



UOHSX00B9N2J

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: UOHS-R0051/2018/VZ-15818/2018/300/PSe

Brno 31. května 2018

V řízení o rozkladu doručeném dne 21. 3. 2018 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-06787/2018/542/PKn ze dne 6. 3. 2018 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. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-06787/2018/542/PKn ze dne 6. 3. 2018

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 31. 7. 2006 uzavřela Česká republika – Český telekomunikační úřad, IČO 70106975, se sídlem Sokolovská 219/58, 190 00 Praha 9, (dále jen „**zadavatel**“ nebo též „**obviněný**“) 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**“) na plnění 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**“), jejímž předmětem bylo vytvoření a dodání aplikačního programového systému „Modulární správní systém pro potřeby Českého telekomunikačního úřadu“.
2. Dne 18. 3. 2016 uzavřel zadavatel smlouvu č. CTU_2016/022 o servisní podpoře Informačního systému Modulární Správní Systém (dále jen „**IS MOSS**“) na plnění veřejné zakázky s názvem „Zajištění služeb servisní podpory IS MOSS, MS Sharepoint a BI/DWH“ (dále jen „**servisní smlouva**“) v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „**JŘBU**“) 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**“).
3. Dne 26. 6. 2017 zahájil 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 z moci úřední toto správní řízení, jelikož na základě předložené dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního šetření získal 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, když zadal veřejnou zakázku z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv

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.

v JŘBU, 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 uzavřel dne 18. 3. 2016 servisní smlouvu.

II. Původní rozhodnutí Úřadu

4. Dne 25. 8. 2017 vydal Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-24996/2017/542/PKn (dále jen „**původní rozhodnutí**“) jehož výrokem I. 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 na veřejnou zakázku.
5. Výrokem II. původního rozhodnutí Úřad zadavateli uložil za spáchaný správní delikt podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 300 000 Kč.
6. Dne 11. 9. 2017 podal zadavatel proti původnímu rozhodnutí rozklad.

III. Původní rozhodnutí o rozkladu

7. Dne 12. 12. 2017 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0144/2017/VZ-36171/2017/300/PSe (dále jen „**původní rozhodnutí o rozkladu**“), jímž původní rozhodnutí Úřadu a věc mu vrátil k novému projednání.
8. Předseda Úřadu v rámci původní rozhodnutí o rozkladu dospěl k závěru, že Úřad tím, že v řízení, jež předcházelo vydání původního rozhodnutí, neprovedl jako důkaz zadavatelem opakovaně navrhovanou „Analýzu podmínek smluvního vztahu na centrální systém pro podporu agend ČTÚ“ (dále jen „**analýza**“) coby důkaz a přitom z obsahu jejího bodu 6.1.2 „Riziko“ vyvodil konkrétní přitěžující okolnost pro určení výměry pokuty, zatížil původní rozhodnutí rozporem s požadavky ustanovení § 68 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**správní řád**“), v důsledku čehož je původní rozhodnutí v rozporu s právním předpisem.
9. Dle původního rozhodnutí o rozkladu Úřad na různých místech odůvodnění původního rozhodnutí vylíčil své úvahy, kterými se při vedení předmětného správního řízení řídil, a které jsou ve vzájemném rozporu. Není proto zřejmé, zda byl obsah analýzy coby důkaz v řízení proveden. Z důvodu nastalého rozporu, kdy Úřad na jednom místě odůvodnění původního rozhodnutí vylučuje obsah analýzy jako důkaz, avšak na druhém místě jím opodstatňuje své dílčí závěry, není zřejmé, zda Úřad opřel své rozhodovací důvody výhradně o skutečnosti v předmětném správním řízení zjišťované, či nikoli.

10. Předseda Úřadu uvedl, že 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.

IV. Napadené rozhodnutí

11. Dne 6. 3. 2018 vydal Úřad po novém projednání věci rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-06787/2018/542/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 JŘBU, 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 neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dne 18. 3. 2016 uzavřel s vybraným uchazečem servisní smlouvu na veřejnou zakázku.
12. 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.

V. Rozklad zadavatele

13. Dne 21. 3. 2018 byl Úřadu doručen rozklad zadavatele směřující proti napadenému rozhodnutí v celém rozsahu. Jelikož bylo napadené rozhodnutí zadavateli doručeno dne 6. 3. 2018, byl rozklad zadavatele podán v zákonné lhůtě.
14. 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. Zadavatel si je vědom existence § 274 zákona č. 134/2016 Sb., toto ustanovení však stanoví pouze postup Úřadu v řízeních, nezakládá příslušnost Úřadu k vedení správního řízení podle zákona č. 137/2006 Sb. Podle zadavatele 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 odst. 1 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 správního řádu.
15. Jako další vadu napadeného rozhodnutí zadavatel namítá nedostatek skutkových zjištění v rozporu se zásadou materiální pravdy, tj. tak, aby byl zjištěn skutkový stav věci, o kterém nejsou důvodné pochybnosti. Zadavatel si je vědom ustálené správní praxe Úřadu a probívané rozhodovací praxí správních soudů, že důkazní břemeno prokázání existence důvodů pro použití JŘBU v § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb. je na straně zadavatele. Proto navrhl k prokázání existence těchto důvodů množství důkazů, z nichž však

Úřad některé vůbec neprovedl, a důkazy, které provedl, nesprávně vyhodnotil, a to i v důsledku pominutí skutečností, vyplývajících z neprovedených důkazů.

16. Zadavatel k tomu blíže namítá, že ačkoli není správní orgán důkazními návrhy účastníků vázán, vždy však provede důkazy, které jsou potřebné ke zjištění stavu věci, což se v daném případě nestalo. Podle názoru zadavatele není akceptovatelný princip, že si správní orgán bez bližší specifikace důvodů vybírá důkazy, které má za takové, které jsou potřebné ke zjištění stavu věci. Zadavatel s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 35/2016 ze dne 27. 7. 2016 namítá, že v situaci, kdy mají být navrhovanými důkazy podporována konkrétní tvrzení účastníka řízení, musí správní orgán takové důkazy podle názoru zadavatele provést a teprve až na základě jejich provedení usoudit, zda jsou pro posouzení věci relevantní či nikoli, resp. učinit závěr o tom, zda tvrzení účastníka jsou těmito důkazy podložena. S odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 2/2005-62 ze dne 20. 1. 2006 pak zadavatel namítá, že v případě neprovedení důkazů, na nichž je založena obrana zadavatele v rámci probíhajícího správního řízení, je tak patrná zřejmá nerovnováha v příležitosti prokázat tvrzení zadavatele, nadto za situace, kdy v podkladech rozhodnutí nejsou obsaženy žádné důkazy, které by tato tvrzení popíraly (tj. že by zadavatel tzv. „stav exkluzivity“ vědomě či dokonce úmyslně navodil).
17. Zadavatel namítá, že Úřad zásadním způsobem ovlivnil zjištění skutkového stavu tím, že bez řádného odůvodnění, natož vyhodnocení zadavatelem navržených důkazů, takové důkazy neprovedl. Zadavatel je přesvědčen, že důkazy Materiál Ministerstva informatiky, čj. MI 1168/2003 63, usnesení vlády České republiky ze dne 9. 11. 2011 č. 815 k Analýze současného stavu problematiky účastnických sporů podle zákona o elektronických komunikacích, jejichž předmětem je peněžité plnění, včetně dopadů případného přenesení této agendy na soudy, usnesení vlády České republiky ze dne 3. 7. 2013 č. 528 k Informaci o současném kritickém stavu problematiky účastnických sporů podle zákona o elektronických komunikacích, jejichž předmětem je peněžité plnění včetně dopadů na zadavatele, a Usnesení vlády České republiky ze dne 11. 4. 2016 č. 314 k řešení účastnických sporů o peněžité plnění v oblasti elektronických komunikací by doplnily skutková zjištění tak, že by Úřad musel některé své závěry přehodnotit, resp. vůbec neučinit.
18. Zadavatelem výše uvedené navržené (a Úřadem neprovedené) důkazy nebyly navrhovány za účelem prokázání narůstající agendy zadavatele, ale navrženy primárně za účelem prokázání faktického vědomí zadavatele o jeho oprávněně předpokládaných potřebách jak v okamžiku zadávání původní veřejné zakázky, tak v souvislosti s potřebou uzavření následných servisních smluv, a to v situaci, kdy je důkazní břemeno na zadavateli a ten podle svého názoru relevantní důkazy na podporu svých tvrzení navrhuje. S odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 89/2013-33 ze dne 19. 2. 2014 se zadavatel domnívá, že Úřad měl důkazy provést, když pouze po provedení konkrétního důkazu je možno jeho nepotřebnost k prokázání úplného skutkového stavu konstatovat. Jinými slovy, Úřad měl namísto nepodloženého odůvodňování neprovedení důkazů tyto důkazy provést a jejich nedostatky/nepotřebnost uvést až v návaznosti na jejich zjištěný úplný obsah.
19. Zadavatel má za to, že konstatování Úřadu, že důkazy neprovede, a to bez seznámení se s jejich obsahem, když podle jeho názoru nemohou změnit či ovlivnit zjištěný stav věci, nemá bez provedení těchto důkazů povahu přezkoumatelného odůvodnění. Zadavatel je přesvědčen, že tyto důkazy v souvislosti s ostatními důkazy jsou nezbytné právě ke zjištění

skutečného stavu věci, o němž nepanují důvodné pochybnosti, jinak by tyto důkazy nenavrhoval. Z uvedeného důvodu je napadené rozhodnutí rovněž nepřezkoumatelné pro nedostatek relevantních důvodů svědčících pro nepřiléhavost konkrétních důkazů a jako takové nezákonné pro rozpor s § 3 správního řádu.

20. Zadavatel pak k hodnocení skutkového stavu a závěru o spáchání správního deliktu namítá následující. Při zadávání veřejné zakázky zadavatel postupoval v souladu se zákonem č. 137/2006 Sb., když k použití JŘBU přistoupil z důvodů uvedených v § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., přičemž vybraný uchazeč byl jediným dodavatelem, který mohl veřejnou zakázku splnit. Zadavatel v rámci správního řízení prokázal (viz smluvní dokumentace a čestné prohlášení vybraného uchazeče ze dne 4. 12. 2015), že byly naplněny objektivní podmínky pro použití JŘBU, a to z důvodu existence výhradních práv vybraného uchazeče k IS MOSS, neboť tento je výhradním vlastníkem autorských práv k IS MOSS a jako jediný dodavatel měl, resp. stále má bez dalšího přístup ke zdrojovým kódům, nezbytným k zajištění servisní podpory, resp. případných změn IS MOSS. Tuto skutečnost Úřad v napadeném rozhodnutí nezpochybil, naopak konstatoval (bod 108, resp. 113 jeho odůvodnění), že v rámci původní veřejné zakázky bylo vytvořeno autorské dílo, přičemž autorská práva k němu náležela výlučně dodavateli, který tak byl výhradním vlastníkem autorských práv k IS MOSS.
21. Dle zadavatele je však nesprávný závěr Úřadu, že by vědomě nastolil právní prostředí neumožňující další soutěž o předmět veřejné zakázky, resp. že by podstoupil riziko, že se následně zadavateli nepodaří dosáhnout očekávaného stavu, tj. zajištění dostatečného počtu IT odborníků pro zabezpečení provozu IS MOSS vlastními silami (bod 115 odůvodnění). Původní předpoklad zadavatele ohledně potřeby připravovaného systému byl přitom zásadně ovlivněn faktem, že potřeba jedné z klíčových (hlavních) funkcionalit IS MOSS, která měla zajišťovat podstatnou část agendy ve vztahu k řešení účastnických sporů podle § 129 zákona o elektronických komunikacích (tedy i celého systému jako uvažovaného celku co do rozsahu i složitosti technického řešení), byla předpokládána pouze po přechodnou dobu, tj. pouze po časově omezené období, než uvedená agenda bude převedena na obecné soudy. Tento oprávněný předpoklad zadavatele byl založen na skutečnosti, že již v rámci legislativních příprav zákona o elektronických komunikacích v roce 2004 vyjímал příslušný legislativní návrh tuto agendu z působnosti Úřadu. Přenesení kompetence na obecné soudy však bylo z návrhu zákona o elektronických komunikacích vypuštěno a odloženo na základě výhrady Ministerstva spravedlnosti ČR v rámci příslušného mezirezortního připomínkového řízení (viz materiál Ministerstva informatiky ČR, čj. MI 1168/2003 63), že obecné soudy nejsou na přechod agendy dostatečně personálně a technicky připraveny.
22. S ohledem na skutečnost, že působnost zadavatele, resp. případné změny jejího rozsahu, jsou závislé na rozhodnutí moci výkonné, resp. zákonodárné, tj. fakticky mimo sféru vlivu zadavatele, tak nemohl zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky relevantně předjímat jiný rozsah potřeb souvisejících s IS MOSS, než vyplývala z průběžných kroků příprav přechodu dotčené agendy na obecné soudy. Pokud následné kroky vlády České republiky, resp. Poslanecké sněmovny vedly k dalšímu odložení odebrání agendy účastnických sporů zadavateli, nemůže mít toto s odstupem času žádný vliv na posuzování reálných předpokladů zadavatele v dané době. Došlo-li současně k neočekávanému násobnému nárůstu dotčené agendy, vyžádala si tato na vůli zadavatele nezávislá, tedy objektivní situace, zásadní

personální, organizační a administrativní opatření, znamenající rovněž nezbytné úpravy IS MOSS, které nebylo možno za okolností panujících při zadání původní veřejné zakázky zadavatelem předpokládat.

23. Pokud tak zadavatel v rámci zadávání původní veřejné zakázky na IS MOSS obdržel nabídku dodavatele, která kromě cenové nabídky obsahovala rovněž návrh smlouvy, obsahující licenční omezení užití IS MOSS jakožto autorského díla (článek VII. bod 4 smlouvy č. AQ 30/06), resp. možnosti zajištění případného pozáručního servisu (čl. X. bod 5 smlouvy č. AQ 30/06) a v rámci jednání s dodavatelem se zadavateli podařilo sjednat (nutno podotknout, že nad rámec tehdejších obchodních zvyklostí v oblasti sjednávání licenčních oprávnění k užití SW) možnost zasahovat do zdrojového kódu IS MOSS vlastními silami, zcela to odpovídalo tehdejšímu předpokladu zadavatele, že potřeba daného systému v daném rozsahu je časově omezená (do přechodu agendy účastnických sporů podle § 129 zákona o elektronických komunikacích na obecné soudy), přičemž jeho správu bude po přechodu uvedené agendy možno zajišťovat vlastními zaměstnanci (případně bude posouzena jeho další potřebnost). Takové jednání tak v žádném případě nelze přisuzovat k tíži zadavatele s odůvodněním, že zadavatel tímto přispěl k rozvolnění autorskoprávní ochrany IS MOSS (bod 115 odůvodnění) a vědomě či dokonce úmyslně vytvořil stav exkluzivity dodavatele, když zadavatel naopak s ohledem na své důvodné předpoklady sjednal s dodavatelem licenční oprávnění, která s nezbytným ohledem zadavatele na hospodárnost postupu měla této situaci reálně předejít. Za situace, kdy zadavatel oprávněně předpokládal pouze dočasnou potřebu IS MOSS v daném rozsahu s jeho budoucím utlumením z důvodu přechodu agendy účastnických sporů podle § 129 zákona o elektronických komunikacích na obecné soudy, tak sjednal zadavatel v danou chvíli z jeho pohledu reálnou a současně hospodárnou možnost zajištění známých potřeb (znamenající mj. zachování nabídkové ceny). Je nepochybné, že získání licenčních práv k IS MOSS v rozsahu, který by umožňoval pozáruční podporu IS MOSS rovněž prostřednictvím třetí osoby, by znamenalo podstatné zvýšení finanční náročnosti zadání veřejné zakázky, přičemž vynaložení těchto finančních prostředků by bylo v rozporu s tehdy predikovanou potřebou zadavatele, a tedy i v rozporu se základními povinnostmi podle zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů.
24. Zadavatel považuje za nesprávné závěry Úřadu o vědomém navození exkluzivity dodavatele ze strany zadavatele, jelikož v posuzovaném případě je daný stav způsoben následnými objektivními příčinami mimo sféru vlivu zadavatele, kdy tento oproti původnímu oprávněně očekávanému předpokladu časově i rozsahem omezené potřeby IS MOSS nebyl následně schopen zajistit v nové situaci podporu IS MOSS vlastními silami. Důvody je dle zadavatele nutno spatřovat v nerealizovaném přechodu agendy účastnických sporů podle § 129 zákona o elektronických komunikacích na obecné soudy, když i z důvodu neočekávaného mnohonásobného nárůstu této agendy, znamenající zahlcení a částečné paralyzování činnosti zadavatele, bylo nutno přistoupit k realizaci úprav IS MOSS, které v době zadávání původní veřejné zakázky nebylo možno předpokládat. Namísto zadavatelem oprávněně očekávaného „utlumení“ provozu IS MOSS tak muselo v relativně krátkém časovém období dojít k úpravám systému, které jak z důvodů technické složitosti, tak z důvodů personálních, nebylo možno realizovat vlastními silami zadavatele, přičemž zadavatel tak byl nucen oproti původním předpokladům uzavřít s vybraným uchazečem smlouvu o servisní podpoře č. 2008/01 ze dne 20. 2. 2008.

25. K nesprávnému a nepodloženému tvrzení Úřadu, že v průběhu uplynulých let nepodnikl zadavatel aktivní kroky k nápravě stavu exkluzivity, resp. se tento stav nesnažil změnit (bod 127 odůvodnění), kdy Úřad opakovaně zdůrazňuje, že důvody ochrany výhradních práv byly vytvořeny a následně udržovány zadavatelem (bod 126, 127 odůvodnění), ač měl zadavatel možnost v průběhu mnoha let reagovat na absenci vlastních kapacit k zajištění podpory IS MOSS buď sjednáním nových smluvních ujednání, která by odstranila právní omezení pro třetí osoby, případně zahájit otevřenější druh zadávacího řízení na zcela novou veřejnou zakázku, namítá zadavatel následující.
26. Za situace, kdy zadavatel nedisponoval vlastními kapacitami pro zajištění správy IS MOSS, narážela možnost sjednání širšího licenčního oprávnění, umožňujícího podporu IS MOSS prostřednictvím třetí osoby, na neochotu dodavatele, deklarovanou mj. jeho čestným prohlášením ze dne 14. 12. 2015 (v důsledku výše zmiňovaných úprav systému je nutno konstatovat, že původně předpokládaná možnost zajištění provozu IS MOSS se z důvodu složitosti systému stala spíše hypotetickou možností - viz analýza.
27. Podle další námitky zadavatele v případě, kdy Úřad ve výroku rozhodnutí konstatoval, že zadavatelem není dostatečným způsobem prokazována tvrzená existence technických důvodů odůvodňujících použití JŘBU, měl zadavatele v situaci, kdy je na něj kladeno důkazní břemeno ohledně prokázání důvodů pro vedení JŘBU, v souladu s § 4 odst. 2 správního řádu nejpozději v souvislosti s usnesením obsahujícím výzvu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí o jeho povinnosti tato tvrzení doložit důkazy, resp. o faktu, že v tomto řízení je důkazní břemeno na straně zadavatele, zejména když chtěl existenci technických důvodů zkoumat, poučit. Vzhledem k tomu, že se zadavateli takového poučení ze strany Úřadu nedostalo, nota bene v případě, kdy poučení mělo směřovat vůči povinnosti zadavatele vyplývající toliko z judikatury a nikoli z příslušných právních předpisů, je správní řízení stíženo vadou způsobující jeho nezákonnost.
28. K závěrům Úřadu (bod 145 rozhodnutí) ohledně argumentace zadavatele hospodárností, účelností a efektivností, použitou plně ve smyslu rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013, který konstatoval, že je relevantní postup zadavatele z hlediska srovnání nákladů na realizaci zakázky stávajícím a jiným dodavatelem, kdy Úřad konstatoval, že podle novější rozhodovací činnosti soudů nelze zásadu hospodárnosti (ekonomické výhodnosti) upřednostňovat před zásadou transparentnosti a zákazu diskriminace pak zadavatel namítá, že jeho argumentace těmito zásadami nebyla směřována k vlastnímu odůvodnění použití JŘBU, ale při posuzování, zda jsou naplněny objektivní podmínky pro použití JŘBU v případě předmětné veřejné zakázky. Zásadu hospodárnosti sice nelze upřednostňovat, nelze jí však umenšovat a opomíjet tak, jak činí Úřad v rámci rozhodnutí. Odkazuje-li Úřad v této věci na rozhodnutí Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015, je nutno namítnout, že se zde nejedná o žádný názorový posun v argumentaci soudů, pouze skutkový i právní stav v jím později řešeném případě je zcela odlišný, neboť zavinění stavu dotčeným zadavatelem byl v odkazovaném případě prokazován existencí strategického dokumentu, který již před zadáním primární veřejné zakázky dotčeným zadavatelem byl tomuto znám, přičemž explicitně předpokládal realizaci dalších etap rozvoje systému, vyžadující zadání navazujících veřejných zakázek.
29. Zadavatel tvrdí, že s odkazem na závěry analýzy bylo zadavatelem prokázáno, že s ohledem na stav trvající existence výhradních práv dodavatele k IS MOSS, když tento stav nebyl

zadavatelem zaviněn, resp. úmyslně navozen (jak již bylo uvedeno výše), by řešení s využitím jiného dodavatele znamenalo buď nutnost vytvoření nového systému, nebo rozšíření licenčních oprávnění k IS MOSS tak, aby mohl veřejnou zakázku plnit i jiný dodavatel. První z možností byla v souladu se závěry analýzy, zadavatelem odmítnuta jako neekonomická, neboť by znamenalo nejen nutnost vynaložit další náklady na duplikaci stávajícího IS MOSS, nadto nebylo možno důvodně předpokládat případné budoucí úspory při zajištění provozu takového systému, neboť jedním ze závěrů analýzy je konstatování, že služby podpory IS MOSS jsou poskytovány za ceny, které odpovídají obvyklé hladině cen za poskytování srovnatelných služeb. Druhá z možností pak nebyla možná, neboť dodavatel neumožnil bez dalšího provádění změn třetími osobami.

30. K výroku II. napadeného rozhodnutí pak zadavatel namítá nezákonnost rozhodnutí spočívající v nepřezkoumatelnosti odůvodnění, a tedy i samotného výroku II. napadeného rozhodnutí, kterým je zadavateli ukládána pokuta ve výši 300.000 Kč.
31. Jako zásadní nedostatek odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí zadavatel s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 89/2013-33 ze dne 19. 2. 2014 namítá porušení zásady zákazu dvojího přičítání. V daném případě je znakem správního deliktu kladeného zadavateli za vinu to, že „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“. Úřad však tuto okolnost (viz body 175 a 176 odůvodnění) následně hodnotí také ve vztahu k závažnosti správního deliktu coby okolnost přitěžující, když konstatuje, že *„vybraný uchazeč nebyl vystaven konkurenci, neproběhla žádná soutěž, na základě níž by byla získána skutečně výhodnější nabídka“*, což dle zadavatele nelze hodnotit jinak, než jako podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Stejně tak Úřad uvádí, že zadavatel tím, že *„předmětnou veřejnou zakázku neoprávněně zadal v JŘBU, zamezil v účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení a zcela tak vyloučil soutěžní prostředí. Ve vztahu k závažnosti spáchaného správního deliktu tak nelze než uvést, že se v šetřeném případě jedná o delikt závažný, neboť postupem zadavatele došlo k eliminaci základního účelu procesu zadávání veřejné zakázky, kterým je zajištění spravedlivé soutěže o nejvýhodnější nabídku v souladu se základními principy zadávání vyplývajícími z ustanovení § 6 odst. 1 zákona.“*. Zde Úřad dle zadavatele jako přitěžující okolnost vstupující do hodnocení závažnosti deliktu používá jednoznačně skutkovou podstatu správního deliktu jako celek. Z uvedeného důvodu trpí napadené rozhodnutí vadou, která způsobuje zásadní rozpor s právními předpisy a ustálenou judikaturou, a činí tak rozhodnutí nezákonným.
32. Dle zadavatele Úřad v odůvodnění výše pokuty zkoumal pouze okolnosti více méně přitěžující, aniž by se zabýval okolnostmi polehčujícími. Ze shora uvedeného k meritu rozhodnutí je zcela zjevné, 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 IS MOSS (odhlédneme-li od toho, že se toto sjednané oprávnění nepodařilo fakticky naplnit). Byť z pohledu Úřadu se tato skutečnost pro určení výše pokuty významnou nejeví, neobsahuje odůvodnění rozhodnutí v části hodnocení okolností spáchaní deliktu jakoukoli úvahu o této okolnosti. Tím méně pak obsahuje úvahy Úřadu o jakýchkoli polehčujících okolnostech vůbec.
33. Zadavatel dále namítá, že jako k přitěžující okolnosti je (v bodech 174 a 176 odůvodnění napadeného rozhodnutí) Úřadem pohlíženo na zcela obecné upozornění zpracovatele

analýzy na riziko možného shledání postupu zadavatele neoprávněné (taková možnost byla zřejmá a zadavateli známa již ze samotné dikce zákona), když toto bylo učiněno bez znalosti okolností zadání původní veřejné zakázky z hlediska oprávněně očekávaných předpokladů zadavatele.

34. Odůvodnění rozhodnutí v části hodnocení okolností spáchání deliktu pak neobsahuje jakoukoli úvahu o polehčujících okolnostech, takové odůvodnění je proto nutno shledat nepřezkoumatelným, 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.
35. Dalším faktorem, který dle námítky zadavatele činí odůvodnění rozhodnutí týkající se výše pokuty nepřezkoumatelným, je úplná absence úvahy Úřadu směřující k výši pokuty samotné. Úřad sice vylíčil okolnosti, které považoval pro stanovení výše pokuty za důležité (body 172 až 180 odůvodnění), ale zcela se vyhnul jejich použití při stanovení výše pokuty. Až dva body před koncem odůvodnění tak Úřad poprvé v rámci odůvodnění zmiňuje výši pokuty, a to v souvislosti s jejím posouzením z hlediska funkcí správního trestu, nijak však nezmiňuje, jakým způsobem byla pokuta ve výši 300.000 Kč stanovena. Z odůvodnění určení výměry pokuty dle zadavatele vyplývá, že ve vztahu k výši pokuty Úřad vůbec neučinil úvahu promítající výše uvedené podstatné okolnosti do výpočtu výše pokuty a není tedy ani zřejmé, jakým způsobem k samotné výši pokuty Úřad dospěl. Z dikce odůvodnění by bylo možno dovozovat, že pokuta byla stanovena ve výši 300.000 Kč a až následně bylo zkoumáno, jestli je dostačující. Zadavatel věří, že takový zcela nepřijatelný přístup Úřad nezvolil a jde jen o nešťastnou formulaci, ovšem faktem zůstává, že z tohoto stručného odůvodnění nelze způsob stanovení výše pokuty zjistit. Není zřejmé, jak do výše pokuty vstupují jednotlivé Úřadem popsané okolnosti a jak byla pokuta stanovena v poměru k zákonnému rozpětí možné výše výměry sankce za tento delikt. Celé odůvodnění části II. výroku tak pouze konstatuje přiléhavost ukládané pokuty, aniž by byla odůvodněna její výše samotná.
36. K závěrům Úřadu z hlediska zkoumání ekonomické situace zadavatele pro posouzení toho, zda se určená výše pokuty může jevit jako krajně nespravedlivá, zadavatel namítá, že úvaha Úřadu o výši finančních prostředků („v rádech miliard korun“), s nimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, vykazuje známky elementární neznalosti rozpočtových pravidel, když zadavatel na vlastní provoz úřadu disponoval (v roce 2016, za který čerpal Úřad informace z Výroční zprávy zadavatele) jen zhruba 500 mil. korun (z nichž nadto cca polovina tvoří mzdové náklady zadavatele). Rozdíl v řádu miliard tvoří finanční prostředky, jež zadavatel „vybírá“ v rámci své působnosti, přičemž tyto musí odvést do státního rozpočtu. V daném případě tak vyšel Úřad z nesprávně zjištěného skutkového stavu. Pokud tuto okolnost posuzoval ve vztahu k ukládané pokutě, pak tato skutečnost zásadně ovlivňuje přezkoumatelnost úvah Úřadu ohledně výše pokuty. Úřad navíc v této souvislosti vycházel z Výroční zprávy Českého telekomunikačního úřadu za rok 2016, kterou v řízení jako důkaz neprovedl, v čemž je rovněž nutno spatřovat další nezákonnost jeho postupu.

Závěr rozkladu

37. 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.

VI. Řízení o rozkladu

38. 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

39. 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.
40. Úřad tím, že výrokem I. napadeného rozhodnutí 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 zadal v JŘBU, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy.
41. Úřad tím, že výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli pokutu ve výši 300 000 Kč, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy.
42. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a k zamítnutí rozkladu zadavatele.

VII. K námitkám rozkladu

K tvrzené nicotnosti napadeného rozhodnutí

43. K námitce nicotnosti napadeného rozhodnutí uvádím následující. Zadavatel v této souvislosti nově namítá, že zákon č. 137/2006 Sb. byl v době zahájení tohoto správního řízení 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 odst. 1 ZZVZ podle kterého však Úřad toto správní řízení nezahájil.
44. Podle § 274 odst. 1 písm. a) ZZVZ ve znění účinném při zahájení tohoto správního řízení „Přechodná ustanovení k dohledu nad dodržováním zákona“ se podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, nebo podle zákona č. 139/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, postupuje v řízeních o přezkoumání úkonů zadavatele a řízení 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.

45. Ustanovení § 274 odst. 1 písm. a) ZZVZ tedy zcela v souladu s čl. 51 legislativních pravidel vlády v rozhodném ve znění stanovuje právě a toliko to, na které právní vztahy vzniklé přede dnem nabytí účinnosti nového právního předpisu se vztahuje dosavadní právní předpis.
46. V tomto případě tedy § 274 odst. 1 písm. a) ZZVZ definuje právní vztahy tak, že se mj. jedná o právní vztahy „v řízeních o správních deliktech zahájených Úřadem po dni nabytí účinnosti ZZVZ, jestliže se týkají zadávání veřejných zakázek podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti ZZVZ“. V takto zákonodárcem definovaném okruhu právních vztahů se pak Úřad musí řídit zákonem č. 137/2006 Sb., resp. podle zákona č. 137/2006 Sb. *postupovat*. Tato právní úprava § 274 odst. 1 písm. a) ZZVZ tedy představuje výjimku ze zásady nepravé retroaktivity procesních norem a vede k nutnosti aplikovat na zadavatelovo jednání nejen hmotněprávní úpravu zákona č. 137/2006 Sb. v rozhodném znění, nýbrž i úpravu procesní obsaženou v tomtéž znění zákona, a to právě při *postupech* Úřadu vůči zadavateli.
47. Úprava hlavy II. „DOHLED NAD DODRŽOVÁNÍM ZÁKONA“ dílu 1 „Dohled nad zadáváním veřejných zakázek“ § 112 „Výkon dohledu nad zadáváním veřejných zakázek“ (stejně jako § 121 odst. 4) zákona č. 137/2006 Sb. v rozhodném znění pak zjevně spadá do právní úpravy postupů Úřadu, tedy do procesně právní regulace (jejích východisek), která byla Úřadem v tomto správním řízení uplatněna mimo jiné výslovně jak v oznámení o zahájení tohoto správního řízení, tak v napadeném rozhodnutí.
48. Pokud tedy zadavatel v rozkladu nově namítá, že zákon č. 137/2006 Sb. byl v době zahájení tohoto správního řízení již zrušen, a nemohl tedy *založit příslušnost Úřadu* k vedení tohoto správního řízení a k rozhodnutí ve věci, opomíjí, že právní vztahy v podobě postupu Úřadu v tomto správním řízení se i nadále řídí zákonem č. 137/2006 Sb., jelikož tak stanoví účinné znění jiného právního předpisu, a sice ustanovení § 274 odst. 1 písm. a) ZZVZ.
49. Pokud pak zadavatel tvrdí, že příslušnost Úřadu k vedení mj. tohoto správního řízení je stanovena přechodným ustanovením § 274 odst. 1 ZZVZ, podle kterého však Úřad toto správní řízení nezahájil, přehlíží, že právní regulace § 274 odst. 1 písm. a) ZZVZ nepřekračuje určení, na které právní vztahy vzniklé přede dnem nabytí účinnosti nového právního předpisu se vztahuje *dosavadní právní předpis*, nijak tedy sama o sobě příslušnost Úřadu (na rozdíl od § 112, resp. § 121 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., jež mají být aplikovány) nereguluje, a tedy ani nezakládá; stanovuje toliko povinnost Úřadu aplikovat v tomto správním řízení na svůj postup i procesní právní úpravu 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. 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 námitkám proti výroku I. napadeného rozhodnutí

50. Vzhledem k tomu, že se obsah rozkladových námitek obviněného do značné míry kryje s námitkami vznesenými v dosavadním průběhu správního řízení před vydáním napadeného rozhodnutí, předesílám ke způsobu jejich vypořádání, že ve smyslu ustálené judikatury *„nelze povinnost soudu řádně odůvodnit rozhodnutí chápat tak, že musí být na každý argument strany podrobně reagováno (srov. nálezn Ústavního soudu ze dne 15. 1. 2008,*

sp. zn. IV. ÚS 1903/07, náleží Ústavního soudu ze dne 16. 5. 2007, sp. zn. IV. ÚS 493/06, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 19. 4. 1994, Van de Hurk v. Nizozemí, stížnost č. 16034/90, bod 61, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 9. 12. 1994, Ruiz Torija v. Španělsko, stížnost č. 18390/91, bod 29). NSS má v posuzované věci za to, že ve světle citované judikatury krajský soud odůvodnil své rozhodnutí dostačujícím způsobem a se snahou postihnout žalobní body komplexně tak, aby reagoval na všechny výtky stěžovatele proti napadenému rozhodnutí. Na každé rozhodnutí je přitom nutno nahlížet jako na celek; není-li konkrétní žalobní námitka vypořádána samostatně (ale je součástí širšího hodnocení posuzované problematiky), nelze o nepřezkoumatelnosti takového rozsudku vůbec uvažovat. (...) Z odůvodnění rozsudku je zřejmé, že krajský soud uvedl srozumitelné a logicky na sebe navazující důvody ve prospěch právního názoru, k němuž dospěl, a vyjádřil se i ke stěžejním argumentům stěžovatele. Krajský soud sice výslovně nereagoval na každý dílčí argument stěžovatele, z jeho celkové úvahy je však zcela zřejmé, proč se s právním názorem stěžovatele neztotožnil.“, jak uvedl NSS v rozsudku č. j. 2 As 134/2011 – 200 ze dne 27. 8. 2013. Ačkoliv se tento rozsudek vztahuje k nepřezkoumatelnosti, resp. ke standardům přezkoumatelnosti, rozhodnutí správního soudu, je jeho výklad přílehlavý i pro výklad nepřezkoumatelnosti, resp. pro výklad standardu přezkoumatelnosti, správního rozhodnutí. Jak je uvedeno výše, výklad tohoto pojmu je věcí právní nauky a nikoli např. právního předpisu stanovícího požadavky toliko na rozhodnutí správního soudu. Stejný, resp. obdobný, výklad je proto principiálně možné použít i ve vztahu k vypořádání námitek odvolacím správním orgánem v řízení o rozkladu. Pokud tedy zadavatel uvádí na několika místech v rozkladu stále se ve svém obsahu opakující námitky, svá přesvědčení a konstatování, z nichž některé spolu úzce souvisí, avšak nevnáší nové světlo do posuzované věci či případně tyto nejsou ani relevantní pro posouzení té které dílčí právní otázky, je nadbytečné, aby se odvolací správní orgán jednotlivě a opakovaně s takovými námitkami podrobně vypořádával, pokud komplexně postihne *gros* rozkladové argumentace.

51. K obdobným závěrům ve vztahu k nepřezkoumatelnosti, resp. ke standardům přezkoumatelnosti, ostatně dospěl např. i Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 29 Af 96/2013-234 ze dne 28. 3. 2017, podle jehož výkladu: „*Povinnost dostatečného odůvodnění rozhodnutí nemůže být chápána zcela dogmaticky. Rozsah této povinnosti se totiž může měnit podle povahy rozhodnutí a musí být posuzován ve světle okolností každého jednotlivého případu. Zároveň tento závazek nemůže být chápán tak, že vyžaduje za všech okolností podrobnou odpověď na každý jednotlivý argument účastníka. (...) V nyní projednávané věci si nelze nepovšimnout mimořádného rozsahu i obsahu rozhodnutí žalovaného, jakož i toho, že v případě námitek rozkladů šlo ve své podstatě z větší části o stále stejné či obdobné, opakující se námitky týkající se procesních vad, skutkových i právních závěrů a jejich následků, jež jsou nahlíženy z různých úhlů pohledu a různě argumentované. Všem těmto základním okruhům námitek se předseda Úřadu potažmo žalovaný věnoval a nelze mu vyčítat nezohlednění veškeré v rozkladech vyslovené argumentace. Ostatně při rozsáhlosti celé projednávané věci se ani nelze divit určité racionalizaci argumentace předsedy Úřadu.*“
52. K námitkám nedostatečných skutkových zjištění a rozporu se zásadou materiální pravdy, uvádím následující. Pokud zadavatel namítá, že Úřad zásadním způsobem ovlivnil zjištění skutkového stavu tím, že bez řádného odůvodnění neprovedl důkazy Materiál Ministerstva

informatiky č. j. MI 1168/2003 63, usnesení vlády České republiky ze dne 9. 11. 2011 č. 815 k Analýze současného stavu problematiky účastnických sporů podle zákona o elektronických komunikacích, jejichž předmětem je peněžité plnění, včetně dopadů případného přenesení této agendy na soudy, usnesení vlády České republiky ze dne 3. 7. 2013 č. 528 k Informaci o současném kritickém stavu problematiky účastnických sporů podle zákona o elektronických komunikacích, jejichž předmětem je peněžité plnění včetně dopadů na zadavatele, a Usnesení vlády České republiky ze dne 11. 4. 2016 č. 314 k řešení účastnických sporů o peněžité plnění v oblasti elektronických komunikací, pak předně odkazují na vypořádání této námítky v bodě 152 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

53. Úřad zde k těmto návrhům důkazů konstatoval nejen, že tyto důkazy neprovedl, ale uvedl i důvod, pro který tak učinil. Stav věci zjištěný Úřadem z jiných důkazů, které Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí zrekapituloval a podrobně vyhodnotil, totiž zcela podpírá výrok I. napadeného rozhodnutí a provedení výše namítaných důkazů pak není s to takováto zjištění Úřadu změnit či jinak ovlivnit. Neprovedení těchto důkazů tedy není postupem, který by byl rozporný se správním řádem a respektuje i požadavky judikatury na způsob odůvodnění neprovedení navrhovaných důkazů. Jak je zřejmé, ze závěrů Úřadu v této věci: *„Provedení těchto důkazů vztahujících se k narůstající agendě zadavatele v inkriminovaném období v oblasti účastnických sporů nebylo potřebné s ohledem na skutečnost, že sám zadavatel počítal s možností plnění ze strany jiných osob než jím samotným, přičemž pro tuto situaci si nezajistil vhodné smluvní podmínky z hlediska licenčních omezení. V tomto kontextu je zřejmé, že důvody, pro které nedošlo k plnění přímo ze strany zaměstnanců zadavatele, nejsou pro posouzení věci stěžejní, jelikož (...)“*, Úřad dostal požadavku na vylíčení, pro nepovažuje obsah navrhovaných důkazů za obsah, který se míjí s nosnými důvody výroku I. napadeného rozhodnutí, proč tedy provedení navrhovaných důkazů není třeba k prokázání toho faktického stavu, který je však relevantní pro právní posouzení věci tohoto správního řízení. Jinými slovy Úřad přezkoumatelně popsal, proč k provedení těchto důkazů nepřikročil a jak se jejich obsah míjí s relevantními zjištěními Úřadu z jiných důkazů.
54. K otázce způsobu posouzení obsahu těchto navrhovaných a neprovedených důkazů Úřadem pak uvádím následující. Zadavatel teprve až v rozkladu namítá, že tyto důkazy nebyly navrhovány za účelem prokázání narůstající agendy zadavatele, ale primárně za účelem prokázání faktického vědomí zadavatele o jeho oprávněně předpokládaných potřebách jak v okamžiku zadávání původní veřejné zakázky, tak v souvislosti s potřebou uzavření následných servisních smluv.
55. Otázku „zavinění“ stavu exkluzivity, která v zásadě hodnotí vědomí zadavatele při zadávání veřejné zakázky, však Úřad neposuzoval z hlediska dopadů na deliktní odpovědnost zadavatele za uzavření smlouvy o dílo na původní veřejnou zakázku, nýbrž z hlediska deliktní odpovědnosti zadavatele za uzavření servisní smlouvy na nyní přezkoumávanou zakázku související s potřebou zajištění servisních služeb. Z tohoto pohledu se jeví zcela přiléhavá úvaha Úřadu v bodě 116 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že: *„obhajoba zadavatele uvedená v bodě 112 odůvodnění tohoto rozhodnutí směřuje ke krokům zadavatele souvisejících s původní veřejnou zakázkou, na jejíž plnění uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo, a nikoliv s potřebou zajištění služeb servisní podpory IS MOSS. Úřad má za to, že legislativní změny v oblasti agendy účastnických sporů nemají přímou*

souvislost s předmětem plnění servisní smlouvy, neboť tím je dle jejího čl. 3. „Předmět smlouvy“ zajištění provozu a údržby podporovaných systémů a operačního systému, odstranění záručních a pozáručních vad podporovaných systémů, zajištění provozu Hotline a Helpdesk, uživatelská podpora systémů na úrovni L1, L2 a L3, provádění provozních úprav podporovaných systémů, konzultace a školení zaměstnanců a součinnost při migraci dat. Narůstající agenda účastnických sporů v důsledku níž došlo k zahlcení činnosti zadavatele, tedy neměla přímý vliv na předmět a charakter šetřené servisní smlouvy.“ Vedle toho považuji z hlediska navrhaných a neprovedených důkazů i konzistentní a dostačující jeho úvahu v bodě 116 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že: *„Právní stav, o kterém zadavatel hovoří, tzn. legislativní procesy vedoucí k vyřešení přenosu působnosti agendy účastnických sporů ze zadavatele na obecné soudy, trval natolik dlouhou dobu (od roku 2004, kdy návrh zákona o elektronických komunikacích agendu z působnosti zadavatele odebíral až do roku 2016, kdy byla otázka s konečnou platností vyřešena), že zadavatel mohl důvodně předpokládat, že k vyřešení dané situace v krátkém časovém horizontu nemusí dojít a agenda účastnických sporů ze zadavatele na obecné soudy nepřejde, resp. že agenda zadavateli nebude odňata.“* Tento závěr Úřadu pak nemůže být zpochybněn ani poukazem na faktické vědomí zadavatele o jeho předpokládaných potřebách, jelikož Úřad na základě jiných důkazů prokázal, že toto „vědomí“ zadavatele, jímž se obhajuje, vedlo právě k „zavinění“ zadavatele za stav exkluzivity vybraného uchazeče; ignorovalo totiž v tu dobu ničím nevyloučenou eventualitu, že zadavatel bude muset ještě déle než 10 dalších let celou agendu účastnických sporů zajišťovat mimo jiné za pomoci IS MOSS, jenž však bude třeba po celou tuto další dobu podporovat, upravovat a dále rozvíjet, což se ostatně také stalo. Zadavatel tedy nemohl nemít (rovněž) vědomí o eventualitě zadávání dalších navazujících zakázek, jakým je i přezkoumávaná veřejná zakázka na servisní podporu IS MOSS.

56. K dalším námitkám zadavatele ohledně hodnocení skutkového stavu a ohledně závěru Úřadu o spáchání správního deliktu, uvádím následující. Zadavatel na různých místech rozkladu opakovaně namítá, že okolnosti uzavírání smlouvy o dílo při zadávání původní veřejné zakázky, tedy okolnosti vzniku exkluzivity vybraného uchazeče s dílčím omezením této exkluzivity ve prospěch zadavatele (tj. možnost zasahovat do zdrojového kódu IS MOSS vlastními silami), zcela odpovídaly tehdejšímu předpokladu zadavatele, že potřeba daného systému v daném rozsahu je časově omezená do okamžiku přechodu agendy účastnických sporů na obecné soudy. K tomu uvádím, že takový předpoklad by snad mohl být relevantní pro postup zadavatele při zadávání původní veřejné zakázky, nikoli však již při zadávání veřejné zakázky, u níž již takovýto předpoklad existovat nemohl a zadavatel tak jen využíval stavu exkluzivity, který sám navodil svým dřívějším postupem i ve vztahu k zakázce, jejíž budoucí potřebu však nemohl nijak vyloučit právě již v době zadávání veřejné zakázky, její nutnost v bližší či vzdálenější budoucnosti měl a mohl mnohem spíše předpokládat. Okolnost, že se zadavateli „podařilo“ ve svůj prospěch dosáhnout jistých oprávnění k zásahům do zdrojového kódu IS MOSS vlastními silami, pak není automatickým popřením navození stavu exkluzivity vybraného uchazeče, nýbrž jen eventualitou, která vědomé navození stavu exkluzivity vybraného uchazeče může jak vylučovat, ale stejně tak být prostředkem k jeho utvrzení. Pokud by totiž zadavatel tohoto svého oprávnění k zásahům do zdrojového kódu IS MOSS vlastními silami fakticky nikdy nevyužil, tak by tato eventualita vlastních zásahů nehrála vůči faktické exkluzivitě vybraného uchazeče žádnou roli, byla by vůči ní zcela irelevantní okolností, což se ostatně také dělo. Proto není možné mít za to, že by

taková eventualita vlastních zásahů jistě vylučovala jeho „zavinění“ ve smyslu vztahu zadavatele k navození stavu exkluzivity vybraného uchazeče, a jistě byla jen „nešikovností“ zadavatele v době zadávání původní veřejné zakázky.

57. K námitce zadavatele odvíjející se od argumentu, že zadavatel nedisponoval dostatečnými vlastními kapacitami pro zajištění správy IS MOSS tak nelze než poznamenat, že se jedná o argument, který není z hlediska zákonných předpokladů pro možnost využití JŘBU při zadávání veřejné zakázky jakkoli relevantní. Podobně jako otázka faktického využití či nevyužití jistých oprávnění k zásahům do zdrojového kódu IS MOSS vlastními silami, je i „dostatečnost či nedostatečnost“ vlastních kapacit pro zajištění správy IS MOSS otázkou, která vždy byla v plné dispozici zadavatele. Byla to však vlastní dispozice zadavatele při řešení této otázky, které ho fakticky dovedlo ke stavu, kdy se původně předpokládaná možnost zásahů do zdrojového kódu IS MOSS vlastními silami „*stala spíš hypotetickou možností*“, jak namítá sám zadavatel. Pokud tedy zadavatel nebyl, z důvodů ležících primárně na straně jeho vlastních kapacit, schopen využít jedinou možnost, aby realizoval své oprávnění k zásahům do zdrojového kódu IS MOSS, nutně to znamená, že musel být přinejmenším srozuměn s tím, že takové zásahy může *pro futuro* realizovat už jedině vybraný uchazeč nalézající se ve vztahu k plněním zasahujícím do zdrojového kódu IS MOSS ve faktickém postavení exkluzivity z důvodů autorskoprávní ochrany.
58. K námitkám zadavatele týkajícím se otázek hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti ve vztahu k pořizování předmětu plnění veřejné zakázky uvádím následující. Zadavatel v rozkladu namítá, že jeho argumentace těmito zásadami nebyla směřována k vlastnímu odůvodnění použití JŘBU, ale při posuzování, zda jsou naplněny objektivní podmínky pro použití JŘBU v případě předmětné veřejné zakázky s tím, že zásadu hospodárnosti sice nelze upřednostňovat, nelze jí však umenšovat a opomíjet tak, jak činí Úřad v rámci rozhodnutí.
59. Úřad se v bodech 145 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí s jádrem této argumentace vypořádal. Dospěl přitom na základě výkladu relevantní judikaturou k závěru, že zadavatel byl bodem 6.1.1. „Zjištění“ analýzy obeznamen mimo jiné s tím, že se nachází v situaci, která vykazuje charakteristické znaky závislosti na vybraném uchazeči, přičemž exkluzivita vybraného uchazeče má vliv na dlouhodobé posilování jeho dominantní pozice. Z tohoto důvodu je dle názoru Úřadu výrazným způsobem ovlivněna možnost jednání zadavatele o smluvních podmínkách servisní podpory IS MOSS, a hodnota servisní podpory IS MOSS v konečném důsledku nemusí odpovídat běžným nákladům, kterých by bylo docíleno skrze otevřenou hospodářskou soutěž. S tímto dílčím závěrem Úřadu se ztotožňuji. Tento dílčí závěr pak ve světle Úřadem citované judikatury znamená, že si zadavatel otázku hospodárnosti při volbě mezi pokračováním v závislosti na exkluzivně postaveném vybraném uchazeči a mezi uvedením smluvních vztahů do stavu nezatíženého exkluzivitou jiného dodavatele autorskoprávními omezeními nemohl vyřešit s jednoznačným odkazem na „neekomičnost“, aniž by tento svůj závěr podložil, natož v tomto správním řízení prokázal, například odpovídajícím průzkumem trhu, analýzou dosavadních a odhadovaných nákladů na další provozování IS MOSS či podobně.
60. Odkazuje-li pak Úřad v této věci na rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015, pak přílehavost výkladu tohoto rozsudku vyplývá z faktu, že zadavatel, stejně tak jako tamní zadavatel, nemohl být toliko „nešikovný“ při založení stavu exkluzivity vybraného uchazeče, nýbrž musel tento stav založit přinejmenším v rovině

srozumění se všemi dalšími relevantními eventualitami budoucího vývoje, tedy i s těmi eventualitami, které se nakonec ukázaly jako jediné reálně nastalé.

61. K námitce nesprávnosti a nezákonnosti postupu Úřadu, když ve výroku I. rozhodnutí konstatoval, že zadavatelem není dostatečným způsobem prokazována tvrzená existence technických důvodů odůvodňujících použití JŘBU, uvádím následující. Toto správní řízení bylo zahájeno ve věci podezření Úřadu na spáchání správního deliktu zadavatelem pro nesplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v JŘBU. Jak plyne již ze samotného obsahu rozkladu, je si zadavatel vědom ustálené správní praxe Úřadu a probované rozhodovací praxí správních soudů, že důkazní břemeno prokázání existence důvodů pro použití JŘBU v § 23 odst. 4 písm. a) zákona je na straně zadavatele.
62. Byl to po celou dobu vedení tohoto správního řízení zadavatel, který nejen že si byl svého důkazního břemene vědom, ale z obsahu § 23 odst. 4 písm. a) zákona se mu nutně podává i rozsah takového důkazního břemene, mezi něž spadá i eventualita prokázání technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v JŘBU. Vzhledem k obsahu zadavatelem činěných podání v tomto správním řízení pak Úřad hodnotil i to, zda technické důvody uváděné zadavatelem v rámci unesení jeho důkazního břemene naplňují či nenaplňují důvody ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Činil tak v bodech 135 a násl., z nichž je nanejvýš zřejmé, v jakých podáních a jakým konkrétním způsobem zadavatel o technických důvodech pojednal, které ho (krom důvodů autorskoprávních) vedly k zadání veřejné zakázky v JŘBU. Všechna tato podání zadavatele jsou přitom součástí správního spisu. Jejich obsahové vyhodnocení pak nutně muselo Úřad dovést k závěru, že zadavatel mimo jiné technické důvody ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona v průběhu tohoto správního řízení pouze tvrdil, aniž by svá tvrzení jakkoliv blíže dokládal. Se závěrem Úřadu, že technické důvody pro postup v JŘBU nebyly zadavatelem doloženy a zadavatel tak neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití JŘBU, neboť svá tvrzení nijak nedoložil, se pak ztotožňuji.
63. V Oznámení o zahájení správního řízení ze dne 26. 6. 2017, č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-18996/2017/542/PKn, byl navíc zadavatel poučen o své důkazní povinnosti, když Úřad uvedl, že *„[o] použití příslušného druhu zadávacího řízení rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Je na zadavateli, aby prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. [...]“*
64. Za nedůvodnou tak považuji i námitku zadavatele, že to byl Úřad, který měl zadavatele, nejpozději v souvislosti s usnesením obsahujícím výzvu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí, o jeho povinnosti takováto tvrzení doložit důkazy, resp. o faktu, že v tomto řízení je důkazní břemeno na straně zadavatele, poučit. Neboť, jak ze shora uvedeného vyplývá, o své důkazní povinnosti byl zadavatel náležitě poučen již v oznámení o zahájení správního řízení.
65. Ze všech výše uvedených důvodů pak považuji za neodůvodněnou námitku nezákonnosti napadeného rozhodnutí pro nesprávné právní posouzení otázky naplnění podmínek postupu obviněného dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona; s řešením právní otázky naplnění podmínek postupu obviněného v JŘBU se naopak z výše uvedených důvodů ztotožňuji.

K námitkám proti výroku II. napadeného rozhodnutí

66. S ohledem na to, že obviněný byl dle textu rozkladu přesvědčen o správnosti svého postupu, brojil i proti výroku II. napadeného rozhodnutí, kterým mu byla uložena pokuta. Proto dále přistupuji k přezkoumání úvah, kterými se Úřad řídil při ukládání sankce. Jelikož jsem shledal v zadavatelově postupu pochybení, resp. ztotožnil jsem se s výrokem I. napadeného rozhodnutí, není prostor pro to, abych upustil od uložení sankce.
67. Podle ustanovení § 121 odst. 2 zákona platí, že je Úřad při určení výše výměry pokuty za spáchaný přestupek povinen přihlédnout k závažnosti přestupku, jeho následkům a okolnostem, za kterých byl obviněným spáchán. To tedy, jinými slovy řečeno, znamená, že do úvahy Úřadu ohledně výše ukládané pokuty za konkrétní přestupkové jednání se musí vždy promítnout závažnost spáchaného přestupku, která je určena zejména způsobem jeho spáchání, jeho následky a okolnostmi, za nichž došlo k jeho spáchání. Především s přihlédnutím k těmto kritériím Úřad uvažuje o výši peněžitě pokuty, kterou lze obviněnému v rozmezí určeném podle § 120 odst. 1 zákona uložit. Úřad však vedle toho přihlíží také k ekonomické situaci obviněného, a to rovněž při zohlednění své rozhodovací praxe, přičemž dbá na to, aby uložená pokuta plnila obě funkce právní odpovědnosti, tedy funkci preventivní a represivní. Dále, vzhledem k přijetí zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „**přestupkový zákon**“), Úřad přihlédl rovněž k § 37a násl. přestupkového zákona, neboť obsahuje širší výslovný katalog skutečností, k nimž je třeba při výměře trestu přihlížet, než úprava obsažená v zákoně.
68. Úřad zdůvodnil výši uložené sankce v bodech 159. až 181. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde nejdříve obecně uvedl, na základě čeho (jakých ustanovení zákona) a za co je obviněnému peněžitá pokuta ukládána. Následně Úřad jasným, dostatečně podrobným a přezkoumatelným způsobem uvedl, co vzal při posuzování výše ukládané sankce v úvahu. S ohledem na jeho závěry mohu konstatovat, že při přezkoumání napadeného rozhodnutí ve výroku II. jsem neshledal důvody pro to, aby bylo požadavkům obviněného (tj. mimo jiné zrušení výroku II. napadeného rozhodnutí) vyhověno.
69. Úřad při ukládání pokuty zohlednil jak způsob spáchání přestupku, kterýžto je svou povahou jedním z velmi závažných přestupků, když ve svém důsledku de facto nezákonně vylučuje princip hospodářské soutěže, tak následky takového postupu, spočívající ve zvýhodnění vybraného uchazeče oproti jiným potenciálním dodavatelům (neboť tento nebyl vystaven konkurenci či lépe řečeno hospodářské soutěži o veřejnou zakázku), a stejně tak okolnosti, za nichž byl přestupek spáchán.
70. Úřad v šetřené věci shledal jako přitěžující okolnost jen to, že zadavatel byl v bodu 6.1.2. „Riziko“ analýzy upozorněn na potenciální možnost nezákonného postupu, „*kdy 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 jednacího řízení bez uveřejnění bylo neoprávněné*“. Zadavatel nicméně toto výslovné upozornění nereflektoval a uzavřel s vybraným uchazečem v rámci JŘBU servisní smlouvu na veřejnou zakázku.
71. Ke způsobu, jakým Úřad zohlednil tuto přitěžující okolnost při určení výměry pokuty, odkazují na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 17/2012 – 34 ze dne 20. 03. 2013, kde při téměř shodném rozsahu a struktuře odůvodnění určení výměry pokuty

Úřadem dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, „že z obou správních rozhodnutí vnímaných v jejich komplexu jednoznačným a přezkoumatelným způsobem vyplynulo, že při určení výše pokuty byla brána v potaz všechna demonstrativně uvedená kritéria zmíněná v § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách (způsob spáchání správního deliktu, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán), která se vážou k závažnosti správního deliktu, jakožto hlavnímu kritériu pro určení výše pokuty. Jejich postižením ve správních rozhodnutích byl náležitě popsán náhled správních orgánů na závažnost spáchaného deliktu, od něhož pak odvodily uloženou pokutu ve výši 300 000 Kč. Nebylo tak možno se ztotožnit s hodnocením krajského soudu o nepřezkoumatelnosti napadeného správního rozhodnutí v daném ohledu.“, a dále na navazující rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 44/2010-97 ze dne 28. 05. 2013, podle jehož právního posouzení: „Pokud jde o námitky týkající se výše pokuty, vyšel soud z toho, že stanovení výše pokuty je výsledkem správního uvážení žalovaného. Je-li rozhodnutí vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece správního orgánu, je povinností správního orgánu předepsané volné úvahy užít; to znamená, že se správní orgán musí zabývat všemi hledisky, která jsou pro posouzení konkrétní výše pokuty nezbytná (zákonem předepsaná), nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. V daném případě tedy žalovaný řádně aplikoval veškerá zákonem (§ 121 odst. 2 ZVZ) výslovně požadovaná kritéria (jak uvedl Nejvyšší správní soud ve zrušovacím rozsudku) a pokuta tak byla uložena v souladu se zákonem.“

72. Úřad při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které mohou výši pokuty v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochybnosti o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu.
73. Z odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí je přitom zřejmé, že výše pokuty uložená v tomto případě uvedeným požadavkům vyhovuje. Úřad v bodech 172 až 177 odůvodnění napadeného rozhodnutí zohlednil kritéria, v jejichž světle se posuzuje závažnost přestupku, a rovněž v bodech 178 až 180 odůvodnění napadeného rozhodnutí přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, v jejímž světle nemůže být pokuta uložená za přestupek spáchaný obviněným likvidační.
74. S ohledem na rozsah a strukturu odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí, ze kterého je zřejmé, že při určení výše pokuty byla brána v potaz všechna demonstrativně uvedená kritéria zmíněná v § 121 odst. 2 zákona, jež se vážou k závažnosti správního deliktu, jakožto hlavnímu kritériu pro určení výše pokuty (způsob spáchání správního deliktu, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán) jsem tedy dospěl k jednoznačnému závěru, že Úřad v napadeném rozhodnutí zcela srozumitelně a správně uvedl, z čeho při stanovení výše pokuty vycházel, přičemž nepřekročil meze správního uvážení, které mu náleží. S ohledem na výši uložené pokuty poukazují zejména na skutečnost, že Úřad mohl obviněnému uložit pokutu až do výše 20 000 000 Kč, a v daném případě uložil pokutu toliko ve výši 300 000 Kč, což je částka pohybující se při samé spodní hranici možné sazby. Mám tedy za to, že Úřad

s ohledem na § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s § 121 odst. 2 zákona a dále § 37 a násl. přestupkového zákona stanovil výši pokuty zcela v souladu s příslušnými právními předpisy. Za takového stavu jsem neshledal důvody pro změnu napadeného rozhodnutí Úřadu ve výroku II., kterým za spáchaný přestupek byla uložena pokuta.

75. K námitce rozkladu, že Úřad jako přitěžující okolnost vstupující do hodnocení závažnosti deliktu používá jednoznačně skutkovou podstatu správního deliktu jako celek, uvádím následující. Součástí skutkové podstaty podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je mimo jiné podstatné ovlivnění či možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Pokud Úřad v bodě 155 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že: *„zadavatel zadal předmět plnění veřejné zakázky postupem, který postrádá prvky otevřené soutěže, neboť ji bez předchozí soutěže zadal vybranému uchazeči. Svým postupem tedy znemožnil ostatním dodavatelům účastnit se zadávacího řízení, což mohlo podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.“*, jde o závěr, který je relevantní jen z hlediska samotného naplnění či nenaplnění předpokladů jeho deliktní odpovědnosti. Toto zhodnocení Úřadu tedy posuzuje výhradně to, zda se zadavatel vytýkaného jednání (resp. jen podstatného ovlivnění výběru či alespoň možnosti jeho ovlivnění) dopustil, či nedopustil. Tento závěr Úřadu však nijak nehodnotil způsob spáchání správního deliktu, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán, tedy se nijak nevyjadřoval o *závažnosti* správního deliktu. Oproti tomu závěr Úřadu obsažený v bodě 175 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že: *„Zadavatel tím, že předmětnou veřejnou zakázku neoprávněně zadal v JŘBU, zamezil v účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení a zcela tak vyloučil soutěžní prostředí. Ve vztahu k závažnosti spáchaného správního deliktu tak nelze než uvést, že se v šetřeném případě jedná o delikt závažný, neboť postupem zadavatele došlo k eliminaci základního účelu procesu zadávání veřejné zakázky, kterým je zajištění spravedlivé soutěže o nejvýhodnější nabídku v souladu se základními principy zadávání vyplývajícími z ustanovení § 6 odst. 1 zákona.“*, se pak vyslovuje výhradně o *způsobu a následcích*, jakým zadavatel skutkovou podstatu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona naplnil. Úřad tedy nepřičítá zadavateli k tíži, že něco učinil, nýbrž způsob a následky takového skutku (jak to učinil). Je totiž možné, že srovnatelný skutek, tj. učiněné protiprávní jednání, může vykazovat nejrůznější stupně společenské škodlivosti – v intencích veřejného zadávání pak zejména může vykazovat různé negativní dopady do zákonem chráněného soutěžního prostředí o veřejné zakázky. A právě výhradně k vyhodnocení takového stupně škodlivosti směřovaly závěry Úřadu uvedené v bodech 175 a 176 odůvodnění napadeného rozhodnutí. K tíži tu tedy bylo Úřadem přičteno zadavateli to, že *„zcela vyloučil soutěžní prostředí“*, resp. že *„došlo k eliminaci základního účelu procesu zadávání veřejné zakázky“*, k čemuž by však i při naplnění celé skutkové podstaty podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v jiném případě nemuselo dojít. Proto mám za to, že Úřad v napadeném rozhodnutí nepřičítal zadavateli k tíži *totéž* jak v právní otázce viny, tak v právní otázce trestu, nýbrž v každé právní otázce vyhodnocoval dvě od sebe zcela oddělená zákonná kritéria, a sice naplnění skutkové podstaty ovlivněním výběru nejvhodnější nabídky a závažnost skutku naprostou eliminací soutěžního prostředí o veřejnou zakázku.
76. K námitkám zadavatele, že Úřad v odůvodnění výše pokuty zkoumal pouze okolnosti více méně přitěžující, aniž by se zabýval okolnostmi polehčujícími a že vůbec neobsahuje úvahy Úřadu o jakýchkoli polehčujících okolnostech, uvádím, že z takového faktu je zřejmé, že Úřad v posuzovaném případě žádné polehčující okolnosti, které by měly mít vliv na jeho uvážení

o určení výměry pokuty, neshledal. Nepovažuji tedy tento fakt sám o sobě za vadu způsobující nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, jak namítá zadavatel.

77. K námitce rozkladu, 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 IS MOSS (odhlédneme-li od toho, že se toto sjednané oprávnění nepodařilo fakticky naplnit), uvádím následující. Okolnost, že zadavatel získal výhradně pro sebe možnost jistých alespoň pozáručních zásahů do fungování IS MOSS, vyznívá z pohledu hodnocení závažnosti vytykaného jednání jako zcela irelevantní, nejen proto, že zadavatel měl sám plně v dispozici rozhodování o tom, že tuto možnost nijak nevyužíval, ale zejména proto, že nijak nezeslabovala či nerelativizovala míru vyloučení soutěžního prostředí o veřejnou zakázku pro veškeré ostatní potenciální dodavatele. Proto tuto námitku rozkladu směřující toliko vůči správnosti závěrů Úřadu o určení výměry pokuty nepovažuji za opodstatněnou.
78. K námitce zadavatele, že Úřad při zkoumání ekonomické situace zadavatele vycházel z Výroční zprávy zadavatele za rok 2016, kterou v řízení jako důkaz neprovedl, uvádím následující. Relevantní část Výroční zprávy zadavatele za rok 2016 je součástí správního spisu vedeného ve věci tohoto správního řízení pod pořadovým číslem 16. Tato část 4 Organizace a zabezpečení činností ČTÚ Výroční zprávy zadavatele za rok 2016 v kapitole 1 Výsledky hospodaření ČTÚ obsahuje na stranách 108 a násl. stručný popis závazných ukazatelů kapitoly 328 státního rozpočtu ČR na rok 2016. Konkrétně se tu uvádí, že: *„Schválený rozpočet závazného ukazatele příjmy celkem ve výši 2 447 294 000 Kč nebyl v průběhu roku 2016 upravován. Dosažená skutečnost je 4 372 300 255,63 Kč, tj. plnění upraveného rozpočtu na 178,66 % a jeho překročení o 1 925 006 255,63 Kč.“* Proto mám za to, že Úřad nejen, že při své úvaze o výši finančních prostředků v řádech miliard korun, s nimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, postupoval na základě důkazu ve správním spisu, k němuž se zadavatel měl možnost opakovaně vyjádřit, ale rovněž správně.
79. K tomu je dlužno podotknout, že námitky zadavatele tvrdící v tomto směru nesprávně zjištěný skutkový stav nemohou obstát, jelikož likvidačnost či krajní nespravedlivost pokuty není měřena jen ve vztahu k vybraným ukazatelům či položkám jeho rozpočtu, nýbrž právě k těm součástem majetkové podstaty, která by hypoteticky mohla být postižena eventuálním nuceným výkonem rozhodnutí, tj. exekucí. Ta se však dle stávající zákonné úpravy ČR neomezuje na prostředky zadavatele vyčleněné na vlastní provoz, kterými zadavatel v roce uložení pokuty disponoval.
80. Dále podotýkám, že závěry Úřadu o vyloučení likvidačnosti či krajní nespravedlivosti určené výměry pokuty ob stojí i ve světle údajů Výroční zprávy zadavatele za rok 2017, která na svých stejných místech uvádí: *„Schválený rozpočet závazného ukazatele příjmy celkem ve výši 1 220 729 000 Kč nebyl v průběhu roku 2017 upravován. Dosažená skutečnost je 2 117 934 758,98 Kč, tj. plnění upraveného rozpočtu na 173,50 % a jeho překročení o 897 205 758,98 Kč.“* I Výroční zpráva zadavatele za rok 2017 tedy vede ke stejnému závěru, jako je závěr Úřadu, že zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje s finančními prostředky v řádech miliard korun. Mám za to, že závěr o vyloučení likvidačnosti či krajní nespravedlivosti pokuty pak platí i ve světle zákona č. 474/2017 Sb., o státním rozpočtu České republiky na rok 2018,

který předpokládá příjmy zadavatele na rok 2018 celkem 862 490 000 Kč, tedy v roce, v němž nejspíše nastane vykonatelnost výroku II. napadeného rozhodnutí.

81. V souvislosti s určením výměry pokuty poukazují rovněž na nález Ústavního soudu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002. Podle výkladu uvedeného nálezu je při ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku podnikatele, v důsledku kterého by byla zničena majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Ústavní soud se v nálezu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002 zabýval ukládáním pokut právníkům a fyzickým osobám podnikajícím. Závěr o nepřípustnosti pokut likvidačního charakteru tedy není přímo aplikovatelný i na ukládání pokut ústřednímu orgánu státní správy, potažmo České republice, tj. v tomto případě zadavateli. Zadavatel je ústředním orgánem státní správy, není tedy zřízen nebo založen za účelem dosahování zisku podnikatelskou činností. V důsledku toho nemůže mít výše uložené pokuty likvidační charakter ve vztahu k podnikatelské činnosti ve smyslu nálezu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002, a s ohledem na její výši a finanční zdroje, se kterými zadavatel hospodaří, ani k majetkové podstatě zadavatele coby ústředního orgánu státní správy jednajícího za stát.
82. Pro úplnost dodávám, že se plně ztotožňuji s úvahami Úřadu ohledně možnosti aplikace příznivější právní úpravy, jak jsou tyto formulovány v bodech 169 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Mám shodně s Úřadem za to, že v daném případě neexistuje jiná právní úprava, kterou by bylo lze z důvodu její větší příznivosti pro obviněného aplikovat. Věc tedy byla posouzena podle zákona (tj. zákona platného a účinného v době zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, a nikoliv dle ZZVZ, ve znění pozdějších předpisů, popřípadě ve vztahu k sankci dle přestupkového zákona).
83. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost celého napadeného rozhodnutí a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, kdy jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě obviněný dopustil porušení zákona. 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 rozhodnutí o spáchání přestupku obviněným a 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. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení zadavatele, že napadené rozhodnutí je nesprávné z důvodu nesprávného posouzení věci.

VIII. Závěr

84. 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.
85. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Česká republika – 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