



UOHSX00ARLBN

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0144/2017/VZ-36171/2017/300/PSe

Brno: 12. prosince 2017

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

- **Česká republika – Český telekomunikační úřad**, IČO 70106975, se sídlem Sokolovská 219/58, 190 00 Praha 9,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-24996/2017/542/PKn ze dne 25. 8. 2017 ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění v souvislosti s možným nedodržením závazného postupu zadavatele ve veřejné zakázce s názvem „**Zajištění služeb servisní podpory IS MOSS, MS Sharepoint a BI/DWH**“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 22. 2. 2016, jejíž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 25. 3. 2016 pod ev. č. 630539,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-24996/2017/542/PKn ze dne 25. 8. 2017

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, (dále jen „**zákon**“ nebo „**zákon č. 137/2006 Sb.**“)¹ zjistil na základě vlastní činnosti skutečnosti vedoucí k přezkoumání postupu zadavatele – České republiky – Českého telekomunikačního úřadu, IČO 70106975, se sídlem Sokolovská 219/58, 190 00 Praha 9, (dále jen „**zadavatel**“) při zadávání veřejné zakázky s názvem „Zajištění služeb servisní podpory IS MOSS, MS Sharepoint a BI/DWH“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 22. 2. 2016, jejíž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 25. 3. 2016 pod ev. č. 630539 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Veřejné zakázce předcházelo zadání veřejné zakázky s názvem „Modulární správní systém pro potřeby Českého telekomunikačního úřadu“, vyhlášené dne 3. 4. 2006 pod ev. č. veřejné zakázky 50020223, jejíž „Oznámení o zadání zakázky“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 9. 2006 pod ev. č. 60001910 (dále jen „**původní veřejná zakázka**“), přičemž zadavatel uzavřel na plnění původní veřejné zakázky, jejímž předmětem bylo vytvoření a dodání aplikačního programového systému „Modulární správní systém pro potřeby Českého telekomunikačního úřadu“, dne 31. 7. 2006 se společností AQUASOFT spol. s r.o., IČO 64946274, se sídlem Rubeška 215/1, 190 00 Praha 9, nyní Solitea Business Solutions s.r.o., (dále jen „**vybraný uchazeč**“) smlouvu o dílo č. AQ 30/06 (dále jen „**smlouva o dílo**“).
3. Dne 18. 3. 2016 zadavatel uzavřel na předmět plnění veřejné zakázky smlouvu č. CTU_2016/022 o servisní podpoře Informačního systému Modulární Správní Systém (dále jen „**servisní smlouva**“). Předmětem servisní smlouvy je poskytnutí servisní podpory zadavateli po dobu 4 let v rozsahu dle čl. 3 servisní smlouvy.
4. Dne 26. 6. 2017 zahájil Úřad toto správní řízení z moci úřední, jelikož získal na základě předložené dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního šetření pochybnosti, zda se zadavatel nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v souvislosti s nedodržením postupu stanoveného v ustanovení § 21 odst. 2 zákona,

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li dále stanoveno jinak. 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 § 274 odst. 1 tohoto zákona.

když zadal veřejnou zakázku 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) zákona, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil sám zadavatel v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření smlouvy o dílo a zároveň zadavatel neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 18. 3. 2016 s vybraným uchazečem servisní smlouvu na veřejnou zakázku.

5. Podle vyjádření zadavatele ze dne 14. 7. 2017, učiněného v průběhu tohoto správního řízení, vycházelo posouzení, zda v daný okamžik existovaly důvody pro použití jednacím řízení bez uveřejnění mimo jiné z „Analýzy podmínek smluvního vztahu na centrální systém pro podporu agend ČTÚ“ (dále také jen „**analýza**“), přičemž závěrem bylo konstatování, že Informační systém Modulární Správní Systém je autorským dílem dle § 2 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**autorský zákon**“), kdy realizace veřejné zakázky prostřednictvím jiné osoby není možná s ohledem na rozsah licenčních oprávnění zadavatele stanovený v čl. VII. odst. 4 smlouvy o dílo.

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 25. 8. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-24996/2017/542/PKn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil sám zadavatel v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření smlouvy o dílo a zároveň zadavatel neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 18. 3. 2016 s vybraným uchazečem servisní smlouvu.
7. V bodě 92 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že: *„Nad rámec výše uvedených důkazů zadavatel ve vyjádření ze dne 9. 8. 2017 navrhl k prokázání jím tvrzených skutečností smlouvu o dílo, smlouvu o servisní podpoře č. 2008/01 ze dne 20. 2. 2008, smlouvu o servisní podpoře č. CTU_68/12 ze dne 24. 2. 2012, Analýzu podmínek smluvního vztahu na centrální systém pro podporu agend ČTÚ, vyjádření zadavatele ze dne 14. 7. 2017 a zprávu o projednání materiálu RVIS ze dne 4. 2. 2016, přičemž s výjimkou smlouvy o dílo Úřad zbývající důkazy neprovedl, neboť je rovněž nepovažoval za potřebné ke zjištění stavu věci. Úřad má za to, že ze zajištěných podkladů, které jsou zařazeny ve správním spise, a k nimž měl zadavatel možnost se vyjádřit, byl v souladu s ustanovením § 3 správního řádu zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti.“*
8. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí uložil podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 300 000 Kč.

9. Při určení výměry pokuty zadavateli přihlédl Úřad k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán, a to mimo jiné tak, že v bodě 106 odůvodnění napadeného rozhodnutí ke způsobu, resp. okolnostem, za kterých byl správní delikt spáchán, konstatoval, že: „(...) *spáchání deliktu bylo způsobeno nesprávným právním posouzením zadavatele, (...) a to i přesto, že zadavatel byl ohledně možného nezákonného postupu varován v analýze, a to konkrétně v bodu 6.1.2. ‚Riziko‘, kde bylo uvedeno, že v případě kontroly veřejné zakázky postavené na § 23 odst. 4 písm. a) zákona, může kontrolní subjekt dojít k názoru, že využití tohoto paragrafu pro realizaci dalších veřejných zakázek formou jednacního řízení bez uveřejnění bylo neoprávněné. Zadavatel tak přes výše uvedené upozornění nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, přičemž dne 18. 3. 2016 uzavřel s vybraným uchazečem v rámci jednacního řízení bez uveřejnění servisní smlouvu na veřejnou zakázku.*“

III. Rozklad zadavatele

10. Dne 11. 9. 2017 byl Úřadu doručen rozklad zadavatele směřující proti napadenému rozhodnutí v celém rozsahu. Jelikož bylo napadené rozhodnutí zadavateli doručeno dne 25. 8. 2017, byl rozklad zadavatele podán v zákonné lhůtě.
11. Zadavatel v rozkladu předně namítá, že správní řízení, které předcházelo vydání napadeného rozhodnutí, bylo Úřadem zahájeno podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, z něhož Úřad dovozuje svou příslušnost k rozhodování. Podle zadavatele však byl tento zákon již zrušen, a nemohl tedy založit příslušnost Úřadu k vedení tohoto správního řízení a k rozhodnutí ve věci, jelikož příslušnost Úřadu k vedení mj. tohoto správního řízení je stanovena přechodným ustanovením § 274 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**ZZVZ**“) podle kterého však Úřad toto správní řízení nezahájil. Proto má zadavatel za to, že napadené rozhodnutí je nicotné ve smyslu § 77 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**správní řád**“).
12. Další zásadní vadou je dle námítky zadavatele vada rozhodnutí spočívající v nedostatku ve skutkových zjištěních ze strany Úřadu, když v řízení nepostupoval tak, aby byl zjištěn stav věci, o kterém nejsou důvodné pochybnosti. Zadavatel namítá, že k prokázání existence důvodů pro použití jednacního řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona navrhl zadavatel množství důkazů, přičemž Úřad některé z nich neprovedl. Důkazy, které provedl, pak často nesprávně vyhodnotil.
13. Zadavatel s odkazem na § 52 správního řádu k tomu blíže namítá, že není v daném případě akceptovatelný princip, že správní orgán si bez bližší specifikace důvodů vybírá důkazy, které má za takové, které jsou potřebné ke zjištění stavu věci v situaci, kdy jsou jimi podporována konkrétní tvrzení účastníka řízení. Takové důkazy podle názoru zadavatele musí správní orgán provést a až na základě jejich provedení usoudit, zda jsou pro posouzení věci relevantní či nikoli, resp. učinit negativní závěr o tom, zda tvrzení účastníka jsou těmito důkazy podložena.
14. Zadavatel jako vady řízení, které předcházelo vydání napadeného rozhodnutí, namítá neprovedení zejména následujících důkazů, o nichž tvrdí, že byly třeba ke zjištění stavu věci: výzvy k jednání a nabídky vybraného uchazeče původní veřejné zakázky, analýzy, smlouvy

o servisní podpoře 2008 a 2012. Zadavatel je přesvědčen, že shora uvedené důkazy by doplnily skutková zjištění tak, že by Úřad musel některé své závěry přehodnotit, resp. vůbec neučinit.

15. Zadavatel k tomu dále namítá, že Úřad se v bodě 92 odůvodnění napadeného rozhodnutí toliko omezil na konstatování, že vyjmenované důkazy neprovedl, neboť je nepovažoval za potřebné ke zjištění stavu věci, aniž by uvedl důvody tohoto závěru, a to v situaci, kdy je důkazní břemeno na zadavateli a ten podle svého názoru relevantní důkazy na podporu svých tvrzení navrhuje. Zadavatel, který nese důkazní břemeno, tak nezná důvody, proč důkazy, které na podporu svých tvrzení musí doložit, nejsou pro zjištění stavu věci potřebné, když se domnívá pravý opak. Z uvedeného důvodu je předmětné rozhodnutí rovněž nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů svědčících pro nepřiléhavost konkrétních důkazů.
16. Zadavatel proto namítá, že Úřad zásadním způsobem ovlivnil zjištění skutkového stavu tím, že bez jakéhokoli odůvodnění, natož vyhodnocení zadavatelem navržených důkazů, tyto důkazy neprovedl. Rozhodnutí tak stojí na nedostatečně, resp. nesprávně zjištěném stavu věci, což jej činí nezákonným pro rozpor s ustanovením § 3 a 52 správního řádu.
17. Podrobnou argumentaci směřující proti hodnocení skutkového stavu a proti závěru Úřadu o spáchání správního deliktu ve výroku I. napadeného rozhodnutí zadavatel shrnuje následovně.
18. Závěry Úřadu, že došlo ke spáchání správního deliktu, jsou zcela postaveny na okolnostech uzavření původní smlouvy o dílo s tím, že zadavatel měl vědomě vytvořit stav exkluzivity vybraného uchazeče k možným zásahům do předmětu plnění původní zakázky. Zcela přitom pomíjí obchodní praxi a zvyklosti v době uzavření původní smlouvy o dílo. Rovněž úvahy Úřadu o tom, že měl zadavatel příležitosti k tomu, aby autorskoprávní omezení ze smluvních vztahů odstranil, se zcela míjejí s obchodní realitou, když je zcela zjevné, že ke změně smlouvy je nezbytná vzájemná shodná vůle smluvních stran. Jak vyplývá z čestného prohlášení dodavatele ze dne 4. 12. 2015, tato vůle na straně vybraného uchazeče zcela absentovala. Zadavateli je pak navíc k tíži přičítáno jeho jednání, jehož výsledkem je smluvní ujednání, kterým se nad rámec běžné obchodní praxe snažil alespoň dílčím způsobem zajistit možnost pozáručních zásahů do autorského díla. Zadavatel je naopak přesvědčen o tom, že tímto postupem učinil maximum možného pro budoucí zajištění svých potřeb, přičemž tento rozsah odpovídal tehdejší znalosti zadavatele o budoucích potřebách a možnostech jejich zajištění.
19. Zadavatel také shrnuje, že premisy, na nichž je závěr Úřadu o spáchání správního deliktu postaven, se vyvíjely v čase a v době uzavírání původní smlouvy nebyl takový přístup k dané problematice vůbec na stole. Z dnešního pohledu se tak zadavatelem přijaté řešení může jevit ne zcela nejlepším (avšak ve své době maximálně možným), nejde však s ohledem na uvedené o vědomé či dokonce úmyslné navození a udržování stavu, který by navozoval nutnost postupovat při zadávání veřejné zakázky, jejíž nezbytnost v době zadávání původní veřejné zakázky nadto zadavatel nepředpokládal a s ohledem na objektivně panující stav ani nemohl předpokládat, v jednacím řízení bez uveřejnění.
20. Postup zadavatele při zadání původní veřejné zakázky nebyl předmětem zkoumání ze strany Úřadu a Úřad již tento postup zkoumat nemůže. Zadavateli je tak kladeno za vinu,

že vycházel při zadávání veřejné zakázky ze stavu, který nikdy žádným způsobem zpochybněn nebyl, na jehož vznik neměl (mimo dílčího úspěchu v podobě ujednání o možném pozáručním zásahu do zdrojových kódů) vliv, když nebylo možno autorskoprávní omezení bez součinnosti druhé smluvní strany vyloučit, ze stavu, který vědomě neudržel, resp. který nebylo v jeho moci změnit. Zadavatel jednal při zadávání původní veřejné zakázky zcela v intencích skutkových okolností panujících v dané době a podle příslušné právní úpravy. Následná kriminalizace jeho jednání po více než deseti letech od uzavření smlouvy o dílo na původní veřejnou zakázku je dle zadavatele i z hlediska zásad správního trestání zcela nepřijatelná.

21. Ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí zadavatel namítá nezákonnost spočívající v nepřezkoumatelnosti jeho odůvodnění, neboť z něj není zřejmé, jakým způsobem a zda vůbec Úřad jakékoli polehčující okolnosti zkoumal a k jakým došel závěrům. Chybí totiž i elementární sdělení, že polehčující okolnosti neshledal.
22. Blíže k tomu zadavatel namítá, že zadavatel považuje přinejmenším svou snahu o získání, byť dílčí možnosti pozáručních zásahů za okolnost, která naopak znamenala zlepšení postavení zadavatele v předmětném smluvním vztahu a měla přispět k možnosti alespoň pozáručních zásahů do fungování Informačního systému Modulární Správní Systém (odhlédneme-li od toho, že se toto sjednané oprávnění nepodařilo fakticky naplnit). Být z pohledu Úřadu se tato skutečnost pro určení výše pokuty významnou nejeví, neobsahuje odůvodnění rozhodnutí v části hodnocení okolností spáchání deliktu jakoukoli úvahu o této okolnosti. Tím méně pak obsahuje úvahy Úřadu o jakýchkoli polehčujících okolnostech vůbec.
23. Ve vztahu k hodnocení okolností, za nichž měl být správní delikt spáchán, zadavatel namítá, že Úřad v bodě 106 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyvozuje přitěžující okolnost nikoli ze stavu věci zjištěného důkazními prostředky, ale z důkazu, který jako nepotřebný v řízení neprovedl (viz bod 92 odůvodnění).
24. Zadavatel k tomu namítá, že pokud nebyla analýza jako důkaz Úřadem provedena, pak nebyl řádně zjištěn stav věci a závěry postavené na takovém důkazu nelze považovat za přezkoumatelné a zároveň takovým postupem došlo k porušení zásad činnosti správních orgánů, zejména § 2 odst. 4, § 3 a § 4 odst. 4 správního řádu.
25. Jako další faktor, který činí odůvodnění napadeného rozhodnutí nepřezkoumatelným, je úplná absence úvahy Úřadu směřující k výši pokuty samotné. Úřad vůbec neučinil úvahu podstatné okolnosti do výpočtu výše pokuty a není tedy ani zřejmé, jakým způsobem k samotné výši pokuty Úřad dospěl. Není zřejmé, jak do výše pokuty vstupují jednotlivé Úřadem popsané okolnosti a jak byla pokuta stanovena v poměru k zákonné maximální výši sankce za tento delikt.

Závěr rozkladu

26. Zadavatel proto v rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí prohlásil za nicotné, dále aby napadené rozhodnutí pro jeho nesprávnost a nezákonnost a pro vady správního řízení, které mu předcházelo, zrušil a řízení zastavil, nebo toto rozhodnutí zrušil, vrátil správnímu orgánu I. stupně k dalšímu řízení a zároveň vyslovil závazný právní názor, že ke spáchání správního deliktu nedošlo.

IV. Řízení o rozkladu

27. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

28. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 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.
29. Úřad tím, že v řízení, jež přecházelo vydání napadeného rozhodnutí, neprovedl jako důkaz listinu „Analýza podmínek smluvního vztahu na centrální systém pro podporu agend ČTÚ“, a přitom z obsahu jejího bodu 6.1.2. „Riziko“ vyvodil konkrétní okolnost přitěžující pro určení výměry pokuty, zatížil napadené rozhodnutí rozporem s požadavky § 68 odst. 3 správního řádu, v důsledku čehož je napadené rozhodnutí v rozporu s právním předpisem.
30. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a k vrácení věci Úřadu k novému projednání.

V. K přezkumu zákonnosti napadeného rozhodnutí

K tvrzené nicotnosti napadeného rozhodnutí

31. K námitce nicotnosti napadeného rozhodnutí uvádím následující. Tato námitka rozkladu namítá nedodržení nejzákladnějšího předpokladu zákonnosti postupu Úřadu. Vyřešení této dílčí právní otázky v rámci přezkumu zákonnosti je tedy nutným předpokladem veškerého dalšího přezkumu v tomto řízení o rozkladu. K přezkumu správnosti a zákonnosti jednotlivých meritorních závěrů Úřadu je v řízení o rozkladu možné přistoupit výhradně u takového individuálního správního aktu Úřadu, který zásadně je projevem výkonu pravomoci Úřadu v právním smyslu a který je vůbec způsobilý vyvolat právní následky. Otázka příslušnosti Úřadu v tomto správním řízení je přitom právní otázkou řešenou regulací ex lege, tedy přímým působením právního předpisu.
32. Napadené rozhodnutí Úřad vydal v řízení, jež bylo zahájeno dne 26. 6. 2017, tedy již v době účinnosti ZZVZ, která nastala již dne 1. 10. 2016. Je proto nepochybné, že Úřad měl v době zahájení tohoto správního řízení účinným ustanovením § 248 odst. 3 ZZVZ založenu kompetenci k projednávání přestupků podle ZZVZ a k ukládání pokut za jejich spáchání.
33. Stejně tak je nepochybné, že v okamžiku zahájení tohoto správního řízení bylo účinné přechodné ustanovení § 274 odst. 1 písm. a) ZZVZ, podle něhož se mj. podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, postupuje mj. v řízeních o správních deliktech zahájených Úřadem po dni nabytí účinnosti tohoto zákona, jestliže se týkají zadávání veřejných zakázek nebo rámcových smluv podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.

34. Dispozice ustanovení § 274 odst. 1 písm. a) ZZVZ tedy zakládá Úřadu nutnost, resp. povinnost, aby Úřad postupoval podle zákona č. 137/2006 Sb. v těch řízeních o správních deliktech, která byla zahájena po dni nabytí účinnosti ZZVZ, a která se týkají zadávání veřejných zakázek podle zákona č. 137/2006 Sb. Jinými slovy zákonodárce v dispozici tohoto přechodného ustanovení zachoval příslušnost Úřadu mimo jiné právě pro ty případy, mezi něž spadá i vedení tohoto správního řízení o přestupku zadavatele.
35. Podotýkám přitom, že „postup podle zákona č. 137/2006 Sb.“ není jen postupem podle některých vybraných částí zákona č. 137/2006 Sb., nýbrž podle zákona jako celku (v příslušném znění). Součástí zákona č. 137/2006 Sb. pak tvoří i jeho ustanovení § 121 odst. 4, podle kterého správní delikty podle tohoto zákona v prvním stupni projednává Úřad.
36. Příslušnost Úřadu k vedení tohoto správního řízení tedy není založena jen podle ustanovení § 121 odst. 4 již zrušeného zákona č. 137/2006 Sb., nýbrž společně s působením právní úpravy účinného přechodného ustanovení § 274 odst. 1 písm. a) ZZVZ. Z výše uvedených důvodů tedy nepovažuji postup Úřadu při zahájení a vedení tohoto správního řízení za nezákonný a napadené rozhodnutí proto nepovažuji za nicotné.

K nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí

37. Dalším předpokladem toho, aby v tomto řízení o rozkladu bylo vůbec možno provést přezkum správnosti napadeného rozhodnutí v intencích jednotlivých námitek rozkladu, je naplnění požadavku přezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, jelikož „*pouze přezkoumatelné rozhodnutí je způsobilé být předmětem hodnocení z hlediska tvrzených nezákonností či vad předcházejícího řízení*“, jak je uvedeno kupř. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 121/2016 – 196.
38. V rozsudku č. j. 6 Ads 280/2015 – 40 ze dne 4. 5. 2016 „*Nejvyšší správní soud k této otázce předesílá, že pojem nepřezkoumatelnosti není v soudním řádu správním ani v občanském soudním řádu, který by bylo možno použít podpůrně, blíže objasněn. Výklad tohoto pojmu je věcí právní nauky. Za nesrozumitelné lze obecně považovat takové soudní rozhodnutí, jehož výrok je vnitřně rozporný, kdy nelze zjistit, zda soud žalobu zamítl nebo o ní odmítl rozhodnout, případy, kdy nelze seznat co je výrok a co odůvodnění, dále rozhodnutí, z něhož není patrné, které osoby jsou jeho adresátem, rozhodnutí s nevhodnou formulací výroku, která má za následek, že rozhodnutí nikoho nezavazuje apod. Nedostatkem důvodů pak nelze rozumět dílčí nedostatky odůvodnění soudního rozhodnutí, ale pouze nedostatek důvodů skutkových. Skutkovými důvody, pro jejichž nedostatek je možno rozhodnutí soudu zrušit pro nepřezkoumatelnost, budou takové vady skutkových zjištění, která utvářejí rozhodovací důvody, typicky tedy tam, kde soud opřel rozhodovací důvody o skutečnosti v řízení nezjišťované, případně zjištěné v rozporu se zákonem anebo tam, kdy není zřejmé, zda vůbec nějaké důkazy v řízení byly provedeny.*“ Stejný výklad pak nejvyšší správní soud dlouhodobě judikuje např. v rozsudku č. j. 2 Ads 58/2003 – 75 ze dne 4. 12. 2003 či v rozsudku č. j. 3 As 88/2016 ze dne 31. 10. 2017.
39. Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 4 Azs 155/2017 – 21 ze dne 3. 11. 2017 pak „*Nepřezkoumatelné rozhodnutí nedává dostatečné záruky pro závěr, že nebylo vydáno v důsledku libovůle (viz např. nálezy Ústavního soudu ze dne 20. 6. 1996, sp. zn. III. ÚS 84/94, ze dne 26. 6. 1997, sp. zn. III. ÚS 94/97, nebo ze dne 21. 10. 2004, sp. zn. II. ÚS 686/02).*“

40. Ačkoli výše uvedená či odkazovaná judikatura hovoří o přezkoumatelnosti ve vztahu k soudním rozhodnutím, její přímá aplikovatelnost na přezkum správních rozhodnutí je dána ustanovením § 76 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů, resp. požadavky § 68 odst. 3 správního řádu, podle něhož se v odůvodnění 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.
41. Z napadeného rozhodnutí i ze spisu vedeného ve věci tohoto správního řízení je zřejmé, že zadavatel ve svých vyjádřeních hájil svůj postup při zadání veřejné zakázky, resp. své předcházející právní posouzení smluvních vztahů založených smlouvou o dílo a následně uzavíraných smluv o servisní podpoře, a to opakovaně jak ve svém vyjádření ze dne 14. 7. 2017, tak ve svém vyjádření ze dne 9. 8. 2017, přičemž pokaždé navrhoval mimo jiné i analýzu coby důkaz podporující jeho tvrzení, že důvody pro použití jednacního řízení bez uveřejnění existovaly i v době zadání veřejné zakázky.
42. Úřad pak v reakci na tyto návrhy důkazů ze strany zadavatele uvedl v bodě 92 odůvodnění napadeného rozhodnutí, jak se s nimi vypořádal, tedy i ve vztahu k navrhování analýzy. Na tomto místě odůvodnění Úřad vylíčil, že *„s výjimkou smlouvy o dílo zbývající důkazy neprovedl, neboť je rovněž nepovažoval za potřebné ke zjištění stavu věci. Úřad má za to, že ze zajištěných podkladů, které jsou zařazeny ve správním spise, a k nimž měl zadavatel možnost se vyjádřit, byl v souladu s ustanovením § 3 správního řádu zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti.“* Z výše uvedeného je zřejmé, že mezi navrženými důkazy, jež Úřad ve správním řízení předcházejícím vydání napadeného rozhodnutí neprovedl, tedy byla i analýza s tím hodnocením Úřadu, že ji nepovažoval za potřebnou ke zjištění stavu věci tohoto správního řízení.
43. Současně s tímto dílčím závěrem uvedeným v bodě 92 odůvodnění napadeného rozhodnutí však Úřad v bodě 106 odůvodnění napadeného rozhodnutí při přihlížení ke způsobu, resp. okolnostem, za kterých měl být správní delikt spáchán, uvedl, že *„spáchání deliktu bylo způsobeno nesprávným právním posouzením zadavatele, (...) a to i přesto, že zadavatel byl ohledně možného nezákonného postupu varován v analýze, a to konkrétně v bodu 6.1.2. „Riziko“, kde bylo uvedeno, že v případě kontroly veřejné zakázky postavené na § 23 odst. 4 písm. a) zákona, může kontrolní subjekt dojít k názoru, že využití tohoto paragrafu pro realizaci dalších veřejných zakázek formou jednacního řízení bez uveřejnění bylo neoprávněné. Zadavatel tak přes výše uvedené upozornění nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, přičemž dne 18. 3. 2016 uzavřel s vybraným uchazečem v rámci jednacního řízení bez uveřejnění servisní smlouvu na veřejnou zakázku.“*
44. Z výše uvedených obsahů bodu 92 a bodu 106 odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmý jejich rozpor. Úřad na straně jedné uvádí, že v řízení předcházejícím vydání napadeného rozhodnutí obsah analýzy jako důkaz vůbec neprováděl a současně na straně druhé uvádí, že z konkrétního bodu analýzy dovedl způsob, resp. okolnost, za kterých měl být správní delikt spáchán, a že tato okolnost je tedy významná z hlediska rozhodování Úřadu o určení výměry pokuty ve smyslu § 121 odst. 2 zákona, podle jehož ustanovení se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

45. Úřad tedy zároveň na různých místech téhož odůvodnění napadeného rozhodnutí vůbec poprvé během vedení tohoto správního řízení vylíčil své úvahy, kterými se při vedení tohoto správního řízení řídil, a tyto úvahy jsou ve vzájemném rozporu. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí proto není zřejmé, zda vůbec byl či nebyl obsah analýzy v řízení proveden coby důkaz, jelikož to Úřad na jednom místě vylučuje a na druhém místě obsahem analýzy opodstatňuje své dílčí závěry. Právě k tomuto rozporu není z odůvodnění napadeného rozhodnutí ani zřejmé, zda Úřad v tomto směru opřel své rozhodovací důvody výhradně o skutečnosti v tomto správním řízení zjišťované, či nikoli.
46. Přezkoumatelnost správnosti a zákonnosti napadeného rozhodnutí a zákonnosti řízení, jež jeho vydání předcházelo, je rovněž narušována tím, že v bodě 92 odůvodnění napadeného rozhodnutí ani v žádné jiné pasáži odůvodnění napadeného rozhodnutí nejsou Úřadem blíže konkretizovány důvody, pro něž nepovažuje zadavatelem navrhované důkazy za potřebné ke zjištění stavu věci, jak Úřad paušálně uvedl. Tato okolnost nemusí nutně svědčit o nezákonnosti postupu Úřadu v řízení, resp. o neúplnosti zjištění skutkového stavu věci, nicméně neosvětluje dostatečně vztah mezi (alespoň rámcovým) obsahem navrhovaných a neprovedených důkazů na straně jedné a jednotlivými aspekty stavu věci, které Úřad (eventuálně) zjistil na základě provedení jiných důkazů, než těch, které zadavatel navrhoval a které nebyly provedeny. Vysvětlení, proč například nějaký navrhovaný důkaz nemá způsobilost jakkoli relevantně ovlivnit či změnit Úřadem zjištěný stav věci, nepochybně posiluje záruky pro závěr, že napadené rozhodnutí nebylo vydáno v důsledku libovůle.
47. Podobně je přezkoumatelnost správnosti a zákonnosti napadeného rozhodnutí narušována tím, že Úřad v žádné pasáži odůvodnění napadeného rozhodnutí explicitně neuvádí, jaký význam svým dílčím závěrům uvedeným v bodě 106 přisoudil, zda takové dílčí závěry Úřadu mají představovat vyhodnocení okolnosti polehčující či okolnosti přitěžující. Podobně není alespoň rámcově zřejmé, zda k takovýmto dílčím závěrům Úřad přihlédl při určení výměry pokuty, resp. jak.
48. Z výše uvedených důvodů tedy považuji napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné, resp. v rozporu se zákonnými požadavky na obsah rozhodnutí plynoucími z § 68 odst. 3 správního řádu.

K dalšímu postupu Úřadu po vrácení věci

49. Při novém projednání věci je Úřad povinen ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zohlednit závazné právní názory vyslovené v tomto rozhodnutí. Úřad především přezkoumatelným způsobem uvede, jak se vypořádal se všemi důkazními návrhy zadavatele, a pokud některé z nich neprovede, přezkoumatelně (a tedy jednoznačně) vysvětlí, proč tak neučinil zejména z pohledu nutného rozsahu i obsahu zjišťovaného stavu věci.
50. Dále je třeba, aby po novém projednání věci bylo z přezkoumatelně (a tedy jednoznačně) provedeného dokazování zřejmé i to, zda a jaký význam měly jednotlivé důkazy provedené Úřadem při eventuálním určení výměry pokuty.
51. Jelikož jsem v rámci přezkumu zákonnosti zjistil, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání pro nezákonnost spočívající v jeho nepřezkoumatelnosti, není pro tuto vadu možné natož hospodárné přezkoumávat správnost rozhodnutí v rozsahu námitek rozkladu.

52. Při novém projednání věci bude Úřad brát v úvahu obsah rozkladu jakožto součást spisu vedeného ve věci tohoto správního řízení. Pokud z jeho obsahu budou Úřadu zřejmé takové argumenty zadavatele, které směřují k jeho obhajobě vůči obvinění odpovídajícímu věci tohoto správního řízení a současně se kterým Úřad v dosavadním průběhu řízení nevyvořoval, v odůvodnění nově vydaného rozhodnutí ve věci uvede Úřad způsobem podle § 68 odst. 3 správního řádu nově i úvahy, kterými se bude řídit při jejich hodnocení.
53. Nelze totiž přehlédnout, že toto správní řízení je vedeno ve věci *trestního obvinění* zadavatele v širším slova smyslu, jak je chápáno čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod. K procesním důsledkům tohoto charakteru obvinění (odpovídajícímu i věci tohoto správního řízení) se Nejvyšší správní soud vyjádřil např. v rozsudku č. j. 1 As 96/2008 – 118 ze dne 22. 1. 2009, podle něhož: *„Žalovaný krom toho přehlídí, že přezkoumávané rozhodnutí bylo vydáno v řízení o přestupku, které má oproti obecně pojímanému správnímu řízení svá specifika. (...) Jak bylo právě vysvětleno, v řízení o přestupku se neuplatní § 82 odst. 4 správního řádu, který neumožňuje účastníkům uplatňovat v odvolání nové skutečnosti a nové důkazy.“*

VI. Závěr

54. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí je v rozporu s požadavky § 68 odst. 3 správního řádu, dospěl jsem k závěru, že jsou dány předpoklady § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu pro rozpor s právním předpisem.
55. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal, že nastaly zákonné podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání, jsem rozhodl 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 – Český telekomunikační úřad, Sokolovská 219/58, 190 00 Praha 9

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy