



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Petra Šebka a soudců Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. a Mgr. Filipa Skřivana v právní věci

žalobce: **Česká republika - Ministerstvo financí**
sídlem Letenská 15, Praha

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

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného č.j. ÚOHS-R0176/2017/VZ-36556/2017/322/KTr ze dne 14.12.2017

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Odůvodnění:

I. Shrnutí podstaty věci

1. Žalobce se podanou žalobou domáhá zrušení rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 14.12.2017, č.j. ÚOHS-R0176/2017/VZ-36556/2017/322/KTr, kterým podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu (dále jen „správní řád“), zamítl jeho rozklad proti prvostupňovému rozhodnutí žalovaného ze dne 25.9.2017, č.j. ÚOHS-S0275/2017/VZ-27845/2017/512/VZe, ve věci spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), při zadávání veřejné zakázky „Další rozvoj ISAO III.“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 19.12.2013 (formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 17.2.2014 pod ev. č. zakázky 369629).
2. Prvostupňovým rozhodnutím žalovaný rozhodl o spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že žalobce při zadávání veřejné zakázky porušil § 21 odst. 2 ZVZ, protože předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, neboť žalobce neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč – ASD Software, s.r.o. – a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil žalobce v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění veřejné zakázky. To mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Žalobce uzavřel dne 30.1.2014 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Za spáchání uvedeného přestupku uložil žalovaný žalobci podle § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ pokutu ve výši 250 000 Kč. Napadené rozhodnutí se pak s těmito závěry ztotožnilo. Žalobce to žalobou zpochybňuje.

II. Shrnutí procesního postoje žalobce

3. Žalobce předně požaduje, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno pro nezákonný postup žalovaného spočívající v zahájení správního řízení v rozporu s § 259 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), na základě podnětu, aniž by byl za podnět uhrazen poplatek; žalovaný se podle § 259 odst. 4 ZZVZ takovým podnětem neměl vůbec zabývat. Pokud k tomu žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí uvádí, že řízení bylo zahájeno z vlastní iniciativy, resp. v napadeném rozhodnutí pak uvádí, že žalovaný správní řízení zahájil na základě podání Policie České republiky, jakožto podání, jímž došlo ve smyslu § 159a odst. 1 písm. a) zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), dále jen „trestní řád“, k odevzdání věci žalovanému k projednání, které není podnětem ve smyslu § 259 ZZVZ, žalobce s tím nesouhlasí a považuje v tomto směru napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné. Uvedeným postupem současně dle názoru žalobce došlo k popření principu legality a enumerace veřejnoprávních pretenzí.
4. Dále žalobce namítá, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť žalovaný v něm nespécifikoval, v čem spatřuje naplnění skutkové podstaty podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Konkrétně se žalovaný opomenul vypořádat s otázkou, zda údajné porušení ZVZ ze strany žalobce dosahovalo takové intenzity, že bylo způsobilé podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
5. Žalobce dále namítá nezákonnost a nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, jelikož žalovaný nezohlednil § 222 ZZVZ coby pozdější pro žalobce příznivější právní úpravu. K tomu žalobce odkazuje na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 16.11.2016, č.j. 5 As 104/2013-46, rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 27.10.2004, č.j. 6 A 126/2002-27, a ze dne 31.5.2007, č.j. 8 Afs 17/2007-135, a rozhodnutí žalovaného ze dne 23.3.2015, č.j. ÚOHS-S1069/2014/VZ-6942/2015/551/OPa.

6. Dále žalobce namítá, že žalovaný v řízení nemohl dovozovat žalobcovu důkazní břemeno; to není v žádném právním předpisu výslovně zakotveno, naopak se vymyká standardnímu pojetí správního trestání, k čemuž žalobce odkazuje na zásadu legality a materiální pravdy, na povinnost zjišťovat veškeré skutečnosti i ve prospěch účastníka řízení a na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 14.1.2014, č.j. 5 As 126/2011-68, a ze dne 30.12.2010, č.j. 4 Ads 44/2010-132. Žalovaný podle žalobce nesprávně posoudil otázku existence obráceného důkazního břemena na straně žalobce a absolutně rezignoval na odpovídající zjištění skutkového stavu. V této souvislosti žalobce poukazuje i na vady výroku I. prvostupňového rozhodnutí, kde žalovaný výslovně neprokázání rozhodných skutečností, resp. splnění podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění, zmiňuje, aniž by toto hledisko skutková podstata přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ obsahovala. Takto formulovaný výrok je dle názoru žalobce současně nepřezkoumatelným z časového pohledu, neboť z něj není zřejmé, kdy se žalobce přestupku měl dopustit. Ve vztahu ke tvrzenému obrácení důkazního břemena žalobce dále namítá, že žalovaný jej měl o jeho existenci poučit v oznámení o zahájení správního řízení, což neučinil, a neučinil tak navíc ani následně v průběhu správního řízení. V této souvislosti žalobce namítá i to, že žalovaný nebyl ochoten v řízení akceptovat podklady, doplňující analýzy a posouzení, jež měly podporovat oprávněnost použití jednacích řízení bez uveřejnění, datované po zahájení zadávacího řízení, přičemž zákon žalobci neukládá povinnost disponovat veškerými podklady o oprávněnosti použití jednacích řízení bez uveřejnění již před jeho zahájením. Ve spojení s tím žalobce namítá neprovedení důkazu znaleckým posudkem.
7. Žalobce dále uvádí, že žalovaný nesprávně posoudil právní otázku možnosti žalobce provádět zásahy do autorského díla předmětného informačního systému prostřednictvím třetích osob a nesprávně zjistil skutkový stav, když dospěl k závěru, že žalobce měl předvídat dopady vstupu České republiky do Evropské unie.
8. Žalobce konečně namítá nepřezkoumatelnost části napadeného rozhodnutí týkající se odůvodnění výše pokuty a považuje ji za nepřiměřeně vysokou.
9. S ohledem na výše uvedené žalobce navrhuje, aby zdejší soud napadené rozhodnutí zrušil. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

10. Žalovaný se žalobou nesouhlasí, argumentuje důvody obsaženými v napadeném rozhodnutí a navrhuje, aby zdejší soud žalobu jako nedůvodnou zamítl. Taktéž žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před zdejším soudem.

IV. Průběh řízení před soudem

11. Zdejší soud o žalobě již jednou rozhodoval a rozsudkem č.j. 62 Af 15/2018-217 ze dne 4.10.2019 zrušil napadené rozhodnutí žalovaného pro nepřezkoumatelnost; dle názoru zdejšího soudu žalovaný věcně nevypořádal žalobcovu argumentaci změnou právního rámce, kterou žalobce údajně objektivně nemohl předpokládat a na základě které byl nucen zadat předmětnou veřejnou zakázku prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění. Nejvyšší správní soud se s však s názorem zdejšího soudu neztotožnil a rozsudkem č.j. 10 As 344/2019-60 ze dne 31.3.2021 uvedený rozsudek zdejšího soudu zrušil, neboť napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným neshledal.

V. Posouzení věci

12. Žaloba byla podána včas (§ 72 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), žaloba je přípustná (§ 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

13. Zdejší soud napadené rozhodnutí přezkoumával v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného (§ 75 odst. 1 s.ř.s.); byl přitom v souladu s § 110 odst. 4 s.ř.s. vázán právním názorem vysloveným Nejvyšším správním soudem.

V. a)

14. Nejprve bylo třeba se zabývat relativně oddělitelnou argumentací ohledně nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, neboť pouze přezkoumatelné rozhodnutí je způsobilé být předmětem hodnocení z hlediska tvrzených nezákonností a vad řízení.
15. Podle § 68 odst. 3 správního řádu se v odůvodnění rozhodnutí 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. To žalovaný podle zdejšího soudu v obou postupně vydaných rozhodnutích splnil. Z napadeného rozhodnutí pro zdejší soud především srozumitelně plyne, z jakých podkladů žalovaný vycházel, jak na ně nahlížel i na základě jaké argumentační linie dospěl ke svým závěrům. Správnost náhledu na podklady i na posouzení jednotlivých dílčích otázek souvisejících se zadáváním veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění je již věcí posouzení věcné a procesní správnosti postupu žalovaného.
16. Pokud žalobce namítá neposouzení intenzity údajného porušení ZVZ v napadeném rozhodnutí, pak mu zdejší soud dává zapravdu; předseda žalovaného se této otázky v napadeném rozhodnutí nedotýká ani okrajově. Znakem skutkové podstaty podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ spočívajícím v podstatném ovlivnění nebo možném podstatném ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky se však důkladně zabýval žalovaný v bodech 126. až 128. odůvodnění prvostupňového rozhodnutí. Řízení v prvním stupni a řízení o rozkladu tvoří jeden celek (z konstantní judikatury např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27.2.2013, č.j. 6 Ads 134/2012-47) a eventuální mezery v odůvodnění rozhodnutí o rozkladu, které by za jiných okolností mohly způsobovat jeho nepřezkoumatelnost, lze zaplnit argumenty obsaženými již v rozhodnutí prvního stupně (z konstantní judikatury např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31.10.2014, č.j. 6 As 161/2013-25), a to tím spíše v situaci, kdy obě po sobě jdoucí rozhodnutí jsou vystavěna na témže argumentačním základu a opírají se o tentýž skutkový podklad a kdy žalobce prvostupňové závěry žalovaného o naplnění tohoto znaku skutkové podstaty v rozkladu konkrétně nenamítal. O vadu napadeného rozhodnutí tudíž nejde.
17. Žalobce dále namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí z důvodu nezohlednění příznivější pozdější právní úpravy. Ani tu zdejší soud se žalobcem nesouhlasí. Žalovaný se totiž v rámci odůvodnění prvostupňového rozhodnutí zabýval otázkou pozdější příznivější právní úpravy v bodech 58. a 143. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí se předseda žalovaného vypořádával s rozkladovou námitkou žalobce ohledně pozdější příznivější právní úpravy, konkrétně ohledně § 222 ZZVZ, v bodu 56. Zda jsou jeho závěry správné, již není otázkou přezkoumatelnosti, nýbrž zákonnosti napadeného rozhodnutí.
18. Z uvedených důvodů tedy napadené ani jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí žalovaného nepřezkoumatelným není.

V. b)

19. Žalobce zpochybňuje zahájení řízení na základě podnětu, aniž by byl za podnět uhrazen poplatek podle § 259 ZZVZ; to považuje za nezákonnost.
20. Podle § 259 odst. 1 ZZVZ za podání podnětu k zahájení správního řízení z moci úřední žalovaný od toho, kdo podnět podal, vybere poplatek ve výši 10 000 Kč za každou veřejnou zakázku, ve vztahu k jejímuž zadávání je v podnětu uvedeno pochybení. Podle § 259 odst. 3 ZZVZ

poplatek je splatný s podáním podnětu na účet žalovaného. Podle § 259 odst. 4 ZZVZ nebyl-li s podáním podnětu poplatek ve lhůtě dle odstavce 3 zaplacen, podnět se nevyřizuje. Podle § 259 odst. 5 ZZVZ se poplatek nevrací. Podle § 259 odst. 6 ZZVZ osvobození od poplatku ani prodloužení lhůty pro zaplacení poplatku není přípustné. Podle § 259 odst. 7 ZZVZ se zákon o správních poplatcích nepoužije.

21. Zdejší soud se k interpretaci a aplikaci § 259 ZZVZ vyjádřil již ve svém rozsudku ze dne 7.6.2017, č.j. 62 A 82/2017-169, v němž dospěl závěru, že „nevyřizováním“ podnětu se nerozumí, že by žalovaný „nemohl“ skutečnosti obsažené v podnětu samostatně či ve spojení s dalšími skutečnostmi zjištěnými v rámci výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek v nejširším smyslu využít v rámci své navazující činnosti, kupř. při úvahách ohledně zahájení řízení z moci úřední. Od tohoto názoru nemá zdejší soud důvod se nyní odchylovat, tím spíše ne, je-li stejného názoru i Nejvyšší správní soud (rozsudek ze dne 17.1.2019, č.j. 3 As 184/2017-73). „Nevyřizováním“ se tu podle zdejšího soudu tedy nerozumí „zákaz“ zabývat se skutečnostmi, jež jsou v podnětu uvedeny, tj. „zákaz“ zabývat se postupem příslušného zadavatele v rámci příslušné zadávací procedury z moci úřední; „nevřízení“ (resp. „nevřizování“) podnětu nemůže znamenat, že skutečnosti, na které bylo v podnětu, jenž nebyl „vyřízen“, poukázáno, mají zůstat navždy mimo dohled žalovaného, a to tím spíše, bylo-li by z nich indikováno porušení zadávacích pravidel. Naopak žalovaný je tu právě od toho, aby i sám, nad rámec veškerých návrhů a podnětů, vykonával trvalý a efektivní dozor v oblasti zadávání veřejných zakázek, přitom přijímání podnětů mu výkon této působnosti a pravomoci usnadňuje a zefektivňuje. Zpoplatnění podnětů ve smyslu § 259 ZZVZ na povinnostech žalovaného vykonávat efektivní výkon dohledu nad zadáváním veřejných zakázek – i bez podávání podnětů, stejně jako bez placení poplatků za podávané podněty – vůbec nic nemění; žalovaný je tu tedy v oblasti dohledu nad zadáváním veřejných zakázek i po účinnosti § 259 ZZVZ od toho, aby se zabýval veškerými indiciemi ohledně porušení zadávacích pravidel, ať už k příslušným zákonem předvídaným návrhům či ze své úřední povinnosti – a k tomu mu slouží i přijímání podnětů, ať už těch, které má formálně „vyřizovat“ (neboť jsou podány mimo jiné za podmínek stanovených v § 259 ZZVZ), nebo těch, které pro nedodržení pravidel podávaných z § 259 ZZVZ sice formálně „vyřizovat“ nemá, přesto se však mohou stát informačním základem navazujících skutkových zjištění ohledně možného porušení zadávacích pravidel.
22. „Nevyřizováním“ (bez splnění poplatkové povinnosti) ve smyslu § 259 odst. 4 ZZVZ se podle zdejšího soudu rozumí postup, v rámci něhož žalovaný nemusí na příslušný podnět reagovat takovým způsobem, jak předvídá § 42 správního řádu. Je-li tedy splněna podmínka hypotézy obsažené v § 259 odst. 4 ZZVZ, tj. nebyl-li s podáním podnětu poplatek zaplacen, „nevyřizuje“ žalovaný takový podnět ve vztahu k jeho podateli. Při splnění podmínky hypotézy obsažené v § 259 odst. 4 ZZVZ tudíž podateli podnětu nevzniká právo na to, aby mu žalovaný sdělil, zda řízení z moci úřední zahájil či zda (a z jakých důvodů) je nezahájil, jak by podateli jinak plynulo z § 42 správního řádu, neboť § 259 odst. 4 ZZVZ je ve vztahu k § 42 správního řádu právní normou speciální. Specialita, aniž by vedle toho musela být aplikace § 42 správního řádu výslovně vyloučena, podle zdejšího soudu tedy fakticky znamená, že žalovaný za splnění podmínky hypotézy § 259 odst. 4 ZZVZ nemá povinnost podnět „přijmout“ a poté s ním nakládat tak, jak předvídá obecná norma obsažená v § 42 správního řádu.
23. Proto z pohledu oprávněnosti žalovaného vést v nyní posuzované věci správní řízení není podstatné, zda „podání“ Policie České republiky k žalovanému bylo „kvalifikovaným“ podáním ve smyslu § 159a odst. 1 písm. a) trestního řádu nebo „pouhým“ podnětem ve smyslu § 259 ZZVZ, neboť žalovaný byl oprávněn zahájit správní řízení z moci úřední. Na uvedeném výkladu § 259 ZZVZ ničeho nemění ani žalobcem zmiňované záznamy z jednání Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky dokreslující legislativní genezi předmětného ustanovení ZZVZ či rozhovor s předsedou žalovaného v médiích. Takové materiály mohou za určitých okolností tvořit podpůrné argumenty pro interpretaci či aplikaci právních norem, nicméně v posuzované

věci by vedly k absurdním závěrům spočívajícím zejména v přiznání legitimacy „zablokovat“ činnost žalovaného ve vztahu ke konkrétnímu postupu zadavatele podáním podnětu a neuhrazením poplatku. Pokud žalobce spatřuje smysl § 259 ZZVZ v ochraně oprávněných zájmů zadavatelů, jejichž činnost při zadávání veřejných zakázek „nemá být neustále zpochybňována“, pak ani v tomto směru mu zdejší soud nedává zapravdu. Účelem předmětného ustanovení – třebaže má zdejší soud určité pochybnosti ohledně jeho odůvodněnosti, korektnosti a obecné bezvýhradné přijatelnosti – mělo být „odbřemenění“ žalovaného a nikoliv zadavatelů od možného přezkumu zadávacích procedur, resp. povinností, které se pro ně z povinných zadávacích procedur vyplývají.

24. Správní řízení tedy bylo zahájeno v souladu s právními předpisy, důkazy v něm shromážděné nelze z důvodu nezákonného zahájení řízení hodnotit jako nezákonné, resp. získané či provedené v rozporu se zákonem, a tudíž nepoužitelné, a napadené rozhodnutí je v tomto ohledu i rozhodnutím přezkoumatelným, neboť předseda žalovaného se rozkladové argumentaci žalobce vztahující se k porušení § 259 ZZVZ vyjádřil v bodech 16. až 22. napadeného rozhodnutí.

V. c)

25. Žalobce dále namítá nezákonnost napadeného rozhodnutí z důvodu nezohlednění pozdější příznivější právní úpravy, konkrétně § 222 ZZVZ, který upravuje změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, neboť na zadání předmětné veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění je možné nahlížet jako na změnu původního závazku ve smyslu § 222 ZZVZ.
26. Žalobce byl shledán vinným ze spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že při zadávání předmětné veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění porušil § 21 odst. 2 ZVZ, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. Předmětem původní smlouvy byl podle jejího čl. 2 „závazek zhotovitele vytvořit pro objednatel dílo, a to vytvořit Informační systém auditního orgánu (dále též „ISAO“),...“. Předmětem smlouvy uzavřené v rámci jednacího řízení bez uveřejnění je podle jejího čl. 2 „závazek zhotovitele zajistit realizaci úprav v informačním systému Auditního orgánu (dále jen „ISAO“) ...“.
27. Nelze tak přisvědčit názoru žalovaného, podle něhož se v dané věci nejedná o změnu závazku z původní smlouvy, nýbrž vzniká závazek zcela nový, neboť z citovaných pasáží obou smluv vyplývá, že účelem „navazující“ smlouvy bylo upravit – tedy změnit – závazek z původní smlouvy o dílo. V úvahu tak – jako pro žalobce příznivější pozdější právní úprava – přichází aplikace § 222 odst. 4, 5 nebo 6 ZZVZ, kde jsou stanoveny podmínky, za kterých může být závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku dodatečně, a to i opakovaně, měněn, aniž by se jednalo o podstatnou změnu smlouvy a aniž by tato změna musela být výsledkem samostatného zadávacího řízení (§ 222 odst. 1 ZZVZ).
28. Podle § 222 odst. 4 ZZVZ se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je a) nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a b) nižší než 10 % původní hodnoty závazku. Pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnot všech těchto změn. Podle § 222 odst. 5 ZZVZ se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažují dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou nezbytné a změna v osobě dodavatele a) není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení, b) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů a c) hodnota dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno

více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce. Podle § 222 odst. 6 ZZVZ se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna, a) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, b) nemění celkovou povahu veřejné zakázky a c) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce. Změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 odst. 5 a 6 ZZVZ jsou současně limitovány pravidlem podle § 222 odst. 9 ZZVZ, podle kterého se pro účely výpočtu hodnoty změny nebo cenového nárůstu původní hodnotou závazku rozumí cena sjednaná ve smlouvě na veřejnou zakázku upravená v souladu s ustanoveními o změně ceny, obsahuje-li smlouva na veřejnou zakázku taková ustanovení. Celkový cenový nárůst související se změnami podle odstavců 5 a 6 při odečtení stavebních prací, služeb nebo dodávek, které nebyly s ohledem na tyto změny realizovány, nesmí přesáhnout 30 % původní hodnoty závazku.

29. Ze správního spisu se podává, že žalobce v rámci zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku „Vytvoření informačního systému auditního orgánu – IS AO“, jejíž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 9.5.2008 pod ev. č. zakázky 60017618, uzavřel dne 5.5.2008 smlouvu o dílo na zajištění vývoje a implementace Informačního systému Auditního orgánu a smlouvu o metodické a technické podpoře Informačního systému Auditního orgánu se společností ASD Software. Dohodnutá celková cena za zhotovení díla byla podle této původní smlouvy 4 581 500 Kč. V navazující smlouvě o dílo uzavřené dne 30.1.2014 v jednacím řízení bez uveřejnění činila dohodnutá celková cena za zhotovení díla 8 104 580 Kč, přičemž dodatkem č. 1 k této smlouvě ze dne 22.8.2014 a dodatkem č. 2 k této smlouvě ze dne 3.4.2015 došlo ke snížení celkové ceny díla na 6 788 100 Kč.
30. Z uvedeného vyplývá, že závazek ze smlouvy o dílo ze dne 30.1.2014 – i po jeho změnách provedených oběma dodatky – výrazně překročil finanční limity pro tzv. nepodstatnou změnu smlouvy stanovené v ZZVZ, a to jak ve vztahu k tzv. změnám *de minimis* podle § 222 odst. 4 ZZVZ, tak ve vztahu ke změnám podle § 222 odst. 5 a 6 ZZVZ při současné limitaci celkového cenového nárůstu souvisejícího s těmito změnami podle § 222 odst. 9 ZZVZ. Finanční limity byly překročeny i v případě kombinace změny *de minimis* podle § 222 odst. 4 ZZVZ a změn podle § 222 odst. 5 a 6 ZZVZ se zohledněním § 222 odst. 9 ZZVZ. Pak by se ve smyslu ZZVZ nemohlo jednat o tzv. změnu nepodstatnou, na kterou by možnost změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku (tj. původně uzavřené smlouvy) podle § 222 ZZVZ mohla dopadat. Pravidla podle § 222 ZZVZ by již z tohoto důvodu byla neaplikovatelná. Ani v tomto ohledu tedy nedává zdejší soud žalobci za pravdu.

V. d)

31. Žalobce v žalobě dále namítá, že žalovaný v řízení obrátil důkazní břemeno v neprospěch žalobce bez zákonné opory, v rozporu se základními zásadami správního řízení a judikaturou Nejvyššího správního soudu vztahující se k sankčním správním řízením.
32. Zdejší soud k této části žalobní argumentace nutně vychází z toho, že na základě aplikace zásady legality zakotvené v § 2 odst. 1 správního řádu postupuje správní orgán v souladu se zákony a ostatními právními předpisy, jakož i mezinárodními smlouvami, které jsou součástí právního řádu. Podle zásady materiální pravdy (§ 3 správního řádu) nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu. Zvláštní důraz na důkladné zjištění skutkového stavu je pak třeba klást v rámci řízení o potrestání za správní delikt (přestupek) zahajovaného z úřední povinnosti (z konstantní judikatury např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30.12.2010, č.j. 4 Ads 44/2010-132). Je třeba poukázat rovněž na aplikovatelnost zásady vyšetřovací ve smyslu § 50 odst. 3 věty druhé správního řádu, podle níž v řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, je správní

orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena.

33. V řízeních, v nichž má být z moci úřední uložena povinnost (jako je tomu v nyní posuzované věci), která jsou ovládána výlučně zásadou vyšetřovací, je správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena, přičemž je to právě správní orgán, který nese odpovědnost za řádné soustředění podkladů pro rozhodnutí a případně i odpovědnost za nesplnění této povinnosti (z konstantní judikatury např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 30.6.2011, č.j. 2 As 78/2010-49, ze dne 18.1.2018, č.j. 7 Azs 385/2017-29, ze dne 31.7.2007, č.j. 4 Azs 44/2007-124, ze dne 27.12.2011, č.j. 7 As 82/2011-81, ze dne 24.6.2013, č.j. 5 As 160/2012-44, ze dne 7.4.2011, č.j. 5 As 7/2011-48, ze dne 19.6.2014, č.j. 2 As 52/2013-69). Tuto povinnost však může zvláštní právní úprava ze správního orgánu sejmout tím, že stanoví, že důkazní břemeno ohledně okolností svědčících ve prospěch toho, komu má být povinnost uložena, nese právě tato osoba a nikoli správní orgán (např. § 10 odst. 1 zákona č. 311/2006 Sb., o pohonných hmotách a čerpacích stanicích pohonných hmot a o změně některých souvisejících zákonů). ZVZ ani žádný jiný na věc použitelný právní předpis však nic takového pro řízení před žalovaným nestanoví.
34. Žalovaný – na první pohled odlišně od právě uvedených východisek – v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí zastává názor, že „...*důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na obviněném, jebož povinností je, aby doložil, že jednacím řízením bez uveřejnění bylo v okamžiku zahájení zadávání veřejné zakázky jedinou možnou variantou, jak předmět veřejné zakázky zadat, a že předmět takto zadané zakázky nemohl být zadán v jiném druhu zadávacího řízení, které je oproti jednacím řízením bez uveřejnění z podstaty transparentnější. Dochází tak k vyjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na zadavatele. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě zadavatel, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem...*“; k čemuž žalovaný dále dodává, že „...*povinnost zjištění skutkového stavu věci Úřadu se s ohledem na obrácené důkazní břemeno v souvislosti s doložením podmínek opravňujících použití jednacím řízením bez uveřejnění vztahuje na zjištění, zda obviněný toto důkazní břemeno unesl...*“. To žalovaný opírá o rozsudky Soudního dvora Evropské unie a tuzemských správních soudů (především body 71. a 72. prvostupňového rozhodnutí a body 27., 28. a 32. napadeného druhostupňového rozhodnutí).
35. Zdejší soud je s judikaturou Soudního dvora Evropské unie (žalovaným zmiňované rozsudky ze 10.3.1987, C-199/85, ze dne 28.3.1996, C-318/94, ze dne 14.9.2004, C-385/02, ze dne 18.5.1995, C-57/94, a nadto i rozsudky ze dne 17.11.1993, C-71/92, ze dne 10.4.2003, C-20/01, ze dne 10.4.2003, C-28/01) i tuzemských správních soudů (rozsudky zdejšího soudu ze dne 3.10.2013, č.j. 62 Af 48/2012-160, ze dne 13.1.2015, č.j. 62 Af 95/2013-74, ze dne 10.7.2014, č.j. 62 Af 93/2013-34, ze dne 28.6.2017, č.j. 31 Af 35/2015-80, a rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25.11.2015, č.j. 3 As 18/2015-32, ze dne 31.8.2015, č.j. 8 As 149/2014-68, a ze dne 11.1.2013, č.j. 5 Afs 42/2012-53), podle nichž důkazní břemeno ohledně existence okolností opravňujících k použití jednacím řízením bez uveřejnění leží na tom, kdo se jich dovolává, dobře seznámen a nemá v nejmenším úmyslu se od této judikatury v nyní posuzované věci jakkoli odchýlovat.
36. Současně však zdejší soud – pokud jde o naplnění právě uvedených východisek – nemůže přehlédnout chronologický vývoj právního názoru žalovaného na tuto otázku. Zdejšímu soudu je z jeho činnosti známo, že žalovaný, který tehdy vycházel v zásadě výhradně z judikatury Soudního dvora Evropské unie, ve svém rozhodnutí ze dne 21.2.2012, č.j. ÚOHS-R215/2011/VZ-3094/2012/310/JSI/ASc, mimo jiné uvedl, že „...*při použití jednacím řízením bez uveřejnění se uplatňují dvě hlavní zásady. Zaprvé nelze právní úpravu jednacím řízením bez uveřejnění vykládat jinak než striktně Zadruhé, je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro jeho použití (tamtéž)...*“. V rozhodnutí ze dne 12.4.2012, č.j. ÚOHS-S364/2011/VZ-

4144/2012/540/PVé, žalovaný konstatoval, že „...[j]e na zadavateli, aby prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. V neposlední řadě je zadavatel rovněž povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná...“. V rozhodnutí ze dne 29.9.2016, č.j. ÚOHS-R0064/2016/VZ-39883/2016/323/KKŘ, již žalovaný zaujal – podle zdejšího soudu – citelně přísnější postoj, když uvedl, že postavení zadavatele „...je v důsledku přesunu důkazního břemene na jeho osobu do jisté míry oslabeno, resp. je mu ztížena obrana před orgánem dohledu. To však ničehož nemění na tom, že k takovému „zátížení“ zadavatele došlo „vědomě“, jako logický následek restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění...“. V naposledy citovaném rozhodnutí žalovaný dále uvedl, že „...[ú]řad přitom zcela jistě není povinen jakkoliv vyvracet tvrzení zadavatele o neporušení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť je to zadavatel, koho stihá povinnost tato tvrzení prokázat, a pokud je není schopen prokázat, pak se má za to, že v souladu se zákonem nepostupoval. Přísnost takové konstrukce je pak mimo jiné dána právě snahou o eliminaci používání tohoto druhu zadávacího řízení, a to v zájmu zachování co nejvíce transparentní hospodářské soutěže...“. Názorová evoluce, jež je patrna z právě uvedených rozhodnutí žalovaného a jež nakonec vyústila v právní názor, na němž je založeno nyní napadené rozhodnutí, však podle zdejšího soudu již ve výsledku překračuje východiska a závěry obsažené ve shora citované judikatuře. Přijmout bez výhrad pohled promítající se v nyní napadeném rozhodnutí, jenž je založen na „absolutním“ přenosu důkazního břemena na zadavatele, by znamenalo popřít zásady správního řízení trestní (sankční) povahy, a to bez jakékoli zákonné opory.

37. Řízení o přezkumu úkonů zadavatele spočívajících v zadávání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění má, stejně jako tento druh zadávacího řízení samotný, určitá specifika. Jedním z nich je, že zadavatel může tento druh zadávacího řízení použít pouze v případě, že jsou splněny zákonné podmínky podle § 23 ZVZ, resp. § 63 až 66 ZZVZ, přičemž tyto podmínky musejí být splněny k okamžiku zahájení jednacího řízení bez uveřejnění – jinak by takto zadavatel postupovat nemohl a jinak by o možnosti takto postupovat zadavatel nemohl ani vědět. Postupuje-li zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění, činí tak proto, že má k okamžiku zahájení tohoto zadávacího řízení za postavené najisto, že jsou na jeho straně dány konkrétní specifické důvody (odpovídající právě § 23 ZVZ, resp. § 63 až 66 ZZVZ), jež také zadavatel sám je schopen konkrétně pojmenovat – a to v okamžiku, kdy k jednacímu řízení bez uveřejnění přistoupí, a samozřejmě shodně kdykoli v budoucnu, bude-li třeba volbu jednacího řízení bez uveřejnění obhajovat. Volí-li zadavatel výjimečný postup, jenž spočívá v uzavření smlouvy na veřejnou zakázku bez jakéhokoli nutného uveřejnění (odtud „jednacím řízení bez uveřejnění“), tedy bez reálné možnosti dodavatelů získat povědomí o zadávané veřejné zakázce, je to tedy právě on, kdo musí mít před zahájením takového postupu postaveno najisto, že jsou pro to naplněny konkrétní důvody. „Za zadavatele“ tedy takové důvody vskutku nikdo (ani žalovaný) sám domýšlet nemůže, jednoduše již proto, že konkrétní okolnosti na straně zadavatele zpravidla nemůže znát. Právě tato skutečnost (coby možné specifikum) nachází svůj odraz v konkrétních možnostech aktivity žalovaného ve správním řízení a je také důvodem shora uvedenou judikaturou (unijní i tuzemskou) dovozované povinnosti zadavatele být co do sdělení konkrétních důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění ve vztahu k žalovanému aktivní. Logicky věcně omezené možnosti aktivity žalovaného ohledně odhalování skutečných konkrétních důvodů na straně zadavatele pro použití jednacího řízení bez uveřejnění se však nemohou rovnat absolutní pasivitě.
38. S ohledem na charakter jednacího řízení bez uveřejnění jako jedné z výjimek z jinak povinného použití „otevřenějších“ zadávacích řízení, jak bylo opakovaně dovozeno shora citovanou judikaturou (formálně sice podle ZVZ ani podle ZZVZ nejde o „výjimku“, materiálně však jednacím řízení bez uveřejnění „výjimkou“ z jinak povinného použití „otevřenějších“ zadávacích řízení je), je na zadavateli, aby v případě zahájení přezkumného řízení žalovanému nejen tvrdil,

že podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění byly splněny, nýbrž současně v souladu s § 52 správního řádu důsledně (a při použití jednacího řízení bez uveřejnění o to důsledněji) splnil svoji povinnost označit důkazy na podporu svých tvrzení ohledně oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění. Na žalovaném pak je, aby tyto důkazy provedl a učinil závěr, zda z takto provedených důkazů naplnění konkrétních důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění v konkrétní zadavatelské situaci plyne či nikoli.

39. Obecná zákonná i judikatorní východiska ohledně povahy a nositele důkazního břemena, resp. zásady vyšetřovací v sankčních správních řízeních, tak nejsou prolamována nikterak principiálně, pouze musí být zohledněno, že žalovaný v přezkumných řízeních týkajících se oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění nemůže rozhodovat o oprávněnosti konkrétních a přesně k proběhlému jednacímu řízení bez uveřejnění se vážících důvodů, aniž by je měl do všech nezbytných detailů od zadavatele předestřeny. Logicky pak nemůže žalovaný za zadavatele domýšlet eventuální další důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, než na které se v dostatečné míře konkrétnosti spolu s označením důkazů na podporu svých tvrzení odvolává sám zadavatel, neboť žalovaný jeho konkrétní zadavatelskou situaci jednoduše nezná. Není tedy možné – a právě takto zdejší soud rozumí shora vyjmenované judikatuře – aby zadavatel, který využil výjimky z jinak „otevřenějších“ druhů zadávacích řízení na základě potenciálního splnění zákonných podmínek pro použití jednacího řízení, v přezkumném řízení žalovanému předložil toliko dokumentaci o veřejné zakázce a ve zbytku byl zcela pasivní s odkazem na potřebu respektu k pravidlům o uplatnění zásady vyšetřovací. Teprve na základě aktivity zadavatele při sdělení konkrétních důvodů, pro které k jednacímu řízení přistoupil, je na žalovaném, aby posoudil, zda byly splněny zákonné podmínky, přičemž splnění zákonných podmínek musí zadavatel nejen tvrdit, nýbrž i v souladu s § 52 správního řádu označit důkazy na podporu svých tvrzení – nemůže tak být pouze pasivní.
40. Z uvedeného tedy zdejší soud dovozuje, že žalovaný nemá povinnost skutečnosti, resp. důvody, které zadavatele opravňovaly k zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, sám vyhledávat – to by bylo v mnoha případech nejen složité, nýbrž mnohdy i nemožné, a mělo by to za následek faktické znemožnění přezkumu zadávání veřejných zakázek prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění. Podle zdejšího soudu se – záměrně velmi zjednodušeně řečeno – může ve vztahu k přezkumu postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění uplatnit konstrukce obdobná jako v případě trestného činu nevedení účetnictvím podle § 254 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku; i v tomto případě musí ten, kdo je k tomu ze zákona povinen, předložit účetnictví, jinak bude shledán vinným ze spáchání trestného činu, aniž by orgány činné v trestním řízení musely účetnictví dohledávat a prokazovat tak jeho neexistenci.
41. Na splnění povinnosti zadavatele konkrétní důvody pro použití jednacího řízení tvrdit a navrhnout důkazy k prokázání těchto tvrzení pak navazuje nutná aktivita žalovaného. Pokud zadavatel v přezkumném řízení splní povinnost uloženou mu § 52 správního řádu a označí důkazy na podporu svých tvrzení o splnění konkrétních podmínek opravňujících jej zadat veřejnou zakázku prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, je jistě na žalovaném, aby označené důkazy eventuálně opatřil, především je pak provedl a konečně je podle své úvahy hodnotil. To respektování zásady vyšetřovací odpovídá. Tyto závěry vyplývají zdejšímu soudu i z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30.5.2014, č.j. 5 Afs 48/2013-272, kde kasační soud konstatoval, že „...*důkazní břemeno splnění zákonných podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění stíhá zadavatele, a orgán dohledu by tak v tomto směru rozhodně neměl akceptovat jeho naprostou důkazní pasivitu (tu v nyní souzené věci zadavatelé spravedlivě vytýkat nelze, neboť na jeho popud vypracovaná odborná stanoviska, i přes konstatované nedostatky, svědčí minimálně o snaze důkazní břemeno unést); na druhou stranu ovšem lze připustit, aby orgán dohledu podle potřeby doplnil důkazy sám, a to zejména tam, kde dospěl k důvodným pochybnostem o použitelnosti důkazních prostředků předložených účastníky...*“, a dále pak z rozsudku zdejšího soudu ze dne 28.6.2017, č.j. 31 Af 35/2015-80, kde zdejší soud uvedl,

že „...*důkazní břemeno žalovaného stíhá tehdy, pokud chce zpochybnit skutečnosti, u kterých unesl své důkazní břemeno zadavatel...*“. Závěr ohledně neunesení důkazního břemena tak přichází v úvahu toliko v situaci, kdy zadavatel na podporu svých tvrzení ohledně naplnění podmínek opravňujících jej k použití jednacího řízení bez uveřejnění neoznačí žádné relevantní důkazy anebo kdy provedením důkazů se tvrzení zadavatele ohledně splnění podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění nepotvrdí.

42. V posuzované věci žalovaný vyzval žalobce výzvou ze dne 1.3.2017 zejména k zaslání dokumentace k veřejné zakázce, písemného vyjádření k obsahu podnětu a souvisejícího zdůvodnění použití jednacího řízení bez uveřejnění. Žalobce na tuto výzvu relativně stručně a obecně reagoval písemností ze dne 13.3.2017. Žalovaný následně žalobci zaslal výzvu k doplnění jeho stanoviska ze dne 12.6.2017, které mimo jiné požadoval prokázání splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění a důvodů, pro které žalobce nemohl rozumně předpokládat potřebu zadání předmětné veřejné zakázky, resp. potřebu realizace určitých úprav předmětného informačního systému, již v době, kdy byl tento informační systém vytvářen. Žalobce k tomu v doplnění stanoviska ze dne 20.6.2017 uvedl, že jako zadavatel v době, kdy uzavíral původní smlouvu, tj. dne 5.5.2008, nepředpokládal, že by v budoucnu mohlo dojít ke změnám, neboť tyto změny byly vyvolány objektivními okolnostmi – vydáním nových zákonných norem a novelizací v té době platných zákonů. Žalovaný následně zahájil správní řízení. V rámci správního řízení, v reakci na usnesení žalovaného ze dne 1.8.2017, kterým byla žalobci stanovena lhůta, ve které je oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, žalobce ve vyjádření ze dne 8.8.2017 uvedl, že „...*v době zadání původní veřejné zakázky v otevřeném řízení, jehož vyústěním bylo uzavření Smlouvy o dílo č. 332/059/2008 dne 5.5.2008, nemělo povědomí o potřebě zadání dalších veřejných zakázek pro účely úpravy ISAO vytvořeného dle předmětné smlouvy o dílo. V té době nebylo možné předvíkat další externí vlivy, které budou mít dopad na požadavek pro rozsáhlé změny v aplikaci a tím i nutnost uzavřít následně smlouvy v rámci JŘBU, zejména v důsledku změn v legislativě EU a také na základě auditu EK, jež vyústilo v Globální akční plán (GAP)...*“. K tomu žalobce dále ve vyjádření odkázal na konkrétní právní dokumenty, o které citované závěry opírá. Ze strany žalovaného následovalo vydání usnesení ze dne 21.8.2017, kterým byla žalobci stanovena lhůta pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí žalovaným, a relativně stručně vyjádření žalobce ze dne 29.8.2017. Za tohoto stavu žalovaný vydal prvostupňové rozhodnutí, kterým mimo jiné konstatoval neunesení důkazního břemena ze strany žalobce.
43. Zdejší soud při svém původním rozhodování dospěl k závěru, že žalovaný (konkrétní) skutečnosti uváděné žalobcem, které údajně nemohl při zadávání původní veřejné zakázky předvídat a které potřebu následných změn, a tedy zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, iniciovaly, dostatečně nevypořádal, čímž zatížil napadené rozhodnutí vadou nepřezkoumatelnosti.
44. Nejvyšší správní soud se ve zrušovacím rozsudku s tímto názorem neztotožnil a naopak konstatoval, že byť žalovaný na poměrně podrobná konkrétní tvrzení žalobce reagoval spíše stručně, žalobce i přes splnění povinnosti tvrzení (vůbec) neprokázal skutečnost, že nemohl rozumně předpokládat potřebu zadání předmětné veřejné zakázky, resp. potřebu realizace určitých úprav předmětného informačního systému – tedy naplnění „materiální“ podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Ani tato námitka tak není důvodná.
45. Uvedený (dílčí) závěr nicméně v kontextu celého zrušovacího rozsudku Nejvyššího správního soudu v této věci (č.j. 10 As 344/2019-60 ze dne 31.3.2021) není rozhodující, neboť Nejvyšší správní soud uzavřel, že „[ž]alobkyně tak neprokázala ani zvláštní autorskoprávní a technické důvody, ani to, že v roce 2008 nemohla předvídat potřebu zásadních změn informačního systému (ačkoliv všechny tyto okolnosti detailně tvrdila.“ Byť tedy zdejší soud měl v původním rozsudku za to, že autorskoprávní ochrana plyne z čl. 11 odst. 1 „Smlouvy o dílo, Další rozvoj ISAO III“ ze dne 30.1.2014 (str. 22 žaloby) a není proto o její existenci sporu, Nejvyšší správní soud zaujal odlišný – pro zdejší soud závazný – právní názor. V souladu s tímto názorem zdejšímu soudu nezbyvá než uzavřít, že

žalobce neprokázal naplnění již formálních podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, tedy existenci technických důvodů nebo důvod ochrany výhradních (autorských) práv podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. Z tohoto důvodu nemůže být úspěšná ani žalobní námitka ohledně nutnosti posuzovat chování žalobce z hlediska hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti vynakládání veřejných prostředků, byť může ve zvoleném kontextu dobře sledovat jeden z cílů samotného ZVZ, resp. ZZVZ, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky (např. rozsudky Nejvyššího správního soudu č.j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11.1.2013 nebo č.j. 5 Afs 43/2012-54 ze dne 11.1.2013).

V. e)

46. K dalším relativně odděleným žalobními bodům zdejší soud uvádí následující.
47. Pokud jde o námitku žalobce směřující proti vadám výroku I. prvostupňového rozhodnutí, pak mu zdejší soud v tomto ohledu nedává zapravdu. Touto žalobní námitkou napadenou částí výroku I. prvostupňového rozhodnutí žalovaný konstatoval, že žalobce „... porušil ustanovení § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, neboť neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč ...“. Takto formulovaný výrok obsahuje veškeré zákonem požadované náležitosti výroku o spáchání správního deliktu (přestupku). Uvedení skutečnosti, že účastník řízení (žalobce) „neprokázal“ (tedy k tomu, co měl prokázat, neunesl důkazní břemeno), mělo-li by to oporu ve skutkových zjištěních a navazujícím právním hodnocení, by podle zdejšího soudu nepředstavovalo žádnou vadu. Vyjadřovalo by to závěr, podle něhož se účastníkovi řízení (žalobci) nepodařilo úspěšně se dovolat konkrétních důvodů, jež jej k použití jednacího řízení vedly (a jichž se – podle shora uvedené unijní i tuzemské judikatury – musel dovolávat právě on sám).
48. Žalobci nelze přisvědčit ani v tom, že z takto formulovaného výroku není zřejmé, kdy ke spáchání protiprávního jednání došlo, neboť je zřejmé, že se jedná o okamžik zadání předmětné veřejné zakázky – k tomu okamžiku byly podle žalovaného naplněny znaky skutkové podstaty podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.
49. Ani žalobní námitce ohledně absence poučení o „obrácení důkazního břemena“ zdejší soud nemůže přisvědčit, neboť povinnost, která stíhá zadavatele v řízení o přezkumu zadávání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, spočívá v označení důkazů na podporu jeho tvrzení v souladu s § 52 správního řádu, přičemž zákon neukládá správnímu orgánu – tu žalovanému – povinnost účastníka řízení o této skutečnosti poučovat.
50. Žalobce dále napadá závěry žalovaného obsažené především v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí, podle kterých „[v] právě projednávaném případě obviněný neosvědčil, že jsou dány důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, které by posoudil již před rozhodnutím o použití jednacího řízení bez uveřejnění. Analýzy předložené obviněným jsou datovány vždy až po datu zahájení zadávacího řízení (viz stanovisko Odboru právního Ministerstva financí ze dne 29. 9. 2014, stanovisko odboru 52 Ministerstva financí – Auditní orgán, ze dne 9. 9. 2016).“.
51. Názoru žalobce, že neexistuje obecný zákaz argumentovat pro oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění i podklady vzniklémi po zahájení zadávacího řízení, dává zdejší soud za pravdu. Okamžik pořízení důkazních prostředků není v tomto smyslu ZZVZ (ani ZVZ) ani jiným zákonem limitován; žalobce byl oprávněn dovolávat se na podporu svého tvrzení ohledně oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění všech údajů a skutečností, které by mohly podle jeho názoru přispět ke zjištění stavu věci. Žalobcem označené důkazy nicméně musely prokazovat splnění zákonných podmínek opravňujících žalobce zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění před zahájením samotného zadávacího řízení, resp. v okamžiku jeho zahájení. Právě proto, že později pořízenými a žalobcem označenými důkazy mají být

prokázány skutečnosti, které musely nastat v minulosti – před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění, resp. v okamžiku jeho zahájení – může být reálná možnost prokázání těchto skutečností pomocí takových důkazů spíše výjimkou, nelze to však a priori považovat za nemožné. Především tato omezená možnost zpětně prokazovat naplnění podmínek, od jejichž naplnění zadavatel odvozoval oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění v době, kdy toto zadávací řízení zahajoval, se vztahuje na expertní (především technické) posudky různého druhu; ty by totiž měl zadavatel primárně pořídit před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění, právě proto, aby na jejich základě mohl kvalifikovaně posoudit, zda jsou zákonné podmínky pro jeho použití naplněny či nikoli. Přípustnost důkazů pořízených až po okamžiku zahájení jednacího řízení bez uveřejnění, z nichž mohou plynout skutková zjištění ve prospěch oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, ostatně vyplývá mimo jiné z rozsudku zdejšího soudu č.j. 62 Af 95/2013-74 ze dne 13.1.2015; tam se zdejší soud takovými důkazy zabýval a hodnotil je, aniž by je pokládal za a priori nepřijatelné. Žalovanému přitom tento postoj zdejšího soudu musí být znám, neboť byl účastníkem uvedeného řízení před zdejším soudem.

52. I přes shora prezentované závěry zdejšího soudu však v souladu s názorem Nejvyššího správního soudu vysloveného ve zrušovacím rozsudku č.j. 10 As 344/2019-60 ze dne 31.3.2021 žalobce naplnění důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění toliko (byť detailně) tvrdil, avšak neprokázal.
53. Pokud jde o žalobcem předložené stanovisko Auditního orgánu Ministerstva financí ze dne 9.9.2016, tak tím se žalovaný zabýval (bod 35. napadeného rozhodnutí); dovedl jeho neobjektivitu, neboť si tu žalobce podle žalovaného „sám sobě“ odůvodňoval správnost svého postupu. Pokud jde o neprovedení důkazu znaleckým posudkem, pak se žalovaným lze souhlasit v tom ohledu, že nemusel provádět důkaz znaleckým posudkem k otázkám právním, ani nebylo na žalovaném, aby si znalecké posudky opatroval sám; je to vskutku jen žalobce coby zadavatel, který na podporu svých konkrétních tvrzení o důvodech použití jednacího řízení bez uveřejnění musí označit konkrétní důkazy (byť by šlo o důkazy z doby po zahájení zadávacího řízení).

V. f)

54. Žalobce také brojí proti výši a samotnému odůvodnění uložené pokuty.
55. Pokud žalobce namítá, že je rozhodnutí o rozkladu v části ukládající pokutu nepřezkoumatelné, nemůže s ním zdejší soud souhlasit. Předseda žalovaného se správností prvostupňového rozhodnutí zabývá v rámci namítaných rozkladových námitek. Pokud pak žalobce v rozkladu pochybení při aplikaci zásady absorpce nenamítal, nemůže předsedovi žalovaného nyní vyčítat, že se touto otázkou nezabýval.
56. Tvrdí-li žalobce, že žalovaný v rámci trestání nesprávně aplikoval zásadu absorpce, je třeba s ním souhlasit. Ostatně i žalovaný ve svém vyjádření k žalobě toto pochybení přiznává a připouští, že ve věci vedené pod sp.zn. ÚOHS S-491/2014/VZ nevystupoval žalobce jako obviněný z přestupku a nejedná se tedy o souběh přestupků. Ve věci nyní posuzované tedy nebylo namíste postupovat podle zásady absorpce při ukládání trestu. Na druhou stranu je třeba souhlasit i se žalovaným, že toto pochybení v daném případě nijak nezasáhlo do žalobcových práv, neboť žalovaný zásadu absorpce aplikoval tak, že do ukládané pokuty nyní zahrnul pokutu (100 000 Kč) uloženou ve věci vedené pod sp.zn. ÚOHS S-491/2014/VZ (bod 150 prvostupňového rozhodnutí). Žalobci byl tedy tento způsob aplikace absorpční zásady ku prospěchu, neboť žalovaný uložil nyní napadeným rozhodnutím fakticky pokutu nižší, než měl původně v úmyslu. Byť tedy žalovaný při aplikaci absorpční zásady pochybil, nejednalo se o pochybení, pro které by soud mohl napadené rozhodnutí zrušit.
57. Se žalobcem zdejší soud nesouhlasí ani v tom ohledu, že by uložená pokuta představovala excesivní vybočení z praxe žalovaného v neprospěch žalobce. Ze samotného porovnávání výše uložených pokut v různých věcech nelze žádné vybočení zpravidla dovozovat, neboť úvaha o

výši pokuty je úvahou individuální, jež může být založena i na přesvědčení o správnosti postupného (průběžného) navyšování výše pokut. Dovožovat porušení zásady obdobného zacházení v obdobných věcech výlučně na základě porovnání procentní výše ve vztahu k maximálnímu možnému potrestání zdejší soud nehodlá. Byla-li pokuta uložena ve výši 250 000 Kč v situaci, kdy horní hranice pokuty dosahovala cca 810 000 Kč, přitom žalobce byl trestán za to, že žádné „otevřené“ zadávací řízení vůbec neproběhlo, pak se žalobce nemůže oprávněně dovolávat příznivějšího zacházení. Že pokuta není pro žalobce likvidační, je bez dalšího nasnadě.

58. Nedovodil-li zdejší soud nepřiměřenost uložené pokuty, tím spíše ji nepovažuje za zjevně nepřiměřenou. Pouze v takovém případě by mohl zdejší soud podle § 78 odst. 2 s.ř.s. přistoupit k *in eventum* navrhané moderaci. Proto zdejší soud k moderaci nepřistoupil.

V. g)

59. Zdejší soud ze shora uvedených důvodů dospěl k závěru, že žalovaný aplikoval správný právní předpis, v jeho mezích správnou právní normu, přitom pochybení, jež by mělo vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, se nedopustil ani při její aplikaci na zjištěný skutkový stav. Soud tak neshledal žádný z uplatněných žalobních bodů důvodným a nad rámec těchto uplatněných žalobních bodů nezjistil žádnou vadu, jež by atakovala zákonnost napadeného rozhodnutí a k níž by musel přihlížet z úřední povinnosti. Soud tedy žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

VI. Náklady řízení

60. Soud rozhodl o nákladech řízení účastníků podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, a proto mu nenáleží právo na náhradu nákladů řízení, to by náleželo procesně úspěšnému žalovanému. Zdejší soud však nezjistil, že by žalovanému v souvislosti s řízením vznikly náklady přesahující rámec jeho běžné úřední činnosti, proto mu náhrada nákladů řízení nebyla přiznána.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s.ř.s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 3.6.2021

Petr Šebek v.r.
předseda senátu