



UOHSX00ASR70

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0165/2017/VZ-37623/2017/321/OMa

Brno: 22. prosince 2017

V řízení o rozkladu ze dne 2. 10. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **Česká republika – Ministerstvo obrany**, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0286/2017/VZ-27179/2017/531/MHo ze dne 18. 9. 2017 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Maintenance APV a DZ GINIS**“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 15. 6. 2015, přičemž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 7. 2015 pod ev. č. zakázky 514131, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 7. 2015 pod ev. č. 2015/S 135-249837,

jsem podle ustanovení § 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 ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0286/2017/VZ-27179/2017/531/MHo ze dne 18. 9. 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. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 (dále jen „**zadavatel**“ nebo „**obviněný**“) zahájil odesláním výzvy k jednání ze dne 15. 6. 2015 podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, zadávací řízení veřejné zakázky s názvem „Maintenance APV a DZ GINIS“, přičemž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 7. 2015 pod ev. č. zakázky 514131, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 7. 2015 pod ev. č. 2015/S 135-249837 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Předmětem plnění veřejné zakázky je dle čl. 1 výzvy k jednání ze dne 15. 6. 2015 „*poskytnutí služby maintenance k aplikačnímu programovému vybavení a datové základně pro Finanční informační systém a pro Informační systém o službě a personálu (dále jen ‚APV a DZ‘)*“. *Podrobný popis předmětu plnění veřejné zakázky je uveden v návrhu základních smluvních podmínek, na kterých zadavatel trvá, který je uveden v příloze č. 1 k MOCR 3468-9/2015-1350 (dále jen ‚smlouva‘)*“.
2. Dne 29. 6. 2015 uzavřel zadavatel se společností GORDIC spol. s r. o., IČO 47903783, se sídlem Erbenova 2108/4, 586 01 Jihlava (dále jen „**vybraný uchazeč**“ nebo „**vybraný dodavatel**“), „Smlouvu č. 155310361 na poskytnutí služby maintenance k aplikačnímu programovému vybavení a datové základně pro Finanční informační systém a pro Informační systém o službě a personálu“.
3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, na základě posouzení dokumentace o veřejné zakázce získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění (dále též „**JŘBU**“) podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a proto dne 27. 7. 2017 zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona při zadávání veřejné zakázky.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 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, není-li dále uvedeno jinak.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 18. 9. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0286/2017/VZ-27179/2017/531/MHo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým výrokem I. rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal s odkazem na existenci technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv vybraného uchazeče v jednacím řízení 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 a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž postup obviněného mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 29. 6. 2015 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
5. Výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. pokutu ve výši 750 000 Kč.
6. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že obviněný nemohl při uzavírání původních smluv nevědět, že určité konkrétní činnosti (rozvoj, údržba, servis informačních systémů) bude potřeba v budoucnu zabezpečit. Nelze tak konstatovat, že by potřeba předmětných činností vznikla nezávisle na vůli obviněného a že postup v souvislosti s vytvořením stavu exkluzivity vybraného uchazeče by byl pouze „nešikovný“. Obviněný si naopak pouze vytvářel na vybraném dodavateli větší a větší závislost, místo aby si sjednal možnost libovolně nakládat s informačními systémy.

III. Námitky rozkladu

7. Dne 2. 10. 2017 byl Úřadu proti napadenému rozhodnutí doručen rozklad zadavatele z téhož dne. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 18. 9. 2017. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
8. Zadavatel namítá, že Úřad je povinen v souladu s § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zjistit skutkový stav věci, o kterém nejsou důvodné pochybnosti, a obviněný nemusí prokazovat svoji nevinu. Dle zadavatele je tedy povinností Úřadu prokázat, že zadavatel skutečně mohl poptávané plnění získat i jiným způsobem než prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel je toho názoru, že čestným prohlášením prokázal, kdo je držitelem autorských práv, přičemž ze zadávací dokumentace veřejné zakázky vyplývá, že je nutný zásah do těchto práv.
9. Další námitky zadavatele směřují proti skutečnosti, že Úřad měl učinit správní uvážení v oblasti alespoň z části technické, aniž by k tomu měl podklady v zadávací dokumentaci, odborný posudek nebo alespoň prohlášení vlastníka autorských práv. Dle zadavatele měl totiž Úřad určit, že jakákoliv nová či upravená verze programu nemusí souviset s programem původním. Dle zadavatele tak Úřad použil správní uvážení v oblasti, ve které je používat nesmí. Konkrétně pak Úřad dle zadavatele nemůže dostatečně rozumět technickému zpracování počítačového programu natolik, aby mohl najisto tvrdit, že rozvíjení Finančního informačního systému a Informačního systému o službě a personálu (dále též „**FIS a ISSP**“) mohl konat jiný dodavatel.

10. Zadavatel dále nesouhlasí se závěry Úřadu ohledně zásahu do autorských práv a namítá, že by se jednalo o neoprávněný zásah do osobnostních autorských práv. K tomu uvádí, že se snažil získat souhlas vlastníka k zásahu do jeho práv, který mu sdělil, že mu ho neudělí. Dle zadavatele nelze též vztáhnout § 66 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**“) na realizaci potřebných zásahů prostřednictvím třetí osoby. Zadavatel je toho názoru, že z důvodu neexistence žádné evidence autorských práv nemohl zadavatel autorská práva prokázat jiným způsobem než čestným prohlášením.
11. Zadavatel namítá, že zákon nedefinuje skutkovou podstatu předmětného přestupku tak, že zadavatel porušil zákaz dostat se do závislosti na konkrétním dodavateli. Dle zadavatele pokud by závislost na jednom dodavateli měla být objektem přestupku, došlo by k porušení zásady nullum crimen sine lege certa a jednalo by se o nedovolené rozšíření skutkové podstaty přestupku. Nadto zadavatel uvádí, že se do této závislosti dostal v době, kdy škodlivost takového jednání ještě nebyla judikaturou vyslovena. Zadavatel též namítá, že vzhledem k autorským právům nebylo možné zadat veřejnou zakázku jinému dodavateli a tedy zadavatel nemohl omezit hospodářskou soutěž.
12. K výroku II. zadavatel namítá, že před Úřadem probíhají tři obdobná řízení, přičemž má zadavatel za to, že Úřad měl vést společné řízení a poté stanovit úhrnný správní trest při použití absorpční zásady. Jelikož však nyní již řízení spojit nelze, trpí napadené rozhodnutí dle zadavatele nepřekonatelnou procesní vadou, pro kterou nemůže obstát. Dále zadavatel namítá, že pokud by Úřad dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil přestupku, tak je zřejmé, že se ho dopustil v právním omylu negativním, kdy se domníval, že jedná v souladu s právem, který by měl být brán v úvahu jako polehčující okolnost. Další polehčující okolností je dle zadavatele skutečnost, že neměl v úmyslu se přestupku dopustit a že pravomocné rozhodnutí a samotné projednání povede k tomu, že se obdobného protiprávního jednání již nedopustí.

Závěr rozkladu

13. Zadavatel navrhuje, aby Úřad napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

14. 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

15. 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 s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
16. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou

v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu zadavatele.

V. K námitkám rozkladu

Obecně k jednacímu řízení bez uveřejnění

17. Úvodem považuji za vhodné se nejdříve stručně vyjádřit k otázce samotného použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť je účelné v širších souvislostech uvést, proč je zákonná úprava tohoto druhu zadávacího řízení, potažmo též judikatura správních soudů, natolik „přísná“ až restriktivní.
18. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
19. Zadávací řízení bez uveřejnění, jakožto typ řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců, je možné použít toliko ve výjimečných případech a za situace, jsou-li splněny veškeré podmínky stanovené zákonem. Výjimečnost použití jednacího řízení bez uveřejnění (tj. v zákonem taxativně vymezených případech) je odůvodněna mimo jiné tím, že jde o málo formalizovaný druh zadávacího řízení, kladoucí na zadavatele poměrně omezené požadavky a jako takový je relativně málo transparentním druhem zadávacího řízení. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek v podobě dílčích předpokladů použití jednacího řízení bez uveřejnění, jež jsou uvedeny v jednotlivých odstavcích § 23 zákona, a to proto, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo ze strany zadavatelů zneužíváno. Vzhledem k tomu, že v jednacím řízení bez uveřejnění se může zadavatel obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, lze hovořit o určitém omezení hospodářské soutěže, avšak za zákonem akceptovatelných důvodů. I přesto je ustanovení § 23 zákona koncipováno (až na výjimky) jako pouhé oprávnění, nikoliv povinnost, v případech zde stanovených zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění.
20. O aplikaci příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, který současně za volbu správného způsobu zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Předmětem sporného posouzení ve věci nyní projednávané je především otázka, zda zadavatel unesl důkazní břemeno v souvislosti s prokázáním podmínek opravňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění.
21. V této souvislosti odkazuji (stejně jako Úřad v napadeném rozhodnutí) na rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“), konkrétně na rozsudek C-385/02 ze dne 14. 9. 2004 Komise proti Itálii, ve kterém SDEU konstatoval, že ustanovení, která povolují výjimky z pravidel při zadávání veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává, tedy zadavatel. V tomto rozsudku SDEU dále u veřejné zakázky na stavební práce konstatoval, že návaznost jednotlivých prací týkajících se složitých projektů byla technickým důvodem, ale že pouhé tvrzení o složitosti a náročnosti prací, jichž se veřejná zakázka týkala, nepostačovalo k prokázání, že zakázka mohla být provedena jen určitým

dodavatelem. Obdobně se SDEU vyjádřil v rozsudku C-57/94 ze dne 18. 5. 1995 Komise proti Itálii, a dodal, že zadavatel musí prokázat nejen existenci těchto důvodů, ale také, že kvůli těmto důvodům bylo naprosto nezbytné zadat zakázku určitému uchazeči.

22. Stejný výklad lze dovodit i z rozhodovací praxe tuzemských soudů, např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 11. 2015 č. j. 3 As 18/2015-32, v němž soud uvedl, že *„Nejvyšší správní soud k otázce naplnění shora vymezených podmínek nejprve poznamenává, že jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce (či omezený okruh zájemců), přičemž použití tohoto řízení je vázáno na splnění omezujících podmínek z důvodu zabránění případného zneužití takového typu zadávacího řízení. Veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění je možné zadat v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není možné dosáhnout v ‚klasickém‘ zadávacím řízení, tj. soutěží o zakázku (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, všechny citované rozsudky Nejvyššího správního soudu jsou dostupné na www.nssoud.cz). Jednací řízení bez uveřejnění tak představuje výjimečný postup, který je zadavatel oprávněn použít výlučně za naplnění zákonem taxativně stanovených podmínek. Je tomu tak zejména z toho důvodu, že tento druh zadávacího řízení je jediným druhem řízení, pro který neplatí zákonná povinnost uveřejnit jeho zahájení vůči neomezenému počtu potencionálních dodavatelů; zadavatel oslovuje pouze předem určené subjekty a z povahy věci tak dochází (ač k zákonem předvídanému) omezení hospodářské soutěže. Vedle toho se jedná o druh zadávacího řízení, ve kterém zadavatelem nemusí být striktně dodržována stanovená procesní pravidla.“* Obdobné závěry o nesení důkazního břemene vyslovil rovněž Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 31. 8. 2015 č. j. 8 As 149/2014-68.

K důvodům použití jednacího řízení bez uveřejnění

23. Zadavatel odůvodnil nezbytnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění v „Doplnění stanoviska“ (č. j. 775-6/2015-1350) ze dne 16. 6. 2017 následujícím způsobem: *„Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel v čase vypsání zakázky nemohl volit jiný způsob zadání, a to nejen z technických důvodů a z důvodů ochrany výhradních práv autora systému, ale i z důvodů významné nevhodnosti jiného postupu.“*
24. Úřad se nejprve zabýval tím, zda zadavatel splnil zmíněné technické důvody jako důvody, které by opravňovaly použití jednacího řízení bez uveřejnění v souladu s § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Úřad došel k tomu, že zadavatel nepředložil důkazy osvědčující možnost použití jednacího řízení bez uveřejnění na základě technických důvodů. Z následného vyjádření obviněného v rozkladu však vyplývá, že technické důvody zmínil v dané větě v jiném smyslu (pouze jako podpůrný důvod pro zvolený způsob zadání veřejné zakázky), než v jakém je Úřad vyložil, a ani on sám je nepovažoval za relevantní důvod pro naplnění podmínek zadání zadávacího řízení v JŘBU. Z právě uvedeného tedy vyplývá, že technické důvody nebyly oním důvodem, proč zadavatel zadával veřejnou zakázku postupem v JŘBU. Posouzení jejich naplnění je proto nadbytečné.
25. V právě projednávaném případě tedy zadavatel zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění na základě § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu ochrany výhradních práv vybraného uchazeče. K tomu je nutno nejprve uvést, že aplikace § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, kdy je objektivně a beze vší pochybnosti prokázáno,

že předmět veřejné zakázky může být realizován pouze jediným dodavatelem, který disponuje určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel, z důvodu specifčnosti tohoto předmětu plnění či zvláštních okolností, za nichž je veřejná zakázka zadávána. Z uvedeného vyplývá, že musí být dána prokazatelná objektivní nemožnost ostatních dodavatelů, poskytnout zadavateli jím požadované plnění a pro zadavatele tedy neexistuje jiné řešení než veřejnou zakázku zadat pouze jednomu konkrétnímu dodavateli. V této souvislosti je přitom třeba zdůraznit, že zadavatel je povinen nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že objektivně neexistuje více než jeden možný dodavatel veřejné zakázky. Přitom k posouzení existence důvodů ochrany výhradních práv, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. Podstatná je pak povinnost zadavatele zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacního řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná ze strany orgánu dohledu.

26. Při posuzování naplnění podmínek pro § 23 odst. 4 písm. a) zákona je nutné zkoumat dvě stránky – formální a materiální. Formální stránka spočívá v tom, že objektivně existují výhradní práva svědčící konkrétnímu dodavateli, kvůli nimž není možné zadat veřejnou zakázku jinému dodavateli. Materiální stránka je poté naplněna v případě, že si stav výlučnosti (exkluzivity), tedy stav naplnění formální stránky, nevytvořil zadavatel sám. Pro možnost zadání veřejné zakázky v JŘBU z daného důvodu je tedy nutné kumulativní naplnění obou zmíněných stránek.
27. I pokud by v daném případě byla naplněna formální stránka podmínky použití JŘBU, muselo by k naplnění formální stránce přistoupit i naplnění stránky materiální. V daném případě je nutné řešit pouze materiální stránku věci, jelikož se jedná o stránku, kterou primárně zkoumal i Úřad v napadeném rozhodnutí (viz bod 92 odůvodnění napadeného rozhodnutí) a o níž učinil závěr, že tato část podmínky nebyla naplněna. Je na obviněném, aby prokázal nade vše pochybnost, že si stav exkluzivity nezpůsobil sám svým jednáním při uzavírání původní smlouvy.
28. Z licenčních ujednání jednotlivých dílčích smluv, které byly mezi obviněným a vybraným uchazečem uzavřeny v mezidobí od uzavření původních smluv do uzavření smlouvy na plnění předmětné veřejné zakázky, vyplývá, že na obviněného nepřešla žádná vlastnická práva k předmětu plnění původních smluv Finančního informačního systému a Informačního systému o službě a personálu. Vybraný uchazeč zadavateli poskytl pouze nevýhradní a nepřevoditelné oprávnění k výkonu práva dodané a převzaté předměty díla rozmnožovat, a to za účelem jejich provozního užití. Obviněný tak nemohl s Finančním informačním systémem a Informačním systémem o službě a personálu volně nakládat, neboť na to neměl příslušná oprávnění. Ostatně, i sám obviněný prostřednictvím čestného prohlášení vybraného dodavatele tuto skutečnost dokládá.
29. Z uvedeného pak vyplývá, že si obviněný při uzavírání původní smlouvy nevymínil takové licenční podmínky, které by mu umožnily zadat navazující veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení, než je JŘBU. S Úřadem se přitom ztotožňuji v jeho závěru, že obviněný si musel být již při uzavírání původní smlouvy vědom, že v budoucnu vznikne potřeba systém dále rozvíjet (srov. k tomu blíže bod 99 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Danou

skutečnost dokládá například značné množství navazujících smluv. Z uvedeného tak vyplývá, že zadavatel nesplnil materiální podmínku použití JŘBU.

K důkaznímu břemenu v jednacím řízení bez uveřejnění

30. Nevymíněním si výhodnějších licenčních podmínek v původní smlouvě se tak obviněný dostal do situace, kdy stál před rozhodnutím, jakým způsobem zajistit navazující potřebné plnění, a přiklonil se k zadání veřejné zakázky v JŘBU. Pokud ale obviněný upřednostnil tento druh zadávacího řízení, byl také povinen před zvolením takového druhu zadávacího řízení důkladně posoudit a odůvodnit, že splňuje podmínky pro zadání veřejné zakázky v JŘBU.
31. Důkazní břemeno ve věci prokázání podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění leží na zadavateli. Přitom fakt, že břemeno tvrzení a navazující břemeno důkazní ve věcech prokazování oprávněného užití jednacím řízení bez uveřejnění stíhá zadavatele, výslovně vyplývá z řady rozhodnutí tuzemských správních soudů (příkladem z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 3. 10. 2013, č. j. 62 Af 48/2012-160, popřípadě z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2015, sp. zn. 8 As 149/2014), z judikatury Soudního dvora Evropské unie (např. rozsudek C-385/02 ze dne 14. 9. 2004 Komise proti Itálii), z rozhodovací praxe Úřadu (viz například č. j. ÚOHS-R1/2014/VZ-19868/2014/320/LKo/PKl ze dne 19. 9. 2014 nebo č. j. ÚOHS-R146/2014/VZ-37223/2015/321/TNo ze dne 4. 11. 2015). K takovému „zatížení“ zadavatele došlo „vědomě“, jako logický následek dlouhodobého, konstantního a restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, jakožto nejjednoduššího, nejméně formálního a málo transparentního druhu zadávacího řízení. Tato premisa má být zadavateli známa, a tedy rozhodne-li se i přesto zadávat veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, pak musí nést s tím spojené „těžkosti“ v podobě nutného prokazování důvodů pro oprávněné uplatnění § 23 zákona. S ohledem na uvedené se nelze ztotožnit s tvrzením zadavatele, že neměl povinnost prokazovat svoji „nevinu“.
32. K tomu odkazují na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015-80, dle kterého *„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. K tomuto dále uvádím, že zadavatel se svých povinností nemůže zbavit s odkazem na základní zásady činnosti správních orgánů, jak namítá zadavatel v rozkladu. I přesto, že Úřad nemůže zcela rezignovat na zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, je to primárně zadavatel, kdo zajišťuje důkazy k prokázání výjimečných podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Úřad přitom pouze posuzuje, zda zadavatel prokázal existenci podmínek pro užití jednacím řízení bez uveřejnění. 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. 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 pro uplatnění § 23 odst. 4 písm. a) zákona.

34. Co se týče tvrzení zadavatele ohledně povinnosti Úřadu zjistit stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti ve smyslu § 3 správního řádu, uvádím následující. Není sporu o tom, že je správní řízení zpravidla ovládáno zásadou vyšetřovací a zásadou materiální pravdy. Avšak skutečnost, že správní řád připouští možné výjimky z předmětné zásady, vyplývá i ze samotného znění § 3 správního řádu, kde sice je stanovena povinnost správního orgánu postupovat 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, avšak to tehdy, nevyplývá-li ze zákona něco jiného. Proto je-li ve správním řádu výslovně zakotvena povinnost správních orgánů (potažmo tedy i Úřadu) postupovat v souladu se zásadou materiální pravdy, neznamená to, že z tohoto pravidla není přípustná výjimka, resp. že toto pravidlo nemůže být relevantním právním předpisem či judikaturou správních soudů modifikováno či oslabeno. Tak se tomu stalo i v právě posuzované věci v souvislosti s prokazováním důvodů pro oprávněné uplatnění § 23 zákona. Uvedené pak odůvodňuje potřeba omezit používání tohoto druhu zadávacího řízení na mimořádné případy, a to v zájmu zachování co nejvíce transparentního postupu zadavatele a otevřené hospodářské soutěže. Nadto pouze zadavatel může mít takové podklady a důkazy, které mohou odůvodňovat využití jednacích řízení bez uveřejnění. S odkazem na již výše prezentované mohu i tuto námitku zadavatele, spočívající v tvrzení, že Úřad musí prokázat zadavateli, že mohl předmět veřejné zakázky zadat i v jiném druhu zadávacího řízení, jako nedůvodnou odmítnout.

K částem týkajícím se autorských práv

35. Zadavatel namítá, že Úřad neopodstatněně naznačuje, že předmětná zakázka mohla být plněna jiným dodavatelem, mimo JŘBU. Zadavatel totiž poukazuje na to, že Úřad dle něj vyvozuje, že jakákoliv nová, či upravená verze programů, jež jsou předmětem kontinuálních zadávacích řízení, nemusí souviset s původními verzemi těchto programů, a s tímto zadavatel zásadně nesouhlasí. V souvislosti s tímto pak zadavatel poukazuje na skutečnost, že na základě ustanovení § 66 autorského zákona nemohl předmět veřejné zakázky realizovat prostřednictvím dodavatelů, kteří nejsou vlastníky autorských práv k předmětnému programu. Z čestného prohlášení vlastníka těchto autorských práv (vybraného uchazeče) pak zadavatel vyvodil, že tento neudělil a ani nemá v plánu udělit souhlas dle § 11 odst. 3 autorského zákona. Dle zadavatele tak bylo třeba respektovat autorská práva jejich vlastníka – což však dle zadavatele vedlo k tomu, že nebylo možné zadat veřejnou zakázku jinému dodavateli.
36. K těmto námitkám uvádím, že polemika Úřadu ohledně daných skutečností, tedy možností plnění jiným dodavatelem a aplikovatelností § 66 odst. 1 autorského zákona, byla s ohledem na závěry výše uvedené nadbytečná a učiněná nad rámec nutného posouzení splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. V této souvislosti je stěžejní závěr Úřadu uvedený v bodech 96 – 101 odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle

kterého si zadavatel stav exkluzivity, tedy závislosti na jednom dodavateli, způsobil sám. Jestliže tedy Úřad správně konstatoval tuto skutečnost, nebylo již zapotřebí zkoumat další související podmínky, jako je rozsah oprávnění z autorských práv vyplývajících a možnost užití § 66 odst. 1 autorského zákona. Dané skutečnosti tak nemůžou změnit nic na závěru, že si zadavatel stav exkluzivity způsobil sám, a proto tuto námitku považují za irelevantní.

K námitce špatného použití správního uvážení

37. Jednou ze svých námitek v rozkladu zadavatel zpochybňuje způsob, jakým bylo použito správní uvážení v části týkající se nutnosti či nenutnosti navázání na původní verzi programu u nových verzí daných programů. Dle zadavatele lze z napadeného rozhodnutí vyvodit, že jakákoliv nová či upravená verze programu nemusí souviset s programem původním, přičemž ale dle zadavatele nemá Úřad k danému závěru žádnou oporu. Dle zadavatele by pro takový závěr musel Úřad disponovat odborným posudkem nebo prohlášením vlastníka autorských práv. Jelikož však Úřad danými dokumenty nedisponoval, učinil tak tento závěr na základě svého vlastního uvážení v oblasti, která není právní, ale která je technická – tedy mimo své limity správního uvážení. Daný postup pak byl dle zadavatele v rozporu se zásadou materiální pravdy – a na to navazujícími zásadami legality, přiměřenosti a předvídatelnosti rozhodnutí správních orgánů.
38. Zprvu je nutno konstatovat, že z uvedené námitky zadavatele není zcela patrné, co konkrétně je postupu Úřadu, či napadenému rozhodnutí vytýkáno. Resp. lze usoudit, že námitku směřuje zadavatel proti tomu, jak Úřad posoudil existenci formální stránky důvodu ochrany výhradních práv vybraného uchazeče. Zadavatel tuto námitku ovšem nikterak nespécifikuje a neobohacuje o relevantní podklady. Toto způsobuje značnou problematičnost vypořádání se s uvedenou námitkou zadavatele. Na tomto místě lze ovšem uvést, že pro daný případ nemá posouzení této skutečnosti relevanci. Jelikož Úřad správně dovodil, že ze strany zadavatele nedošlo k prokázání toho, že by si ‚stav exkluzivity‘ nezpůsobil sám, je vyloučeno to, aby naplnění formální stránky důvodu ochrany výhradních práv vybraného uchazeče, mohlo zhojit neoprávněnost použití JŘBU. S uvedenou námitkou se tedy nelze věcně vypořádat, ale lze ji – obdobně jako je tomu v bodě 36. odůvodnění tohoto rozhodnutí – označit za irelevantní ve vztahu k posuzované věci.

K neexistující skutkové podstatě přestupku a k judikatuře na danou problematiku

39. K námitce zadavatele, že zákon nedefinuje skutkovou podstatu tohoto přestupku tak, že zadavatel porušil zákaz dostat se do závislosti na konkrétním dodavateli, a dále že se zadavatel dostal do stavu závislosti v době, kdy nebyla škodlivost takové závislosti judikována, uvádím následující.
40. Zákonná úprava sice podmínku, aby zadavatel svým vlastním jednáním nezpůsobil stav, na který se následně při použití jednacího řízení bez uveřejnění odvolává, neobsahuje, nicméně vzhledem ke zvláštní povaze tohoto druhu zadávacího řízení musejí být podmínky pro použití institutu jednacího řízení bez uveřejnění vykládány striktně, aby nedocházelo k jeho zneužití v neprospěch hospodářské soutěže. Nelze tedy toto ustanovení vykládat jinak, než že podmínky, které zadavatele k použití jednacího řízení bez uveřejnění opravňují, musejí skutečně existovat objektivně, nezávisle na jeho vůli. V opačném případě by totiž právní úprava zadávání veřejných zakázek týkající se jednacího řízení bez uveřejnění ztratila význam, neboť zadavatelé by se např. právě z důvodu ochrany výhradních práv mohli zcela

zprostit povinnosti zadávat veřejné zakázky prostřednictvím jiných druhů zadávacích řízení. Stačilo by pouze v rámci svých předchozích vztahů s dodavateli „vhodně“ upravit či naopak neupravit potřebné obchodní podmínky. Tomuto závěru přitom plně odpovídá i rozhodovací praxe správních soudů, přičemž jako příklad lze uvést rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013 č. j. 5 Afs 43/2012-53, který považuji za přílehlavý. Nadto je nutné zmínit, že obviněný není trestán za to, co učinil v minulosti, tedy za přešlé (či úplně původní) veřejné zakázky, ale za to, jakým způsobem zadal veřejnou zakázku, jež je předmětem daného správního řízení.

41. K tvrzení, že judikatura tento výklad o objektivním nezaviněně vytvořeném stavu exkluzivity vyslovila až v době, kdy již zadavatel v závislosti na konkrétním dodavateli byl, uvádím, že výklad v těchto rozsudcích rozvíjí myšlenky již dříve uvedené v soudní judikatuře i v judikatuře Soudního dvora EU týkající se povinnosti unést důkazní břemeno zadavatelem při zadávání jednacího řízení bez uveřejnění. Nadto odkazuji na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2016, č. j. 9 As 54/2016 – 45, jež uvádí, že „[J]udikatura vykládá pojmy a podává výklady právních předpisů, které platí po dobu platnosti a účinnosti dané právní úpravy. Právní názory vymezené správními soudy nemohou správní orgány pojmát tak, že z nich budou vycházet až v rámci řízení zahájených po datu vydání toho kterého rozsudku.“

K námitce zadání zakázky týkající se nahrazení dosavadního systému

42. Zadavatel dále namítá, že náhrada systému, který nyní používal, by byla diametrálně jinou veřejnou zakázku, v úplně jiném rozsahu, na což vzhledem ke své rozpočtové situaci neměl finance – ty vystačily pouze na „pouhý provoz“ dosavadního systému.
43. K dané námitce lze zmínit pouze to, že se jedná o situaci, do které se dostal zadavatel sám. Navíc je nutné souhlasit se závěry Úřadu uvedenými v bodě 105 odůvodnění napadeného rozhodnutí, které je možné shrnout tak, že pokud by zadavatel od počátku postupoval správně, či alespoň co nejdříve správně zareagoval, byly by úspory, které by tím učinil, nezanedbatelné výše. Pokud by však pokračoval v prodlužování současného stavu, ekonomická ztráta, kterou utrpí, se bude pouze prohlubovat. Je tedy pravdou, že realizace informačního systému „na zelené louce“ může představovat vyšší počáteční náklad, který ovšem může v budoucnu představovat snížené náklady na navazující veřejné zakázky, jelikož tyto mohou být zadávány v otevřeném řízení, kde je přítomno konkurenční prostředí, které může mít pozitivní vliv na výši nabízených cen jednotlivých uchazečů. Nelze tedy tvrdit, že by počáteční vyšší náklad při zadávání veřejné zakázky byl nutně v rozporu se zásadou hospodárnosti. Právě naopak, lze konstatovat, že vyšší počáteční náklad může v dlouhodobějším časovém horizontu vést k hospodárnějšímu využití veřejných finančních prostředků z důvodu snížení výdajů nutných k realizování navazujících veřejných zakázek.

K vedení společného řízení a k souběhu správních řízení

44. Další argumentace zadavatele již směřuje proti výroku II. napadeného rozhodnutí, kterým byla zadavateli uložena pokuta ve výši 750 000 Kč. Dle obviněného Úřad pochybil, když nespojil ve společné řízení věci projednávané u Úřadu týkající se podezření z obdobného pochybení obviněného při zadávání různých zakázek.

45. Dle § 140 odst. 1 správního řádu může správní orgán za v něm stanovených podmínek na požádání účastníka nebo z moci úřední usnesením spojit různá řízení. Dle § 88 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, v platném znění (dále jen „ZoP“) pokud se podezřelý dopustil více přestupků, jejichž skutková podstata se týká porušení právních povinností vyskytujících se ve stejné oblasti veřejné správy, a k jejich projednání je příslušný též správní orgán, projednají se ve společném řízení. Dle komentářové literatury jsou v § 88 ZoP zakotvena některá pravidla, která specifikují obecné ustanovení § 140 správního řádu vymezením toho, kdy lze považovat řízení za vzájemně související. V souladu s § 140 správního řádu je však správnímu orgánu poskytnuta toliko možnost spojit související řízení do řízení společného. (viz Jemelka, L, Vetešník, P. Zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, Zákon o některých přestupcích. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 784).
46. K vedení společného řízení lze dále odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 6. 2009, č. j. 1 As 28/2009-62, v němž soud uvedl, že *„samotné porušení § 57 odst. 1 zákona o přestupcích [pozn. předsedy Úřadu: analogické ustanovení předchozího zákona k § 88 ZoP] však nelze považovat za takovou vadu řízení, která by mohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí správního orgánu. Uvedené ustanovení je totiž pouhou procesní cestou vedoucí k naplnění § 12 odst. 2 zákona o přestupcích [pozn. předsedy Úřadu: analogické ustanovení předchozího zákona k § 41 ZoP], zakotvujícího pro účely trestání sbíhajících se přestupků princip absorpce, jehož podstata tkví v absorpci sazeb. Z hlediska trestního práva tedy nehraje roli, kdy všechny sbíhající se trestné činy vyjdou najevo, tato skutečnost nesmí být pachateli ani ku prospěchu, ani na újmu. Je zřejmé, že pro trestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale naopak je zcela nezbytné použití absorpční zásady, tedy vzájemné posouzení veškerých souvisejících trestních sazeb. Z výše uvedeného vyplývá, že nevedení společného řízení o přestupcích žalobce by nemuselo prima facie způsobovat vadu řízení dopadající na zákonnost rozhodnutí, pokud by z těchto navazujících rozhodnutí bylo patrné uplatnění zásad stanovených pro ukládání trestu za souběh přestupků.“*
47. Námitka obviněného, že Úřad měl procesně pochybit, když nespojil právě projednávané správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0286/2017/VZ a další tři obdobná správní řízení, jejichž předmětem je to, zda se zadavatel rovněž nedopustil přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, ve společné řízení dle § 88 odst. 1 ZoP, je tedy nedůvodná a dodávám k ní ještě následující.
48. Z ustálené judikatury vyplývá, že Úřad není povinen vést společné řízení i za splnění podmínek uvedených v § 88 odst. 1 ZoP, a to za předpokladu dodržení zásad stanovených pro ukládání trestů za sbíhající se přestupky, zejména pak absorpční zásady.
49. Úřad v prvním stupni v napadeném rozhodnutí, bodě 130 jeho odůvodnění, konstatoval, že projednávaný přestupek obviněného není v souběhu s žádnými dalšími přestupky obviněného. Dle zjištění předsedy Úřadu ale bylo vedeno řízení, které podrobně specifikují v následujícím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí. S ohledem na uvedené odůvodnění napadeného rozhodnutí je třeba toto odůvodnění doplnit., což je možné učinit i ve druhém stupni rozhodování, jelikož dle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 7 A 124/2000-39 ze dne 28. 5. 2003 platí, že *„[s]právní řízení tvoří jeden celek do pravomocného rozhodnutí; vady řízení nebo rozhodnutí v I. stupni lze odstranit v řízení odvolacím.“*

50. Dle zjištění předsedy Úřadu bylo v době od spáchání přestupku do vydání napadeného rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0286/2017/VZ vydáno dále uvedené rozhodnutí Úřadu, v němž konstatovaný správní delikt je v souběhu s nyní projednávaným přestupkem, a to: č. j. ÚOHS-S0631/2015/VZ-40303/2015/531/VNe ze dne 20. 11. 2015 (dále jen „**rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0631/2015/VZ**“), jehož výrokem I. Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku „Údržba a servis letounů Airbus A 319-115 - překlenovací“, zadal v JŘBU, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. b) zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky, a dne 18. 12. 2014 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem – Czech Airlines Technics, a. s. Výrokem II. Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nedodržel způsob uveřejnění stanovený v § 147a odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 147a odst. 2 zákona, když neuveřejnil na svém profilu zadavatele celé znění smlouvy na plnění uvedené veřejné zakázky do 15 dnů od jejího uzavření, tj. do 2. 1. 2015, ale uveřejnil jej až 29. 1. 2015. Výrokem III. Úřad rozhodl, že se zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 85 odst. 4 citovaného zákona, když neuveřejnil na profilu zadavatele písemnou zprávu zadavatele o uvedené veřejné zakázce ve lhůtě nejpozději do 15 dnů od ukončení zadávacího řízení, tedy do 2. 1. 2015, nýbrž až dne 29. 1. 2015. Za spáchání správních deliktů Úřad uložil výrokem IV. rozhodnutí pokutu ve výši 200 000 Kč, přičemž pokuta byla ukládána za správní delikt uvedený ve výroku II. rozhodnutí, a ke správním deliktům konkretizovaným ve výroci I. a III. rozhodnutí Úřad přihlédl v rámci přitěžujících okolností.
51. Přestupek, který vedl k vydání napadeného rozhodnutí, byl v souběhu se správním deliktem vedoucím k rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0631/2015/VZ. Je proto nutné aplikovat absorpční zásadu při ukládání trestu. Jak již bylo zmíněno, rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-S0631/2015/VZ byla obviněnému uložena pokuta ve výši 200 000 Kč. Obviněnému byla výrokem II. napadeného rozhodnutí stanovena pokuta ve výši 750 000 Kč.
52. V projednávané věci jde o ukládání správní sankce za vícečinný nestejnorodý souběh přestupků jednoho pachatele, o kterých však nebylo vedeno společné správní řízení. Výše bylo rovněž dovozeno, že souhrnný trest má zahrnovat, resp. v případě správního práva procesního zohlednit pokutu, která byla uložena rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-S0631/2015/VZ za přestupek, který byl v souběhu s nyní posuzovaným přestupkem.
53. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 8. 10. 2015, č. j. 34 Af 47/2013-102 uvádí „*že zákon o veřejných zakázkách ani správní řád výslovně neupravují případ souběhu správních deliktů, otázku úhrnného či souhrnného trestu ani uplatnění zásady absorpce. Zákon č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o přestupcích“)* hovoří v § 57 odst. 1 o vedení společného řízení, jestliže se pachatel dopustil více přestupků, které je příslušný projednávat též orgán. V § 12 odst. 2 zákona o přestupcích je pak vyjádřená zásada absorpce ovládající ukládání sankcí za více přestupků s tím, že za více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení se uloží sankce podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejprávněji postižitelný. Přestože se právní úprava zákona o přestupcích vztahuje přímo jen na přestupky a nikoli tzv. jiné správní delikty a přestože je tato úprava neúplná, je nepochybné, že zásada absorpce se uplatní v oblasti správního práva trestního

jako celku. V této souvislosti lze ostatně znovu odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007, č. j. 8 As 17/2007-135, publikovaný pod č. 1338/2007 Sb. NSS), podle kterého se trestnost správních deliktů řídí obdobnými principy jako trestnost trestných činů. Ve vztahu k řešené otázce souběhu správních deliktů pak lze odkázat zejména na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 6. 2009, č.j. 1 As 28/2009-62, kde Nejvyšší správní soud dovodil, že při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní principy ovládající souběh trestných činů.’ Tento rozsudek se sice vztahoval na oblast přestupků, nicméně jeho závěry jsou v podstatné míře zobecnitelné i na jiné správní delikty.“ Tyto závěry byly potvrzeny rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 8. 2016, č. j. 6 As 245/2015-33. K přípustnosti analogie ve správním trestání se konstantně vyjadřuje Nejvyšší správní soud. Např. ve svém rozsudku ze dne 16. 4. 2008, č. j. 1 As 27/2008-67, dle něhož „použití analogie ve správním trestání je přípustné, a to v omezeném rozsahu, pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázku vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem.“ Obdobně se vyjádřil i v rozsudku ze dne 31. 5. 2007, č. j. 8 As 17/2007-135, publikovaném pod č. 1338/2007 Sb. Nejvyššího správního soudu. Uvedené závěry jsou plně aplikovatelné i za účinnosti ZoP.

54. Při ukládání sankce za přestupky ve vícečinném souběhu je tedy správní orgán povinen použít zásadu absorpční. Z citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně dále vyplývá, že *„[p]ro trestání sbíhajících se trestných činů pak jako základ platí zásada absorpce. Přesněji řečeno hovoříme o absorpci trestních sazeb, tedy že trestní sazba mírnější je absorbována tou trestní sazbou, která je u sbíhajících se trestných činů nejpřísnější. Jedná se o zvýhodněný postih souběhu, a tudíž o úpravu příznivější pro pachatele.“*
55. V rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 6. 2009, č. j. 1 As 28/2009-62 se k tomu dále uvádí, že *„pro trestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale naopak je zcela nezbytné použití absorpční zásady, tedy vzájemné posouzení veškerých souvisejících trestních sazeb.“* A dodává, že *„je zřejmé, že pro důsledné použití ustanovení trestního zákona o souhrnném trestu (tedy současné zrušení výroku o trestu uloženém pachateli dřívějším rozhodnutím) chybí dostatečný právní základ, nicméně není důvodu, proč by se uvedené principy nemohly s řádným odůvodněním všech souvislostí a sousledností aplikovat, tedy proč by správní orgán neměl při ukládání následného trestu přihlížet k trestům uloženým dříve za sbíhající se přestupky.“*
56. Z napadeného rozhodnutí však není seznatelné, že by Úřad jakýmkoli způsobem k aplikaci absorpční zásady vůbec přistoupil – tím spíše, že Úřad v bodě 130 odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že právě projednávaný přestupek není v souběhu s žádnými dalšími přestupky obviněného. Úřad byl přitom povinen přihlídnout k tomu, že zadavateli již byla uložena pokuta ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0631/2015/VZ.
57. Úřad tedy pochybil, pokud zásadu absorpce neuplatnil. Nevedení společného řízení jako pochybení nelze chápat, protože z již zmíněné judikatury vyplývá, že Úřad tuto povinnost nemá. Po zvážení možnosti nápravy daného pochybení jsem dospěl k závěru, že není třeba napadené rozhodnutí ve výroku o pokutě měnit či rušit a vracet věc Úřadu k novému projednání, neboť je možné postupovat způsobem předvídaným v ust. § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, kdy k uplatnění zásady absorpce dojde prostřednictvím změny rozhodnutí či pouze změny odůvodnění napadeného rozhodnutí v této části. Správní řád změnu

rozhodnutí nebo změnu rozhodnutí pouze v jeho odůvodnění výslovně připouští, je-li to zapotřebí k odstranění vad odůvodnění. Vychází se totiž z obecné zásady, podle níž tvoří správní řízení na prvním i druhém stupni jeden celek, jak již bylo zmíněno v bodě 49 odůvodnění tohoto rozhodnutí.

58. Ve světle citovaných judikátů je třeba u sbíhajících se přestupků nejprve určit závažnost u každého z nich. Na rozdíl od trestního řízení, kde soud při ukládání souhrnného trestu za sbíhající se trestné činy, zruší předchozí výrok o trestu a ukládá nový souhrnný trest, správní procesní právo takový postup nezná. Správní orgán tedy v takovém případě musí uložit zcela novou pokutu a případné předchozí uložené sankce za sbíhající se přestupky v souladu se zásadou absorpce zohlednit.
59. V nyní přezkoumávané věci se obviněný v souběhu dopustil dvou přestupků s různými skutkovými podstatami. Aby bylo možné určit, který z přestupků je závažnější, je třeba nejprve posoudit jednotlivé skutkové podstaty. Obecně platí, že přísnější je takový přestupek, za který je možné uložit přísnější sankci. Pro daný případ tedy platí, že pokuta, která může být uložena za přestupek v projednávané věci, je dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona 10 % z hodnoty veřejné zakázky. Jelikož hodnota veřejné zakázky byla stanovena ve výši 156 946 338,45 Kč, vyplývá z toho, jak již i správně určil Úřad v napadeném rozhodnutí, že maximální výše pokuty za daný přestupek činí 15 694 434 Kč. Co se týče věci vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0631/2015/VZ, pak platí, že byl spáchán přestupek podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona. Za takový přestupek je možné uložit pokutu až 20 000 000 Kč. Z uvedeného vyplývá, že přestupek spáchaný ve věci sp. zn. ÚOHS-S0631/2015/VZ je závažnější než v právě projednávané věci, přičemž pokuta za něj uložená, ve výši 200 000 Kč, byla uložena při samotné spodní hranici její maximální možné výše
60. Zde bylo tedy na místě přistoupit k posouzení výše pokuty ukládané v nyní přezkoumávané věci, přičemž na přestupek konstatovaný v přezkoumávaném případě je třeba pohlížet jako na přitěžující okolnost k přestupku závažnějšímu.
61. S ohledem na uvedené považuji za vhodné upozornit na základní zásady správního trestání a funkce, jež má ukládaný trest plnit.
62. Z ust. § 2 odst. 2 správního řádu plyne zásada volnosti správního uvážení (diskrečního práva správního orgánu). Ta vyjadřuje skutečnost, že ukládání sankcí se děje ve sféře volného správního uvážení, určité *„zákonem dovolené volnosti správního orgánu rozhodnout ve vymezených hranicích, respektive volit některé z více možných řešení, které zákon umožňuje“* (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 3. 2010, č. j. 1 Afs 58/2009-585). Ust. § 2 odst. 2 správního řádu zároveň představuje zákaz zneužití pravomoci a správního uvážení. Ten spočívá v tom, že správní orgán uplatňuje svou pravomoc pouze k těm účelům, ke kterým mu byla zákonem nebo na základě zákona svěřena. Tato zásada souvisí s ustanovením čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod, podle kterého jsou orgány veřejné moci povinny šetřit podstatu a smysl základních práv a svobod. Účelem této zásady je zákaz zneužití správní úvahy, tedy zákaz zneužití prostoru, který má správní orgán vymezen zákonem k tomu, aby rozhodl přiměřeně vzhledem k okolnostem případu. Správní orgán v rámci správního uvážení nesmí překročit zákonné meze, které jeho správní uvážení omezují, a to jak meze vyplývající ze zvláštního zákona (např. dolní a horní hranice sazby pokuty za delikt), tak meze vyplývající z dalších ustanovení správního řádu (např. zásadu

rovnosti, zásadu ochrany veřejného zájmu apod.). Jde především o to, aby nebyla tato úvaha zneužita k jinému účelu, než ke kterému je určena, je třeba přihlížet k okolnostem konkrétního případu (vycházet jen ze skutečností relevantních pro daný případ) při zachování nestrannosti, rovného zacházení, proporcionality, legitimního očekávání atd. (srov. k tomu Jemelka, L., Pondělíčková, K., Bohadlo, D.: Správní řád. Komentář. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 21, 22)

63. Je třeba uvést, že sankce spočívá v právní újmě, která má postihnout pachatele deliktu a již pachatel pociťuje jako zlo vůči své osobě. I když teorie správního práva tíhne spíše k preventivní funkci trestu, přístup Nejvyššího správního soudu je poněkud odlišný. V judikatuře Nejvyššího správního soudu se objevují dvě funkce trestu, funkce represivní a funkce preventivní. Například v rozsudku Krajského soudu ze dne 23. 10. 2014, sp. zn. 62 Af 14/2013, soud uvedl, že *„...považuje za nutné zdůraznit též funkci postihu; konkrétní forma postihu (pokuta) a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobci, zároveň musí být postih dostatečně znatelný v žalobcově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce likvidačním. V opačném případě by totiž postih delikventa smysl postrádal.“* Obdobně se vyjádřil v rozsudku ze dne 31. 3. 2010, č. j. 1 Afs 58/2009-541, Nejvyšší správní soud, který uvádí v souvislosti se spáchaným deliktem na úseku hospodářské soutěže následující: *„Úhrada pokuty se zpravidla vždy negativně odrazí v některé oblasti hospodaření společnosti. Citelnost pokuty je jejím zamýšleným účinkem, aby odradila soutěžitele od porušení zákona. Jen tak může plnit funkci preventivní a represivní. Pokud jde o tvrzené nevyužití zásady subsidiarity správního trestání, ani Nejvyšší správní soud neshledal, že by k naplnění účelu ochrany veřejného statku (férové soutěže pro všechny účastníky trhu), jakož i zmíněné funkce preventivní a represivní, bylo dostatečným neuložení sankce.“* Represivní složka tak nemá jinou úlohu než dodat na přesvědčivosti funkci preventivní.
64. Pro úplnost lze ještě doplnit, že skutečnost, že pokuta znamená pro delikventa finanční zátěž, sama o sobě nijak nesouvisí s nepřiměřeností pokuty, ale je běžným projevem represivní funkce trestu, kdy je odrazujícího účinku dosaženo tím, že uložení trestu se skutečně ve sféře delikventa negativně projeví.
65. Pokuta tedy musí plnit své základní funkce. Musí být natolik intenzivní, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním (srov. k tomu např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 12. 2012, č. j. 62 Af 46/2011-78).
66. V daném případě je pak dále nutné upozornit na to, že se pachatel dopustil v obdobných případech recidivy. Vzhledem k tomu, že již zmiňované rozhodnutí sp.zn. ÚOHS-S0631/2015/VZ nabylo právní moci, a obviněný se až poté dopustil dalších dvou přestupků, které byly řešeny v řízeních sp. zn. ÚOHS-S0274/2017/VZ (které vyústilo v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0274/2017/VZ-27847/2017/512/Akp dne 25. 9. 2017) a sp. zn. ÚOHS-S0290/2017 (které vyústilo v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0290/2017/VZ-27199/2017/521/Opi dne 18. 9. 2017), lze konstatovat, že pokuta uložená právě v rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0631/2015/VZ nenaplnila dostatečně své funkce. Ostatně, pokuta uložená v rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0631/2015/VZ byla uložena ve výši 200 000 Kč, přičemž horní hranice,

ve které mohla být daná pokuta uložena, činila 20 000 000 Kč. Úřad tedy uložil pokutu ve výši pouhého 1 % její maximální možné výše. Vzhledem k následujícímu jednání obviněného lze konstatovat, že se tato pokuta ukázala jako nedostatečná, jelikož nenaplnila své funkce.

67. Za těchto okolností je tedy nutné posoudit, zda Úřadem uložená výše pokuty v tomto případě obstojí, či zda bude třeba ji po provedené aplikaci zásady absorpční snížit a dospěl jsem k následujícímu závěru.
68. Měl-li bych pokutu ve výši 750 000 Kč ve smyslu výše uvedených úvah ještě snižovat z důvodu Úřadem neprovedené absorpce, pak tato by již neplnila svůj účel, represivní ani preventivní funkci, nebyla by přiměřená vzhledem k okolnostem případu a v neposlední řadě by zcela postrádala odstrašující efekt. Zákon rovněž neumožňuje navýšení pokuty odvolacím orgánem.
69. Jsem přitom přesvědčen, že pokuta 950 000 Kč by i v případě, kdy by byla ukládána současně za přísnější správní delikt při zohlednění přitěžujících okolností v podobě druhého deliktu, byla zcela při spodní hranici nové výše a s ohledem na další okolnosti, jež byly rozvedeny v tomto rozhodnutí, byla velmi nízká. Je třeba si totiž uvědomit, že horní hranice u závažnějšího z deliktů činila 20 000 000 Kč, zatímco případná pokuta ve výši 950 000 Kč by nečinila ani 5 % z této maximální výše pokuty.
70. Vzhledem ke všem uvedeným skutečnostem i po provedené absorpci, kdy tento druhý přestupek je pouhou přitěžující okolností, ponechávám pokutu ve výši uložené Úřadem v napadeném rozhodnutí. Pokuta je uložena při její spodní hranici. Její další snižování v důsledku prvostupňovým orgánem neprovedené absorpce by již ohrožovalo samotnou funkci a účel správního trestání a neodpovídalo základním zásadám správního trestání.
71. Povinností správního orgánu v kontextu uvedeného je uložit za správní delikt zákonnou sankci, tzn. sankci, která plní svůj účel a funkci. Domnívám se, že snížením pokuty v důsledku prováděné absorpce bych pak již této povinnosti nedostál.

K námitkám ohledně polehčujících okolností

72. Závěrem k námitce obviněného, že Úřad měl vzít při ukládání pokuty v potaz skutečnost, že se obviněný dopustil přestupku v důsledku právního omylu negativního, když si myslel, že jedná v souladu s právem, a neměl v úmyslu se dopustit protiprávního jednání, dodávám, že přestupky dle zákona, nejsou koncipovány na základě odpovědnosti za zavinění (úmysl či nedbalost), ale jsou koncipovány na objektivní odpovědnosti obviněného za následek. To znamená, že případné jednání z úmyslu nebo nedbalosti nemá na posouzení zákonnosti jednání obviněného žádný vliv. Pokud jde o formu zavinění ve vztahu k jejímu možnému vlivu na výši uložené pokuty, pak tvrzení obviněného o neúmyslném spáchání přestupku zůstalo bez jakékoli důkazní podpory z jeho strany. Obviněný se dovolává určitých polehčujících okolností, jejichž existenci by měl sám doložit, neboť především on sám může disponovat důkazy, že zde takové okolnosti existují. Jestliže obviněný sám nedoloží, v jaké formě zavinění byl přestupek spáchán, nelze tuto toliko tvrzenou skutečnost reflektovat jako polehčující okolnost. Dále uvádím, že se obviněný jakožto veřejný zadavatel zadávající veřejné zakázky v řadě dalších zadávacích řízení nemůže dovolávat své nezkušenosti či neznalosti zákona při jednání v rozporu se zákonem.

73. K námitce obviněného, že samotné projednání věci bez uložení pokuty vede k tomu, aby se obviněný obdobného jednání již nedopustil, opakují, že pokuta uložená za spáchání přestupku má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci preventivní a funkci represivní. K tomu v obecné rovině dále dodávám, že sankci za spáchání přestupku lze chápat jako právní následek porušení zákona, který pro pachatele znamená určitou majetkovou újmu nebo omezení jeho práva. Účelem jejího ukládání je působit na pachatele přestupku takovým způsobem, aby se již v budoucnosti nedopouštěl protiprávního jednání. Sankce má tak působit výchovně a preventivně, má však i represivní charakter, neboť do určité míry zasahuje do majetkové sféry pachatele. K tomuto odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 10. 2014 č. j. 62 Af 14/2013-296, a citaci z něj zmíněnou v bodě 63 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Přestože lze s obviněným souhlasit v tom, že již samotné vedení správního řízení ve věci možného spáchání přestupku působí na osobu podezřelou ze spáchání přestupku preventivně, musí být v případě konstatování spáchání přestupku uložena taková sankce, která vedle preventivního působení bude pro obviněného představovat i trest.
74. Nad uvedené dále odkazuji na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 2. 2012, č. j. 3 Ads 53/2011-68, ze kterého vyplývá, že správní orgán ve správním řízení o uložení pokuty může upustit od jejího uložení pouze v případech, kdy zákon, podle kterého probíhá správní řízení o uložení pokuty, tento postup umožňuje. Zákon upravuje správní delikty v Dílu 3, Hlavě II, části páté zákona, a to v ustanoveních § 120 až § 121 zákona. Z příslušných ustanovení zákona vyplývá, že za správní delikt se uloží pokuta, přičemž záleží na správním uvážení Úřadu v jaké výši, když zákon stanoví pouze maximální výši možné pokuty. Úřad tedy má zákonem stanovenou povinnost, v případě, že se zadavatel dopustí správního deliktu a existují všechny další podmínky odpovědnosti zadavatele za správní delikt, uložit pokutu. Totéž vyplývá i z výše citovaného rozsudku, kde soud zároveň konstatoval, že pokud má správní orgán k určitému (zde k uložení pokuty, pozn. předsedy Úřadu) jednání zákonem svěřenou kompetenci, má při naplnění zákonných předpokladů současně také povinnost tak učinit. Jelikož zákon Úřadu neumožňuje upustit od uložení pokuty, nemůže Úřad (ani předseda Úřadu) vyhovět ani požadavku zadavatele na upuštění od uložení pokuty v kterémkoli případě.
75. Pro úplnost závěrem obecně podotýkám, že výše uvedeným konstatováním ohledně nemožnosti upustit od uložení pokuty ze strany Úřadu, byl-li správní delikt prokazatelně spáchán, není nikterak dotčena možnost liberace zadavatele zakotvená v § 121 zákona. Nicméně na jednání zadavatele v přezkoumávaném případě ustanovení § 121 zákona vztáhnout v žádném případě nelze, jelikož podmínky v něm stanovené nenaplnil.
76. V šetřeném případě jsem tedy neshledal podmínky pro snížení uložené pokuty či pro její upuštění. Obviněný se dopustil závažného porušení zákona, jelikož způsobem spácháním přestupku bylo zadání veřejné zakázky v režimu, v němž bylo zcela eliminováno soutěžní prostředí, přičemž nelze vyloučit, že došlo na základě plnění smlouvy k nehospodárnému vynaložení veřejných prostředků. Důsledkem tohoto jednání obviněného pak bylo omezení hospodářské soutěže, jež představuje nejzávažnější porušení zákona, když vybraný uchazeč nebyl vystaven žádné konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu a vybraný uchazeč tak nemusel stanovit cenu pro obviněného ekonomicky nejvýhodnější. S ohledem na závažnost porušení zákona jsem toho názoru, že stanovená pokuta je přiměřená a plní

preventivní i represivní funkci. Je totiž třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla obviněným pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu.

Obecně k přezkoumání napadeného rozhodnutí

77. 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.
78. 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

79. 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 důvodů uváděných v rozkladu.
80. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Česká republika – Ministerstvo obrany, Tychonova 221/1, 160 01 Praha 6, Hradčany

Vypraveno dne:

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