smlouvy (místo 4 let 2 roky) a tomu odpovídající snížení předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Uvedené je patrné např. z rozkladu, kde zadavatel uvedl, že *“ještě před zahájením zadávacího řízení Původní veřejné*

zakázky došlo k zásadnímu posunu v predikci dalšího vývoje maturitní zkoušky po roce 2016 ze strany MŠMT. Novým vedením MŠMT bylo rozhodnuto o změně základních parametrů zakázky, a to zejména co do doby trvání smlouvy o poskytování služeb outsourcingu, když byla stanovena předpokládaná hodnota plnění na 94 000 000 Kč bez DPH a doba trvání smlouvy na 2 roky“, v žalobě zadavatel uváděl totéž, k čemuž přidal tvrzení, že „[t]éměř celé první pololetí roku 2014 byl v mediálních výstupech ministra školství prezentován záměr změnit koncepci státních maturit, což se úzce dotýkalo i jistoty, resp. nejistoty o podobě předmětu plnění připravované veřejné zakázky“.

K bodu 57 rozsudku, ve kterém krajský soud stěžovateli ukládá, aby se vypořádal se změnou ministra a případnou změnou jeho názoru, stěžovatel uvádí následující. Zjišťování „možné změny názoru ministra na podobu a obsah státních maturit in concreto“ stěžovatel považuje za otázky nad rámec přípustného zjišťování skutkového stavu, neboť se pohybují ve zcela hypotetické rovině. Je otázkou, co a jak by stěžovatel dle instrukcí krajského soudu měl posuzovat: Jaký byl názor nového ministra na vyhlášku o maturitách? Byla možná změna vyhlášky? Připravovala se? Stěžovatel si nedokáže ani představit žádnou odpověď na uvedené a jim obdobné otázky, na základě které by bylo možno konstatovat vyvinění zadavatele, resp. skutečnost, že zadavatel vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil. Stěžovatel trvá na tom, že vypořádání této otázky v bodech 29 – 31 odůvodnění napadeného rozhodnutí je zcela dostatečné, neboť zadavatel namítal rozhodovací procesy na straně ministra obecně a stejně obecně na tuto námitku bylo i reagováno.

Úřad se ohledně lhůt, které má zadavatel zohledňovat, vyjádřil zcela jasně. V žádné části odůvodnění prvostupňového rozhodnutí nebylo tvrzení o tom, že musí počítat s podáním návrhu na zahájení správního řízení a v harmonogramu zadávacího řízení by si tak musel vyhradit několik měsíců na vydání rozhodnutí Úřadu. Úřad právě naopak souhlasil s tvrzením žalobce, že nemůže předjímat délku správního řízení či jeho výsledek, avšak žalobce je vždy povinen postupovat v zadávacím řízení podle zákona, resp. musí dodržovat zákonem stanovené lhůty, tedy i lhůty blokační. Úřad v bodě 108 odůvodnění prvostupňového rozhodnutí výslovně uvedl, že žalobce v harmonogramu zadávacího řízení nepočítal se zákonem stanovenými lhůtami pro postup zadavatele v zadávacím řízení, nikoli ve vztahu ke lhůtám vzniklým z důvodu vedení správního řízení. Úřad tedy žádný arbitrární výrok nevyslovil, neboť povinnost žalobce postupovat podle zákona a dodržovat stanovené lhůty plyne přímo ze zákona. Žalobce tedy musí vzít v úvahu zákonné lhůty a přizpůsobit zadávací podmínky a harmonogram plnění tak, aby byly tyto lhůty dodrženy.

Závěrem stěžovatel musí polemizovat s bodem 63 odůvodnění rozhodnutí krajského soudu, kde krajský soud rozvádí teorii, že pokud žalobce již nemohl zakázku zadat v otevřeném řízení, bylo provedení JŘBU de facto v pořádku. Stěžovatel je nucen toto uvést na pravou míru, neboť **za každých okolností je nutno posuzovat existenci všech podmínek pro konání JŘBU, a skutečnost, že zadavatel již nestíhá obstarat plnění jinak než prostřednictvím JŘBU, rozhodně neznamená, že pak je JŘBU oprávněné. Stále je totiž nutno posuzovat, zda si zadavatel onu naléhavou situaci způsobil sám, a pokud dospějeme k závěru, že ano, nejsou pro realizaci JŘBU splněny zákonné podmínky.** Postup, který naznačuje krajský soud (tedy že zadavatel po úvaze o neproveditelnosti všech ostatních typů zadávacích řízení dle zákona dospěje k tomu, že JŘBU je jediná možná, a tudíž i oprávněná volba), je nepřijatelný.

IX.

Stěžovatel na základě výše uvedeného navrhuje, aby Nejvyšší správní soud postupem dle ustanovení § 110 odst. 1 soudního řádu správního napadený rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 80/2016-85 ze dne 26. 9. 2018 **zrušil a věc vrátil tomuto soudu k dalšímu řízení.**

Mgr. Iveta Pospíšilíková
ředitelka Odboru druhostupňového rozhodování VZ
pověřena k jednání jménem
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Nejvyšší správní soud, Moravské náměstí 611/6, 657 40 Brno