UOHSX00ASXUB

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0207/2017/VZ-02961/2018/323/PMo Brno 30. ledna 2018

V řízení o rozkladu ze dne 9. 11. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **Česká republika – Ministerstvo financí**, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 10 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0356/2017/VZ-31319/2017/513/IHl ze dne 25. 10. 2017 vydanému ve věci možného spáchání přestupku obviněným podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů při zadávání veřejné zakázky s názvem **„Zajištění podpory a provozu IS ARES“** v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) tohoto zákona, zahájeném odesláním výzvy k jednání ze dne 17. 7. 2013, přičemž formulář Oznámení o zadání zakázky byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 12. 9. 2013 pod ev. č. 205553 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 9. 2013 pod ev. č. 2013/S 179-309586,

jsem podle 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0356/2017/VZ-31319/2017/513/IHl ze dne 25. 10. 2017

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Výzvou k jednání ze dne 17. 7. 2013 vyzval obviněný – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 10 Praha 1, (dále jako „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) – vybraného uchazeče – společnost Asseco Central Europe, a .s., IČO 27074358, se sídlem Budějovická 778/3a, 140 00 Praha 4, (dále jako „**vybraný uchazeč**“) – k jednání za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Zajištění podpory a provozu IS ARES“ postupem v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jako „**JŘBU**“), jehož oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 12. 9. 2013 pod ev. č. 205553 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 9. 2013 pod ev. č. 2013/S 179-309586 (dále jako „**veřejná zakázka**“).

2. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“[1]) zahájil správní řízení ve věci podezření ze spáchání přestupku, kdy oznámení o zahájení správního řízení bylo obviněnému doručeno dne 5. 9. 2017. V tomto oznámení seznámil Úřad obviněného se skutečnostmi, které budou podkladem pro vydání rozhodnutí, a uvedl popis skutku, o kterém má být ve správním řízení rozhodováno, a jeho předběžnou právní kvalifikaci.

3. Předmětem plnění veřejné zakázky, je dle výzvy k jednání ze dne 17. 7. 2013 zajištění podpory a provozu IS ARES, konkrétně: podpora datové aktualizace IS ARES, podpora provozu webové prezentace IS ARES ve veřejné i neveřejné části, správa, podpora a údržba aplikací tvořících systém ARES, podpora provozních pracovníků objednatele a řešení chybových stavů, nepřetržité zajištění podpory, nepřetržitá hot-line, poloprovozní a experimentální zpracování v rámci vývoje ARES, přechody mezi platformami, reinstalace při výměnách HW, změny aplikací na základě změn ve zdrojích dat, nezbytné úpravy funkcionality z důvodu změny datových struktur RES v roce 2013 a podpora zálohování a archivace.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 25. 10. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0356/2017/VZ-31319/2017/513/IHl z téhož dne (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I. rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů v jednacím řízení

[1] *Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona*

bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť obviněný neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 2. 9. 2013 s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky.

5. Výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad obviněnému za jednání uvedené ve výroku I. napadeného rozhodnutí dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 50 000 Kč.

6. Úřad v napadeném rozhodnutí argumentuje zejména tím, že obviněný pouze tvrdí existenci technických důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona, ze kterých dovozuje možnost zadat veřejnou zakázku v JŘBU, ale tato tvrzení nikterak nedokládá. Jelikož obviněný tedy nespecifikoval konkrétní technické důvody, pro které je nutno veřejnou zakázku zadat vybranému uchazeči v JŘBU, a svá nekonkrétní tvrzení ničím nepodložil, konstatoval Úřad, že obviněný neunesl důkazní břemeno a neprokázal existenci technických důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Obviněný se ve vyjádřeních i v dokumentaci o veřejné zakázce odvolával na zásadu hospodárnosti a účelného vynakládání veřejných prostředku, neboť plnění od jiného zájemce, neboť plnění od jiného zájemce by dle jeho tvrzení vyvolalo výrazně vyšší finanční náklady a rovněž poukazoval na existenci rizika nefunkčnosti již pořízeného majetku, nedodržení jeho rozvoje, aktualizace a údržby. Dle Úřadu tento důvod ovšem sám nepostačuje, jelikož nelze stavět zásadu hospodárnosti nad zásadu otevřenosti zadávacího řízení. Úřad dále dovozuje, že obviněný nedoložil, tj. neprokázal, že by nebyl žádný jiný dodavatel kromě vybraného uchazeče schopen převzít stávající řešení, jelikož nikterak nespecifikoval, jaká konkrétní technická omezení jsou dána pro zadání veřejné zakázky v JŘBU, jakými nástroji disponuje pouze vybraný uchazeč, v čem je IS ARES unikátní a jakým způsobem tato technická jedinečnost omezuje plnění předmětu veřejné zakázky ze strany jiných dodavatelů. Úřad tedy uzavřel, že pro použití JŘBU nepostačuje formálně se dovolávat technických důvodů, které nejsou podloženy konkrétními podmínkami.

III. Rozklad zadavatele

7. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad dne 9. 11. 2017 rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 25. 10. 2017. Zadavatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu

8. Zadavatel v podaném rozkladu proti napadenému rozhodnutí namítá nezákonnost postupu Úřadu, neboť ten měl postupovat contra legem, resp. in fraudem legis, přičemž mělo dojít k porušení principu legality. Zadavatel namítá, že Úřad řízení o přestupku zahájil na základě podnětu, kterým se neměl zabývat, neboť nedošlo k uhrazení správního poplatku. Dle tvrzení zadavatele tak došlo k obcházení zákona ze strany Úřadu, neboť nesprávně a účelově vyložil § 259 zákona, čímž mělo dojít ke zkrácení práv zadavatele. Zadavatel dále namítá, že na základě jím shledaného nezákonného postupu získal Úřad veškeré důkazy, které následně použil proti

zadavateli.

9. Zadavatel dále namítá, že Úřad porušil zásadu legality, když nesprávně dospěl k závěru, že pro výše uvedené přestupky leží důkazní břemeno na straně zadavatele a tudíž i k tvrzení, o jeho neunesení. Dle zadavatele takováto povinnost nevyplývá z žádného právního předpisu.

10. V další námitce zadavatel uvádí, že neexistuje povinnost zadavatele nechat si vypracovat znalecký posudek, neboť zadavatele finančně zatěžuje, resp. jde o další výdaj z veřejného rozpočtu. Zadavatel dále namítá, že mu nemůže být bráněno ze strany Úřadu, aby jako důkazní prostředky používal pouze svá vlastní tvrzení. Dle zadavatele tak Úřad stanovuje nové povinnosti nad rámec právní úpravy a neřídí se zásadami správního trestání, zejména zásadou zákonnosti a zásadou in dubio pro reo.

11. Dle námitky zadavatele není z napadeného rozhodnutí patrné, kdy se měl zadavatel předmětného přestupku dopustit.

12. Zadavatel dále namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, neboť se Úřad nevypořádal s důkazy předloženými zadavatelem. Úřad tak dle zadavatele nesprávně a nedostatečně zjistil skutkový stav věci. Dle zadavatele Úřad mylně dospěl k závěru, že zadavatel blíže nespecifikoval technické důvody vedoucí k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.

13. Zadavatel též namítá, že ze strany Úřadu nebylo vyhověno jeho návrhu na provedení důkazu znaleckým posudkem, který by dokázal zodpovědět otázku existence objektivních důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.

14. Zadavatel dále napadá výši uložené pokuty. Tato se mu jeví jako nepoměrně vysoká. Dle jeho výpočtů dosáhla udělená pokuta cca 7,7 % z maximální možné výše pokuty, ovšem při šetření postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky s názvem „Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“ Úřad uložil pokutu ve výši 0,15 % z maximální možné výše pokuty. Stejně tak poukazuje obviněný na uloženou pokutu ve výši 15 000 Kč u veřejné zakázky s názvem „RASPENAVA – OPRAVA KOMUNIKACÍ, POVODEŇ 8/2010“, kdy celková hodnota veřejné zakázky dosáhla částky 168 801 602 Kč.

15. Na závěr zadavatel konstatuje, že Úřad rozhodl nesprávně, neboť se zadavatel předmětného přestupku nedopustil.

Závěr rozkladu

16. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

17. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup dle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a dle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

18. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou dle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem dle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

19. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když rozhodl, že se zadavatel dopustil přestupku uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí a uložil zadavateli výrokem II. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 50 000 Kč.

20. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

21. Daný případ stojí zejména na posouzení toho, zda zadavatel splnil podmínky pro to, aby mohl zadat předmětnou veřejnou zakázku v JŘBU a zda splnění těchto podmínek dostatečně prokázal. Na JŘBU je nutno nahlížet jako na odchylku od ‚klasického' zadávacího řízení, ve kterém absentuje hospodářská soutěž a konkurenční prostředí. S ohledem na to, jaký vliv má JŘBU na hospodářskou soutěž, je na tento druh zadávacího řízení nahlíženo restriktivní optikou, zejména pak ve vztahu k jednotlivým podmínkám, za jejichž splnění lze JŘBU použít. K nutnosti nahlížet na JŘBU restriktivně se SDEU vyjádřil v rozsudku ze dne 10. 3. 1987 ve věci C-199/85, *Komise v. Itálie*; případně v rozsudku ze dne 28. 3. 1996, ve věci C-318/94, *Komise v. Německo*. V tomtéž duchu se vyjádřily i tuzemské soudy, kdy například v rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jako „**krajský soud**") ze dne 3. 10. 2013, č. j. 62 Af 48/2012-160 je uvedeno: *„… rozhodovací praxe v případech podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění akcentuje potřebu jejich restriktivního výkladu.*" Je dlužno poukázat na to, že právě aplikaci výše uvedených rozsudků SDEU obviněný rozporuje. S ohledem na to, že námitka obviněného směřující proti výše uvedeným rozsudkům SDEU tvoří s dalšími námitkami obviněného logický celek, považuji za vhodné se s nimi vypořádat na jednom místě tohoto rozhodnutí. Proto odkazuji na body 45. až 47. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

22. Obviněným tvrzené podmínky, které jsou dle jeho názoru v daném případě splněny, a tedy je možné, aby zadal veřejnou zakázku v JŘBU, obsahuje § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Konkrétně jde o důvody technické nebo umělecké, důvod ochrany výhradních práv, případně důvody vyplývající ze zvláštního právního předpisu. Pro postup v JŘBU nemusí dojít ke splnění výše uvedených podmínek kumulativně, ale postačuje jejich alternativní naplnění.

23. Judikatura výše uvedené – ve vztahu k veřejným zakázkám, u kterých jsou technické důvody a důvody ochrany autorských práv na sebe navázány – interpretuje tak, že při posouzení toho, zda je možno veřejnou zakázku zadat v JŘBU, je nutno nejprve posoudit to, zda jsou splněny důvody ochrany výhradních práv (často půjde o autorská práva) a až poté je možno zabývat se důvody technickými a ekonomickými.

Tento závěr je patrný z rozsudku krajského soudu ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015-80, kde je v návaznosti na rozsudek NSS ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-64 uvedeno: „*I z uvedené citace vyplývá, že nejprve si musí zadavatel veřejné zakázky zodpovědět otázku autorskoprávní a teprve následně poté, co dospěje k závěru, že po stránce autorskoprávní je nutné veřejnou zakázku zadat v režimu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, tak nastupuje zodpovězení otázky ekonomické a technické.*“

24. V rámci posouzení přítomnosti důvodu ochrany výhradních, potažmo autorských, práv vybraného uchazeče je nutno zabývat se také tím, zda vznik ‚stavu exkluzivity‘ (tedy stav, kdy je možno zadat navazující veřejné zakázky pouze vybranému uchazeči) je přičitatelný postupu zadavatele, nebo nikoliv. Pokud by tomu tak bylo, soudy dovozují, že v takovém případě se nemůže zadavatel dovolat toho, že došlo ke splnění podmínek, na základě kterých je možno zadat veřejnou zakázku v JŘBU. Tento názor je patrný z rozsudku NSS ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012-54, ve kterém je uvedeno: „*Jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.*“

25. Při posouzení toho, zda si zadavatel ‚stav exkluzivity‘ způsobil sám nebo nikoliv, je také nutno posoudit to, zda lze vzniklý stav přiřknout ‚nešikovnosti‘ jeho postupu. Za ‚nešikovný‘ lze dle soudů označit takový postup, kdy zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky nemohl očekávat, že v budoucnu nastane potřeba zadávat navazující veřejné zakázky, kterými bude předmět plnění původní veřejné zakázky rozvíjen, či modifikován. I v tomto případě lze poukázat na rozsudek NSS ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015-95, ve kterém je uvedeno: „*V rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, Nejvyšší správní soud uvedl, že ‚zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.‘ Soud zdůraznil, že je s ohledem na skutkové okolnosti nutné pečlivě vážit ‚zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný‘, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky; (…) Jak však Nejvyšší správní soud dovodil při posuzování předcházející kasační námitky, žalobce b) si byl v nyní projednávané věci vědom charakteru, technologické náročnosti a nutnosti následného rozvoje projektu. Tím se odlišuje od situace posuzované v citovaném rozhodnutí a to je zároveň důvod, proč se nemůže s úspěchem odvolávat na svou ‚nešikovnost‘ či ‚nevědomost‘.*“ Pokud tedy mohl obviněný při zadávání původní veřejné zakázky, případně jiné navazující veřejné zakázky, kterou došlo ke způsobení závislosti, či k prohloubení již existující závislosti na vybraném uchazeči, předpokládat, že bude v budoucnu nucen zadat další navazující veřejné zakázky, nelze takový postup

označit za ‚nešikovný'. Pokud postup zadavatele nelze shledat jako ‚nešikovný', lze uzavřít, že si ‚stav exkluzivity' způsobil sám a jeho postup v JŘBU tedy není v souladu se zákonem, jelikož se nemůže dovolat existence důvodu ochrany výhradních práv vybraného uchazeče ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona.

26. Dále je nutno poukázat na to, že při prokazování splnění podmínek pro použití JŘBU dochází na základě názorů soudů k obrácení důkazního břemene. Je tedy na zadavateli, který se rozhodne zadat veřejnou zakázku postupem v JŘBU, aby prokázal naplnění podmínek pro takový postup. K podložení výše uvedeného je možno odkázat například na již výše citovaný rozsudek NSS ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-61, kde je explicitně uvedeno: „*Nejvyšší správní soud konstatuje, že zadavatel má objektivně prokázat existenci výhradních práv (unést důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek), …*" Na tomto místě lze uvést i rozsudek krajského soudu ze dne 3. 10. 2013, č. j. 62 Af 48/2012-160, ve kterém je uvedeno: „*Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění, jak plyne z rozsudku ze dne 14. 9. 2004, Komise proti Itálii, C-385/02, Sb. rozh., s. 1-08121. Přestože se v této věci Soudní dvůr nevyjadřoval ke stavu skutkově totožnému, jaký je ve věci právě posuzované, plyne z něj, že ustanovení (směrnic), která umožňují výjimky z pravidel zadávání veřejných zakázek (a za takovou výjimku v dané věci Soudní dvůr považoval právě „odklon" od přísnějšího postupu formou jednání bez uveřejnění), musí být vykládána restriktivně,* ***přitom důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává (tj. zadavatel)****.*" (pozn.: zvýraznění textu provedeno předsedou Úřadu). Přenesení důkazního břemene na zadavatele je implicitně uvedeno i v rozsudku NSS ze dne 25. 11. 2015, č. j. 3 As 18/2015-32, kde je uvedeno: „*V návaznosti na výše uvedené je třeba opětovně připomenout, že smyslem daného řízení bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění.*"

27. Na základě výše uvedeného lze tedy učinit dílčí shrnutí. Zákon uvádí, za jakých podmínek je možno zadat veřejnou zakázku v JŘBU a je to zadavatel, na koho je alokováno důkazní břemeno, aby prokázal splnění těchto podmínek. Dále lze konstatovat, že primárně posuzovanou podmínkou je splnění podmínky existence důvodu ochrany výhradních práv, u které je taktéž nutno posoudit i to, zda vyvolaný ‚stav exkluzivity' lze přičíst jednání zadavatele či nikoliv, a zda lze toto jednání označit za toliko ‚nešikovné'. Pokud zadavatel neprokáže, že by ‚stav exkluzivity' nezpůsobil sám (včetně zohlednění ‚nešikovnosti' postupu), lze konstatovat, že neprokázal splnění podmínek pro to, aby mohl zadat veřejnou zakázku v JŘBU a lze tedy uzavřít, že jeho postup je v rozporu se zákonem.

28. Úřad se v bodech 78. až 8. odůvodnění napadeného rozhodnutí zabýval posouzením technických důvodů, které by mohly obviněného opravňovat zadat danou veřejnou zakázku v JŘBU. Úřad v bodě 86. odůvodnění napadeného rozhodnutí správně dovodil, že samotná skutečnost, že vybraný uchazeč má předchozí znalost poptávaného systému, není sama o sobě technickým důvodem pro zadání zakázky v JŘBU vybranému uchazeči. Úřad vycházel mj. z toho, že obviněný na základě

smlouvy s vybraným uchazečem ze dne 22. 6. 2011 má oprávnění upravovat systém ARES sám nebo prostřednictvím třetích osob, resp. může licencované materiály (počítačový program, zdrojové kódy a dokumentaci) užívat a upravovat na základě nevýhradní licence. Skutečnosti, že by plnění od jiného zájemce mohlo vyvolat vyšší finanční náklady, nebo existence rizika nefunkčnosti již pořízeného majetku, nedodržení jeho rozvoje, aktualizace a údržby (a skutečnost, že doba zaškolení by mohla činit minimálně půl roku) nejsou jako takové důvodem pro zadání veřejné zakázky v JŘBU. Pouhé ničím nepodložené tvrzení zadavatele není důkazním prostředkem, který by mohl objektivně svědčit ve prospěch zadavatele. Jak bylo uvedeno v bodě 82. odůvodnění napadeného rozhodnutí, nejedná se o technické důvody, na základě nichž by byl veřejnou zakázku schopen splnit pouze vybraný uchazeč, jedná se o zadavatelem tvrzené důvody organizačního či časového charakteru. Vybraný uchazeč tedy nebyl jediný, kdo by veřejnou zakázku mohl plnit, jelikož existoval více než jeden dodavatel potenciálně schopný předmět veřejné zakázky plnit. Nadto akcentuji, že související tvrzení, v rámci něhož zadavatel v bodě 36. rozkladu poukazuje na to, že informační systém ARES je využíván nejen pracovníky Ministerstva financí, ale i dalšími orgány veřejné správy, jakož i podnikatelskými subjekty s tím, že denně tento informační systém zprostředkuje až 2,5 milionů dotazů, nijak nerozporuje výrok napadeného rozhodnutí a nejedná se tedy o námitku (ve smyslu správního řádu), která by směřovala proti napadenému rozhodnutí.

29. S ohledem na výše uvedené lze tedy shrnout, že obviněný ve správním řízení vedeném Úřadem uváděl pouze vlastní tvrzení, přičemž dokumentace neobsahovala řádné relevantní podklady prokazující, že šetřená veřejná zakázka mohla být z technických důvodů realizovaná pouze vybraným uchazečem. Obviněný nepředložil žádné listiny, které by obsahovaly odbornou technickou analýzu, popř. jiné konkrétní a podrobné technické posouzení věci týkající se nemožnosti plnit šetřenou veřejnou zakázku jiným dodavatelem než vybraným uchazečem, resp. nedoložil jím tvrzenou hospodárnost svého postupu předložením ekonomické analýzy či jiného relevantního podkladu, viz bod 79. odůvodnění napadeného rozhodnutí.

30. K tomu dále dodávám, že ani ničím nepodložená tvrzení obviněného o existenci technických důvodů, pro něž bylo dle obviněného možné zadat veřejnou zakázku v JŘBU, nelze považovat za objektivní a nezávislé posouzení existence objektivních technických důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona a citované judikatury. Je to přitom zadavatel, na koho je v daném případě přeneseno důkazní břemeno ve vztahu k prokázání existence důvodů pro zadání veřejné zakázky v JŘBU, tedy v jednom z nejméně transparentních druhů zadávacích řízení, kterého lze pro zadání veřejné zakázky použít pouze ve zcela výjimečných případech. Pokud tedy zadavatel zvolí takový druh zadávacího řízení, musí být v souladu se zásadou transparentnosti schopen svůj postup před správním orgánem obhájit, resp. tedy prokázat splnění podmínek pro jeho použití. Obviněný je tedy v daném případě povinen jím tvrzenou existenci technických důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona rovněž objektivně prokázat. K takovému prokázání pak mohou dobře sloužit zejm. znalecké posudky či jiné odborné analýzy. Uvedené je možné opřít i např. o závěr z rozsudku NSS ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53, kde soud uvedl: *„Zadavatel musel*

důkladně a objektivně osvědčit, že jsou dány důvody aplikace jednacího řízení bez uveřejnění, a to např. posudkem z oboru IT a oboru práva, tak jak to zadavatel učinil.“ Jelikož ze strany obviněného nedošlo k předložení žádného důkazu, ze kterého by vyplývalo objektivní a nezávislé posouzení existence technických důvodů, pro které lze za podmínek uvedených v § 23 odst. 4 písm. a) zákona zadat veřejnou zakázku v JŘBU, je možné konstatovat, že obviněný nevyužil svou možnost prokázat objektivní existenci takových důvodů, a lze tedy uzavřít, že obviněný neunesl důkazní břemeno k prokázání naplnění podmínek pro postup v JŘBU, ani pokud jde o technické důvody.

31. Pro dokreslení výše uvedeného lze taktéž odkázat na rozsudek krajského soudu ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015 – 80, ve kterém je uvedeno: „*Pokud žalobce posoudil jím uzavřené smlouvy sám a na základě vlastního posouzení dospěl k závěru o možnosti uzavřít navazující zakázku v JŘBU, tak se nemůže jednat o objektivní posouzení stavu, neboť to nutně předpokládá součinnost třetí osoby, která není součástí původní zakázky a nemá proto žádný zájem na určitém konkrétním výsledku a ani není u ní důvod zpochybňovat nestrannost analýzy.*“

K námitce nemožnosti dovodit u obviněného důkazní břemeno ve vztahu k prokázání splnění podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona

32. S obviněným je možno souhlasit v tom, že znění zákona nealokuje na obviněného důkazní břemeno ve vztahu k prokázání existence důvodů, pro které je jeho postup v JŘBU oprávněný. Avšak nelze odhlížet od role, kterou v našem právním prostředí – byť jde o kontinentálně právní prostředí – hrají judiciální závěry, které ze své podstaty mohou na základě v nich obsažené interpretace upřesnit použití jednotlivých ustanovení právních předpisů, která musí být formulována obecněji, aby mohla reagovat na předem neurčený počet druhově stejných situací. Právě tak tomu je i v dané situaci, kdy je alokace důkazního břemene směrem k zadavateli, který dovodil možnost zadat veřejnou zakázku v JŘBU, umožněna na základě judikatury. Konkrétně jde například o rozsudek krajského soudu ze dne 3. 10. 2013, č. j. 62 Af 48/2012-160, rozsudek NSS ze dne 31. 8. 2015, č. j. 8 As 149/2014 nebo rozsudek krajského soudu ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015-80, ve kterém je uvedeno: „*V souvislosti s namítaným porušením principu materiální pravdy soud považuje za nutné zdůraznit, že využití JŘBU je samo o sobě výjimkou z otevřené soutěže a pro jeho použití platí zákonem stanovené podmínky směřující k omezení možnosti využívat tohoto typu veřejné zakázky jen ve skutečně odůvodněných případech. Jestliže žalobce upřednostnil tuto formu veřejné zakázky, bylo jeho povinností prokázat, že jasnou a odůvodněnou vědomost o existenci důvodů pro JŘBU měl ještě před zadáním zakázky v JŘBU. Bylo na žalobci, aby doložil ve správním řízení splnění podmínek pro JŘBU, a nikoliv na žalovaném, potažmo Úřadu, aby prokazoval žalobci, že podmínky pro JŘBU nebyly naplněny, neboť nelze požadovat po žalovaném, aby prokazoval např. absenci posouzení autorskoprávních hledisek. S ohledem na takto výjimečnou povahu JŘBU je princip materiální pravdy modifikován rozložením důkazního břemene mezi zadavatele veřejné zakázky a Úřad, jak konečně vyplývá ze shora citované judikatury jak národních soudů tak i SDEU.*“

33. Z výše citovaného rozsudku tedy plyne, že je to zejména zadavatel, kdo musí prokázat naplnění podmínek, na základě kterých je zadání veřejné zakázky postupem v JŘBU

oprávněné. Toto neznamená, že by Úřad zcela rezignoval na zjištění skutkového stavu, o kterém nejsou důvodné pochybnosti. V sankčním řízení tak Úřad zjišťuje nejen skutečnosti svědčící v neprospěch obviněného, ale také svědčící v jeho prospěch. V rámci posuzování, zda jsou dány důvody pro zadání veřejné zakázky v JŘBU Úřad posuzuje i to, zda se zadavateli podařilo v tom či onom konkrétním případě prokázat, že důvody umožňující postup v JŘBU v konkrétním případě přítomny jsou nebo nikoliv. Tato konstrukce mimo jiné pramení i z toho, že je to právě zadavatel, který je nejlépe seznámen s konkrétnostmi veřejné zakázky, a má k dispozici co nejucelenější podklady, které prokazují oprávněnost jeho postupu v JŘBU. Zohlednit je tedy nutno i to, že Úřad nemá k dispozici tuto detailní znalost konkrétní veřejné zakázky, což vede k logickému závěru, že si ani nemůže být vědom toho, jaké konkrétní podklady po zadavateli případně požadovat. K tomu pro úplnost podotýkám, že Úřad je povinen sice pečlivě zkoumat podklady poskytnuté zadavatelem za účelem obhájení jeho postupu, avšak tyto podklady musí požívat kvality důkazů prokazujících tvrzené skutečnosti, nikoliv obsahovat pouhé konstatování bez náležitého osvědčení existence podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona. V kontextu tohoto odstavce lze také poukázat na § 52 správního řádu, který stanoví pro účastníky řízení povinnost označit důkazy na podporu vlastních tvrzení, a to včetně správních řízení zahájených *ex offo*.

34. Ve vztahu k tvrzení obviněného, že Úřad je vázán zásadou materiální pravdy a zásadou vyhledávací obsaženou v § 50 odst. 2 správního řádu uvádím následující. Není sporu o tom, že je správní řízení ovládáno zásadou materiální pravdy a zásadou vyšetřovací. Zároveň je ale stanovena povinnost účastníků řízení při opatřování podkladů pro vydání rozhodnutí poskytovat správnímu orgánu veškerou potřebnou součinnost (srov. § 50 odst. 2 správního řádu). Dále je v této souvislosti třeba poukázat na to, že je to pouze obviněný, kdo má k dispozici podklady týkající se předmětné veřejné zakázky a je to tedy právě on, kdo disponuje důkazy prokazujícími existenci objektivních důvodů, pro které lze veřejnou zakázku zadat v JŘBU. Na tomto místě nelze nezmínit také povinnost účastníka řízení označovat důkazy na podporu vlastních tvrzení ve smyslu § 52 správního řádu. S ohledem na výše uvedené tedy nelze považovat za vadu správního řízení předcházejícímu vydání napadeného rozhodnutí to, že Úřad nepřihlédl ke skutečnostem či důkazům, které mu nebyly známy, a obviněný je neuvedl ani neoznačil, byť o nich věděl (pro srovnání viz Vedral, J.: Správní řád. Komentář. II. vydání, Praha: BOVA POLYGON, 2012, s. 115). K povinnosti zjistit i bez návrhu všechny rozhodné okolnosti, které svědčí ve prospěch neprospěch toho, komu má být uložena povinnost (sankce) v souvislosti s prokazováním splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v JŘBU se výslovně vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne ze dne 28. 1. 2016, č. j. 30 Af 22/2014-28, přičemž i on konstatoval, že „*takovou povinnost správního orgánu nelze vykládat jako neomezenou*“ a poukázal i na to, že v posuzovaném případě žalobce (zadavatel) nepředložil žádné konkrétní důkazy, které by jeho postup ospravedlňovaly. Lze tedy uzavřít, že postup Úřadu vedoucí k vydání napadeného rozhodnutí je souladný s právními předpisy, že prvostupňový orgán zjistil všechny skutečnosti relevantní pro posouzení dané věci, ať již svědčící ve prospěch i neprospěch obviněného, a že Úřad při svém rozhodování vycházel ze skutkového

stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Uvedená námitka obviněného tedy není důvodná.

35. K námitce, že z napadeného rozhodnutí není patrné, kdy se obviněný dopustil spáchání přestupku a k námitce, že skutková podstata neobsahuje pasáž o tom, že by obviněný měl něco prokázat, uvádím následující.

36. Přestupek dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona skutečně neobsahuje pasáž o tom, že by obviněný měl cokoliv prokazovat. Je nutno si ale uvědomit, že existuje i postup v JŘBU dle § 23 odst. 4 písm. a), který je souladný se zákonem – k takovému závěru je možno dojít poté, co ze strany zadavatele dojde k prokázání existence důvodů, které takový postup umožňují. Pokud ovšem zadavatel neprokáže, že by před zahájením postupu zadávání veřejné zakázky v JŘBU existovaly takové objektivní důvody, nelze jeho postup označit za souladný se zákonem. Determinantem toho, zda je použití JŘBU oprávněné nebo nikoliv, a tedy zda došlo ke spáchání přestupku nebo nikoliv, je tedy skutečně to, zda objektivně existovaly důvody pro zadání veřejné zakázky v JŘBU, což si musí vyhodnotit pouze obviněný, který musí mít povědomí o existenci takových důvodů, a zda se mu v řízení před Úřadem podaří prokázat, že postupoval v JŘBU oprávněně, nebo nikoliv. Úřadem užitá formulace „*… neboť neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč…*“, kterou obviněný ve svém rozkladu taktéž napadá, tedy pouze reflektuje výše uvedené a nelze z ní dovozovat, že by skutková podstata přestupku ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona musela obsahovat pasáž o tom, že se obviněnému nepodařilo něco prokázat. Z napadeného rozhodnutí je dále zcela patrné, že přestupek obviněný spáchal svým postupem v roce 2013 – tedy tím, že uzavřel smlouvy na předmět plnění veřejné zakázky. Uvedené námitky obviněného lze tedy shledat jako nedůvodné

K námitce nezákonnosti zahájení správního řízení, jelikož správní řízení bylo zahájeno na základě podnětu, u nějž nebyl uhrazen poplatek ve smyslu § 259 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů

37. K předmětné námitce zadavatele uvádím, že Úřad obdržel dne 16. 2. 2017 přípis od Policie České republiky, Krajské ředitelství policie hl. města Prahy (dále jako „**Policie ČR**“) ze dne 13. 2. 2017. Tento přípis nesl označení „předání poznatků“. Dle § 159a odst. 1 písm. a) zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**trestní řád**“) je možno, aby policejní orgán, případně dozorující státní zástupce věc odložil, pokud sezná, že v daném případě nejde o podezření z trestného činu, a není na místě danou věc vyřídit jinak. Takovým vyřízením pak může být zejména i odevzdání věci příslušnému správnímu orgánu k projednání přestupku nebo jiného správního deliktu. Takovéto předání věci ovšem není podnětem ve smyslu § 259 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**ZZVZ**“) a není s ním tedy spojena poplatková povinnost dle výše uvedeného ustanovení ZZVZ.

38. Jelikož Úřad nabyl na základě výše uvedeného předání poznatku pochybnosti o tom, že by obviněný v tomto případě postupoval v souladu se zákonem, zahájil ve věci správní řízení. S ohledem na to, že v daném případě nešlo o podnět ve smyslu

§ 259 ZZVZ, není možné seznat, že by neuhrazení poplatku spojeného s podáním podnětu, vedlo k nezákonnosti postupu Úřadu. Povinnost uhradit poplatek ve smyslu § 259 odst. 1 ZZVZ ve vztahu k výše uvedenému předání poznatků totiž nevznikla. Uvedená námitka obviněného je tedy lichá a lze seznat, že Úřad postupoval v souladu se zákonem, když zahájil předmětné správní řízení.

39. S ohledem na to, že obviněný v rozkladu trvá na tom, aby se předseda Úřadu vypořádal s veřejným rozhovorem předsedy Úřadu na téma zpoplatnění podnětů ve smyslu § 259 ZZVZ, uvádím k tomuto požadavku obviněného následující. Z výše uvedeného je patrné, že k zahájení předmětného správního řízení došlo na základě předání poznatků Policie ČR, kdy takové předání poznatků nelze klasifikovat jako podání podnětu ve smyslu ZZVZ. Obviněným zmíněný veřejný rozhovor předsedy Úřadu tedy postrádá relevanci, jelikož se týká jiného institutu, než který je možno chápat jako popud k zahájení předmětného správního řízení. Totéž platí i pro vyjádření Úřadu, na které se odkazuje obviněný v rozkladu (konkrétně jde o vyjádření č. j. ÚOHS-D0529/2017/VZ-28598/2017/560/MKva č. j. ÚOHS-D0124/2017/VZ-06036 /2017/560/MKv).

K námitce nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí

40. Obviněný spatřuje v napadeném rozhodnutí vadu nepřezkoumatelnosti pramenící z toho, že se – dle názoru obviněného – Úřad dostatečně nevypořádal s jeho tvrzeními. Za nepřezkoumatelné rozhodnutí lze dle závěrů komentářové literatury označit takové správní rozhodnutí, ve kterém jsou obsaženy vady odůvodnění – ať už jde o nedostatek důvodů, nebo fakt, že skutkový stav, ze kterého správní orgán při vyhotovení rozhodnutí vycházel, je v rozporu s obsahem správního spisu, nebo v něm nemá oporu, případně vyžaduje rozsáhlé doplnění (pro srovnání Vedral, J.: Správní řád. Komentář. II. vydání, Praha: BOVA POLYGON, 2012, s. 612). Nepřezkoumatelné rozhodnutí je tedy takové rozhodnutí, ze kterého není patrné, jak bylo rozhodnuto, o čem bylo rozhodnuto, případně proč bylo rozhodnuto oním konkrétním způsobem (komentář k § 76 zákona č. 150/2012 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů: Blažek, T., Jirásek, J., Molek, P., Pospíšil, P., Sochorová, V., Šebek, P.: Soudní řád správní – online komentář. 3. aktualizace, Praha: C. H. Beck, 2016). Úřad se ovšem s tvrzeními obviněného dostatečně a správně vypořádal například v bodech 88. až 91. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kdy poukázal na to, že tvrzení obviněného neprokazují objektivně a nezávisle existenci důvodů, pro které je možno zadat veřejnou zakázku v JŘBU. Úřad dále poukázal na to, že obviněný svá tvrzení nikterak nespecifikoval, jelikož neuvedl, jaká konkrétní technická omezení jsou dána pro zadání veřejné zakázky v JŘBU, jakými nástroji disponuje pouze vybraný uchazeč, v čem je IS ARES unikátní a jak tato technická jedinečnost omezuje plnění předmětu veřejné zakázky jinými dodavateli. Z napadeného rozhodnutí jako celku je tedy patrné, jak Úřad rozhodl, o čem rozhodl, a lze uzavřít, že odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí důvody a mapuje dílčí úvahy Úřadu, které jej vedly k vydání napadeného rozhodnutí ve stávající podobě. Jelikož tedy napadené rozhodnutí dosahuje kvalit, které jsou dle správního řádu, judikatury a komentářové literatury na správní rozhodnutí kladeny a pro které je vyloučeno, aby bylo takové rozhodnutí označeno za nepřezkoumatelné, lze jej označit za přezkoumatelné a námitku

obviněného za nedůvodnou.

41. Ve vztahu k tvrzené hospodárnosti použití JŘBU v tomto konkrétním případě je nutno poukázat i na to, že počáteční nižší náklad nemusí nutně vést k úspoře finančních prostředků v delším časovém horizontu. Otevřenost zadávacího řízení a s tím spojené konkurenční prostředí má potenciál se sebou přinést větší množství nabídek a tedy i možnost nižších nabídkových cen. Je tedy možno konstatovat, že takový postup může v dlouhodobějším horizontu přinést větší finanční úsporu. Na hospodárnost postupu tedy nelze nahlížet takto krátkozrace - tedy pouze v horizontu této jedné konkrétní veřejné zakázky.

42. Na základě shora uvedeného mám za to, že Úřad zjistil skutkový stav, o kterém nejsou důvodné pochybnosti, a prokázal, že ze strany obviněného došlo ke spáchání přestupku tak, jak je pospán ve výroku I. napadeného rozhodnutí. Lze tedy seznat, že tato dílčí námitka obviněného není důvodná a napadené rozhodnutí je v tomto smyslu přezkoumatelné.

43. Nad rámec uvádím, že předmětná námitka obviněného opětovně směřuje proti tomu, že Úřad dovodil na straně obviněného existenci důkazního břemene. V tomto smyslu se plně odkazuji na odůvodnění tohoto rozhodnutí.

K námitce neprovedení znaleckého posudku

44. S ohledem na již dříve citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015-80, ve kterém je mimo jiné uvedeno: „*Jestliže žalobce upřednostnil tuto formu veřejné zakázky, bylo jeho povinností prokázat, že jasnou a odůvodněnou vědomost o existenci důvodů pro JŘBU měl ještě před zadáním zakázky v JŘBU.*“, shledávám, že v daném případě je to obviněný, který měl **před** zahájením zadávání veřejné zakázky v JŘBU povinnost doložit objektivní existenci důvodů, pro které je možno zadat veřejnou zakázku v JŘBU. Dodávám rovněž, že se nejednalo o otázku, ke které by bylo třeba ze strany Úřadu znalecký posudek zpracovávat, navíc i dokazování bylo dostatečně provedeno a skutkový stav bez důvodných pochybností řádně zjištěn. Úřad tedy v tomto případě neměl povinnost provést důkaz znaleckým posudkem. Naopak, je to zadavatel, který se rozhodne zadat veřejnou zakázku postupem v JŘBU, kdo musí a priori zadání veřejné zakázky disponovat důkazem existence objektivních důvodů, pro které je možno zadat veřejnou zakázku v JŘBU. V té době totiž volil druh zadávacího řízení a již v té době měl mít postaveno na jisto, že postupuje v souladu se zákonem. Na tomto místě je možno poukázat taktéž na bod 30. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Pro výše uvedené lze označit uvedenou námitku obviněného za nedůvodnou.

K námitce aplikovatelnosti judikatury v kontinentálním právním systému a nesprávnosti výkladu rozsudku NSS a rozsudků SDEU

45. Byť lze s obviněným souhlasit v tom smyslu, že Český právní řád patří do rodiny kontinentálních právních systému a soudní rozhodnutí skutečně nejsou pramenem práva a nejsou nadány obecnou závazností, nelze judikatuře upřít velmi důležitou roli interpretačního nástroje platné právní úpravy. Je dlužno uvést, že Úřad v napadeném

rozhodnutí a celkově ve své rozhodovací praxi s judikaturou nakládá právě takto – jako s interpretačním nástrojem pozitivního práva. Uvedená námitka obviněného tedy není důvodná.

46. S ohledem na to, že obviněný nikterak nespecifikuje, jak je rozsudek NSS ze dne 11. 1. 2013, sp. zn. 5 Afs 42/2012 v bodě 58. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřadem *„účelově“* a *„nesprávně“* vyložen, nelze se s touto námitkou pro její nekonkrétnost vypořádat.

47. Ve vztahu k námitce nesprávného výkladu rozsudků SDEU, s ohledem na to, že tyto nejsou vydávány v reakci na správní trestání prováděné správním orgánem, ale jsou vydávány ve sporu Komise Evropských společenství proti členskému státu, uvádím následující. Byť SDEU v uvedených rozsudcích prošetřuje jiné druhy řízení, neznamená to, že by v nich obsažené závěry nemohly být použitelné i v jiných druzích řízení, ať už soudních, nebo správních. Je nutno si uvědomit, že SDEU má pravomoc interpretovat unijní právní předpisy (včetně principů a zásad) a že zdroji této interpretace jsou všechna jeho rozhodnutí. Interpretační závěry obsažené v takových rozhodnutích SDEU je proto nutno aplikovat, aniž by muselo dojít ke shodě v předmětu řízení, či charakteru účastníků řízení mezi řízením před SDEU a řízením, ve kterém je rozhodnutí SDEU použito jako interpretační a argumentační prostředek. Námitka obviněného je tedy nedůvodná. Nad rámec lze opětovně odkázat na rozsudek krajského soudu ze dne 3. 10. 2013, č. j. 62 Af 48/2012-160, ve kterém je uvedeno: *„Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění…“* Jak je tedy patrné, výše uvedenou možnost použití rozhodnutí SDEU jako zdroje interpretačních vodítek ve vztahu k unijním právním předpisům aprobují též tuzemské soudy.

K námitce nepoměrně vysoké pokuty

48. Dle obviněného byla v předmětné věci uložena pokuta nepoměrně vyšší, než tomu bylo v případech jím vyjmenovaných veřejných zakázek. Je nutno si uvědomit, že každý jeden případ je nutno posuzovat individuálně a nelze činit paušalizované závěry, v jaké výši má být pokuta uložena. Zákon dává Úřadu povinnost posoudit veškeré konkrétnosti spáchaného přestupku a na základě následků přestupku a okolností doprovázejících jeho spáchání vyvodí následně výši uložené pokuty. Tento postup ukládá Úřadu § 121 odst. 2 zákona.

49. Z postupu Úřadu – konkrétně pak z bodů 127. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí – jsou patrné jeho dílčí úvahy, které vedly k uložení pokuty ve výši 50 000 Kč. Úřad nejprve správně zjistil maximální výši pokuty, kterou může uložit. Za přestupek ve smyslu § 120 odst. 2 písm. a) zákona lze uložit pokutu do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do výše 20 000 000 Kč. Podle smlouvy o dílo na předmět plnění veřejné zakázky je cena veřejné zakázky 6 534 000 vč. DPH, horní hranice pokuty je tedy 653 400 Kč.

50. Úřad dále posoudil závažnost spáchaného přestupku a v souladu s vlastní rozhodovací praxí dovodil, že úplné ignorování právních předpisů a kompletní vyloučení hospodářské soutěže je nutno považovat za jedno z nejzávažnějších porušení zákona.

Úřad následně přistoupil k posouzení polehčujících a přitěžujících okolností. V bodě 133. odůvodnění napadeného rozhodnutí je Úřadem posouzena polehčující okolnost, že pokud jde o dobu, po kterou trval protiprávní stav, jednalo se o poměrně krátkou dobu 10 měsíců. V bodech 134. a 135. odůvodnění napadeného rozhodnutí pak Úřad shledal další polehčující okolnosti, a sice okolnost spočívající v době, jež uplynula od spáchání přestupku do jeho potrestání, tedy doba cca 4 let, a dále skutečnost, že se zadavatel opakovaně snažil zadat veřejnou zakázku ve dvou otevřených řízeních. Z napadeného rozhodnutí není patrné, že by Úřad shledal existenci přitěžující okolnosti spáchání řešeného přestupku. Úřad dále posoudil to, zda je nyní řešený přestupek v souběhu s jinými přestupky obviněného a dospěl k závěru, že tomu tak je. S ohledem na to, že nemohl Úřad přistoupit k aplikaci zásady souhrnného trestu v celém jejím rozsahu – tedy zrušení předchozích rozhodnutí o vině a jejich nahrazení novým rozhodnutím, ve kterém dochází k vyjádření se ke všem dílčím přestupkům obviněného – přistoupil Úřad k aplikaci této zásady v rovině uložení trestu – tedy k aplikaci zásady absorpce ve vztahu k výši ukládané pokuty. Tento postup Úřadu je ve větším detailu popsán v bodech 139. až 142. odůvodnění napadeného rozhodnutí. S ohledem na výše uvedené tak v žádném případě neobstojí tvrzení zadavatele uvedené v bodě 34. rozkladu, podle něhož se Úřad vůbec nezabýval zjišťováním skutečností ve prospěch zadavatele.

51. Je na místě poukázat také na závěr Ústavního soudu obsažený v nálezu Ústavního soudu ze dne 9. 3. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 38/02, kde je uvedeno: „*Z charakteru pokuty jako majetkové sankce nutně vyplývá, že má-li být individualizovaná a přiměřená, musí reflektovat i majetkové poměry potrestaného. Stejná výše pokuty uložená majetnému se bude jevit jako směšná a neúčinná, zatímco v případě postihu nemajetného může působit drakonicky a likvidačně. Není tedy porušením principu relativní rovnosti, když dvěma osobám v různých situacích bude uložena pokuta v různé výši, byť by jediným rozdílem jejich situace měly být právě rozdílné majetkové poměry.*“ Na základě výše uvedeného je tedy únosný právní názor, že i kdyby došlo ke spáchání dvou totožných přestupků různými pachateli, mohou se výše uložených pokut lišit s odkazem například na majetkové poměry jednotlivých pachatelů. Posouzení majetkových poměrů obviněného se Úřad věnoval v bodě 143. odůvodnění napadeného rozhodnutí, na základě čehož došel k závěru, že výše uložené pokuty nebude mít pro obviněného likvidační účinek.

52. Lze tedy seznat, že Úřad postupoval při výměře výše pokuty v souladu se zákonem, že zohlednil veškeré dílčí a relevantní okolnosti a na základě jejich posouzení dospěl k výsledné výši pokuty. Dále je možno konstatovat, že napadené rozhodnutí přehledně mapuje tyto dílčí úvahy Úřadu.

53. Nad rámec lze poukázat na rozhodnutí Úřadu, které nesou skutkové podobnosti s řešenou věcí. Ve všech dále zmíněných rozhodnutích bylo prošetřováno porušení zákona mající obdobný následek ve vztahu k narušení hospodářské soutěže. V rozhodnutí Úřadu ze dne 29. 6. 2017, č. j. ÚOHS-S0186/2017/VZ-19607/2017/533/MBu uložil Úřad pokutu ve výši 200 000 Kč, což představuje cca 35 % z maximální možné výše pokuty. V rozhodnutí Úřadu ze dne 15. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0261/2017/VZ-23605/2017/511/LKi uložil Úřad pokutu ve výši 80 000 Kč, tedy

ve výši cca 28,5% z maximální možné výše pokuty. Uvedená rozhodnutí Úřadu byla potvrzena předsedou Úřadu v řízeních o rozkladu. Jak je tedy patrné, Úřad ukládá pokuty i ve vyšších řádech procent, než jaké uvádí obviněný ve svém rozkladu. Je ovšem nutno opětovně akcentovat, že každý případ je nutno posuzovat individuálně. Uvedená námitka obviněného je tedy irelevantní k posuzované věci.

54. S ohledem na to, že právní úprava veřejných zakázek doznala v roce 2016 novelizaci ve formě zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, Úřad správně posoudil to, zda představuje nová právní úprava pro obviněného právní úpravu příznivější. Toto posouzení lze nalézt v bodech 107. a 123. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde je obsáhle vysvětleno, že novější zákon nepředstavuje pro obviněného příznivější právní úpravu.

Obecně k přezkoumání napadeného rozhodnutí

55. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem kromě věcné správnosti výroku I. a II. napadeného rozhodnutí přezkoumal i jeho zákonnost a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu v řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, když napadené rozhodnutí jsem shledal rovněž zákonným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě obviněný dopustil porušení zákona a zda toto porušení bylo způsobilé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro uložení sankce, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití. Úřad rovněž dostatečně a správně posoudil, zda nová právní úprava ZZVZ není pro obviněného, coby pachatele přestupku, příznivější.

56. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení obviněného, že napadené rozhodnutí je nesprávné z důvodu nesprávného posouzení věci a nezákonné z důvodu nepřezkoumatelnosti či nesprávné aplikace právních předpisů. Závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí považuji za správné, dostatečně odůvodněné, vnitřně logicky uspořádané, vycházející z řádně zjištěného skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a rovněž vycházející ze smyslu a účelu zákona.

VI. Závěr

57. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodu uváděných v rozkladu.

58. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:
Česká republika – Ministerstvo financí, Letenská 525/15, 118 01 Praha 1

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy