



UOHSX00AQ3NU

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0185/2017/VZ-37582/2017/322/AHo

Brno: 22. prosince 2017

V řízení o rozkladu ze dne 16. 10. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 18. 10. 2017 obviněným –

- **Česká republika – Ministerstvo financí**, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0318,0325/2017/VZ-28607/2017/532/MOn ze dne 3. 10. 2017 vydanému ve správním řízení vedeném

- ve věci podezření ze spáchání přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, obviněným při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Zajištění podpory provozu Integrovaného informačního systému Státní pokladny (IISPP) pro rok 2013**“ v jednacím řízení bez uveřejnění, jehož formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 29. 3. 2013 pod ev. č. 343674 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 30. 3. 2013 pod ev. č. 2013/S 064-106888;
- ve věci podezření ze spáchání přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, obviněným při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Zajištění podpory provozu Integrovaného informačního systému Státní pokladny (IISPP) pro 1 čtvrtletí 2014**“ v jednacím řízení bez uveřejnění, jehož formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 24. 1. 2014 pod ev. č. 374626 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 1. 2014 pod ev. č. 2014/S 019-030116,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0318,0325/2017/VZ-28607/2017/532/MOn ze dne 3. 10 2017

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 (dále též „**zadavatel**“ nebo „**obviněný**“) zadal v jednacích řízeních bez uveřejnění dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ tyto veřejné zakázky:
 - „Zajištění podpory provozu Integrovaného informačního systému Státní pokladny (IISSP) pro rok 2013“, přičemž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 29. 3. 2013 pod ev. č. 343674 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 30. 3. 2013 pod ev. č. 2013/S 064-106888 (dále jen „**veřejná zakázka č. 1**“);
 - „Zajištění podpory provozu Integrovaného informačního systému Státní pokladny (IISSP) pro 1 čtvrtletí 2014“, přičemž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 24. 1. 2014 pod ev. č. 374626 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 1. 2014 pod ev. č. 2014/S 019-030116 (dále jen „**veřejná zakázka č. 2**“).
2. Zadávací řízení na veřejnou zakázku č. 1 bylo zahájeno dne 25. 2. 2013 odesláním výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění o veřejnou zakázku v souladu s § 23 odst. 4 písm. a) zákona (dále jen „**výzva č. 1**“) uchazeči – IBM Česká republika, spol. s r.o., IČO 14890992, se sídlem V parku 2294/4, 148 00 Praha 4 (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. V dokumentu „Odůvodnění veřejné zakázky“ ze dne 25. 2. 2013 vztahujícím se k veřejné zakázce č. 1 zadavatel k položce „4. předpokládaný termín splnění veřejné zakázky Veřejný zadavatel vymezí, kdy bude veřejná zakázka splněna, buď konkrétním datem, nebo časovým úsekem“ uvedl, že: „*V roce 2013 – do doby uzavření smlouvy s vybraným uchazečem v otevřeném zadávacím řízení, maximálně do 31. 12. 2013*“.

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

4. Zadání veřejné zakázky č. 1 postupem dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona v jednacím řízení bez uveřejnění zdůvodnil zadavatel v záznamu o průběhu a výsledku jednání v jednacím řízení bez uveřejnění tím, že změna dodavatele služeb podpory by v době postupného náběhu funkcionality modulů IISSP do provozu vedla k nepřiměřeným technickým obtížím spojených jak s dobudováním IISSP, tak i samotným provozem IISSP.
5. Dne 22. 3. 2013 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem „Smlouvu o poskytování služeb“ č. 3302/015/2013 na veřejnou zakázku č. 1. Předmětem uvedené smlouvy byla aplikační a bázeová podpora Integrovaného informačního systému Státní pokladny (dále jen „**IISSP**“), řízení provozu IISSP, realizace požadavků na servisní a jiné změny IISSP, realizace požadavků na informaci IISSP a realizace požadavků na podporu IISSP. Smlouva byla uzavřena na dobu určitou, a to do 31. 12. 2013.
6. Dle výše uvedené smlouvy ze dne 22. 3. 2013 byla cena za realizaci předmětu veřejné zakázky 1. sjednána ve výši 176 000 000 Kč bez DPH.
7. V „Písemné zprávě zadavatele“ ze dne 26. 3. 2013 zadavatel uvedl, že jednacím řízení bez uveřejnění u veřejné zakázky č. 1 použil, neboť veřejná zakázka může být plněna z technických důvodů a z důvodu ochrany práv z průmyslového a jiného duševního vlastnictví pouze vybraným uchazečem.
8. Dne 14. 8. 2017 zahájil Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný dle § 112 zákona k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, řízení z moci úřední ve věci podezření ze spáchání přestupku zadavatelem vztahující se k veřejné zakázce č. 1 dle § 113 zákona ve spojení s § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „**zákon o přestupcích**“).
9. Zadavatel ve vyjádření ze dne 21. 8. 2017 uvedl, že veřejná zakázka č. 1 byla zadána v jednacím řízení bez uveřejnění výhradně z technických důvodů. Úřad tedy považuje důvod uvedený v „Písemné zprávě zadavatele“ ze dne 26. 3. 2013 za obecnou citaci zákonného ustanovení.
10. Zadávací řízení na veřejnou zakázku č. 2 bylo zahájeno dne 27. 12. 2013 odesláním výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění o veřejnou zakázku v souladu s § 23 odst. 4 písm. a) zákona (dále jen „**výzva č. 2**“) vybranému uchazeči.
11. Dne 17. 1. 2014 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem „Smlouvu o poskytování služeb“ č. 3302/147/2013 na veřejnou zakázku č. 2. Předmětem této smlouvy byla aplikační a bázeová podpora systému IISSP, řízení provozu IISSP, realizace požadavků na servisní a jiné změny IISSP, realizace požadavků na informaci IISSP a realizace požadavků na podporu IISSP.
12. Cena za realizaci předmětu veřejné zakázky č. 2 byla dle smlouvy o poskytování služeb ze dne 17. 1. 2014 sjednána ve výši 58 996 410 Kč bez DPH.
13. U veřejné zakázky č. 2 odůvodňuje zadavatel volbu jednacím řízení bez uveřejnění v preambuli výše uvedené smlouvy ze dne 17. 1. 2014. Tímto důvodem má být stále probíhající otevřené řízení č. 241003 a minimalizace rizik při provozu IISSP na přelomu roku, což zadavatel dále rozvádí tak, že *„zakázka může být z technických důvodů plněna pouze určitým dodavatelem – sadu připravovaných funkcionalit IISSP dle stávající smlouvy v modulu Rozpočtový informační systém (RIS) - Příprava rozpočtu (RISPR), které jsou nezbytné pro*

přípravu státního rozpočtu ČR roku 2015, bude možné nasadit do produktivního systému až po schválení rozpočtu roku 2014; o první čtvrtletí roku 2014 bude z hlediska podpory IISSP kritické z důvodu podpory uživatelů kapitol a jim podřízených organizačních složek státu v činnostech souvisejících s ročními uzávěrkami a dále v oblasti Centrální systém účetních informací státu (CSÚIS) a Manažerský informační systém (MIS), kde bude nezbytné zajistit především podporu novely vyhlášky č. 449/2009 Sb., o způsobu, termínech a rozsahu údajů předkládaných pro hodnocení plnění státního rozpočtu, rozpočtů státních fondů, rozpočtů územních samosprávných celků, rozpočtů dobrovolných svazků obcí a rozpočtů Regionálních rad regionů soudržnosti, ve znění pozdějších předpisů, (...). Případná změna dodavatele služeb IISSP podpory na přelomu roku 2013/2014 by tak představovala velké riziko pro zaručení úspěšného nasazení nové funkcionality pro přípravu státního rozpočtu ČR roku 2015 v prvním čtvrtletí roku 2014 a další stabilní fungování IISSP bez významných negativních dopadů na uživatele jak z MF, tak i ostatních kapitol (a OSS).“

14. Dne 10. 8. 2017 zahájil Úřad řízení z moci úřední ve věci podezření ze spáchání přestupku zadavatelem vztahující se k veřejné zakázce č. 2 dle § 113 zákona ve spojení s § 78 odst. 2 zákona o přestupcích.
15. K zajištění účelu správního řízení Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0318,S0325/2017/VZ-24709/532/MOn ze dne 24. 8. 2017 spojil z moci úřední výše uvedená správní řízení zahájená dne 10. 8. 2017 a dne 14. 8. 2017, evidovaná pod sp. zn. S0318/2017/VZ a pod sp. zn. S0325/2017/VZ, neboť obě správní řízení se týkají podezření ze spáchání přestupku zadavatelem dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

II. Napadené rozhodnutí

16. Dne 3. 10. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0318,0325/2017/VZ-28607/2017/532/Mon z téhož dne (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I. rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky č. 1 nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů 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 předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 22. 3. 2013 s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky č. 1.
17. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky č. 2 nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů 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 předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 17. 1. 2014 s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky č. 2.
18. Výrokem III. napadeného rozhodnutí uložil Úřad obviněnému za jednání uvedená ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 820 000 Kč.

III. Rozklad zadavatele

19. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad dne 18. 10. 2017 rozklad zadavatele ze dne 16. 10. 2017. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 3. 10. 2017. Zadavatel podal rozklad v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu

20. Zadavatel v podaném rozkladu proti napadenému rozhodnutí namítá nezákonnost postupu Úřadu, neboť ten měl postupovat contra legem, resp. in fraudem legis, přičemž mělo dojít k porušení principu legality. Zadavatel namítá, že Úřad řízení o přestupku zahájil na základě podnětu, kterým se neměl zabývat, neboť nedošlo k uhrazení správního poplatku. Dle tvrzení zadavatele tak došlo k obcházení zákona ze strany Úřadu, neboť nesprávně a účelově vyložil § 259 zákona, čímž mělo dojít ke zkrácení práv zadavatele. Zadavatel dále namítá, že na základě jím shledaného nezákonného postupu získal Úřad veškeré důkazy, které následně použil proti zadavateli.
21. Zadavatel dále namítá, že Úřad porušil zásadu legality, když nesprávně dospěl k závěru, že pro výše uvedené přestupky leží důkazní břemeno na straně zadavatele a tudíž i k tvrzení, o jeho neunesení. Dle zadavatele takováto povinnost nevyplývá z žádného právního předpisu.
22. V další námitce zadavatel uvádí, že neexistuje povinnost zadavatele nechat si vypracovat znalecký posudek, neboť zadavatele finančně zatěžuje, resp. jde o další výdaj z veřejného rozpočtu. Zadavatel dále namítá, že mu nemůže být bráněno ze strany Úřadu, aby jako důkazní prostředky používal pouze svá vlastní tvrzení. Dle zadavatele tak Úřad stanovuje nové povinnosti nad rámec právní úpravy a neřídí se zásadami správního trestání, zejména zásadou zákonnosti a zásadou in dubio pro reo.
23. Dle námitky zadavatele není z napadeného rozhodnutí patrné, kdy se měl zadavatel přestupků dopustit.
24. Zadavatel dále namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, neboť se Úřad nevypořádal s důkazy předloženými zadavatelem. Úřad tak dle zadavatele nesprávně a nedostatečně zjistil skutkový stav věci. Dle zadavatele Úřad mylně dospěl k závěru, že zadavatel blíže nspecifikoval technické důvody či hrozící nepřijemné obtíže vedoucí k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.
25. Zadavatel též namítá, že ze strany Úřadu nebylo vyhověno návrhu na provedení důkazu znaleckým posudkem, který by dokázal zodpovědět otázku existence objektivních důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel si v říjnu 2017 nechal vypracovat znalecký posudek č. 98/75/2017 znalcem z oboru kybernetiky, jehož předmětem má být posouzení technických podmínek pro uplatnění jednacím řízení bez uveřejnění pro uzavření smluv o zajištění podpory v procesu implementace a provozování IISSP.
26. Zadavatel dále namítá, že Úřad nad rámec své pravomoci v napadeném rozhodnutí doporučil, kdy by mělo být používáno jednacím řízení bez uveřejnění. V rámci namítaného zadavatel cituje následující závěr Úřadu. „*Jednacím řízení bez uveřejnění by tedy mělo být skutečně krajním řešením tam, kde plnění požadované zadavatelem není možné zajistit jinak, a v žádném případě by nemělo docházet k jeho nadužívání.*“ Dle zadavatele Úřad účelově

cituje judikaturu podporující jednotící myšlenku, že zadavatel neunesl důkazní břemeno v souvislosti s prokázáním podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění a není jasné, co Úřad rozumí pod pojmem nadužívání.

27. Na závěr zadavatel konstatuje, že Úřad rozhodl nesprávně, neboť se zadavatel předmětných přestupků nedopustil.

Závěr rozkladu

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

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

30. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou dle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem dle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
31. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když rozhodl, že se zadavatel dopustil přestupků uvedených ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí a uložil zadavateli výrokem III. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 820 000 Kč.
32. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

33. K tvrzení zadavatele, že správní řízení bylo zahájeno z moci úřední na základě podnětu, jímž se Úřad neměl zabývat, neboť nedošlo k uhrazení správního poplatku ve výši 10 000 Kč za každou veřejnou zakázku v souladu s § 259 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“) uvádím následující.
34. Dne 16. 2. 2017 obdržel Úřad podání od Policie České republiky, Krajské ředitelství policie hl. města Prahy ze dne 13. 2. 2017 označené jako „Předání poznatku“ (dále též „**předání poznatků Policie ČR**“ nebo „**podání Policie ČR**“), učiněné v souladu s § 159a zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní řád**“).
35. Není sporu o tom, že dne 10. 8. 2017 zahájil Úřad řízení z moci úřední ve věci podezření ze spáchání přestupku zadavatelem vztahující se k veřejné zakázce č. 2 a dne 14. 8. 2017 ve věci podezření ze spáchání přestupku zadavatelem vztahující se k veřejné zakázce

- č. 1. Zadavatel je toho názoru, že Úřad zahájil správní řízení na základě podnětu, za který nebyl uhrazen poplatek v souladu s § 259 odst. 1 ZZVZ. Jak vyplývá ze správního spisu, podnět nebyl dokumentem iniciujícím zahájení správního řízení z moci úřední. Iniciačním dokumentem, na základě kterého Úřad zahájil správní řízení z moci úřední, bylo předání poznatků Policie ČR.
36. Dle § 159a odst. 1 písm. a) trestního řádu, nejde-li ve věci o podezření z trestného činu, státní zástupce nebo policejní orgán věc odloží usnesením, jestliže není na místě vyřídit věc jinak. Takovým vyřízením může být zejména odevzdání věci příslušnému orgánu k projednání přestupku.
37. Podání Policie ČR, jímž došlo ve smyslu § 159a odst. 1 písm. a) trestního řádu k odevzdání věci Úřadu k projednání, však není podnětem ve smyslu § 259 ZZVZ a není s ním spojena povinnost uhradit poplatek ve výši 10 000 Kč za každou veřejnou zakázku, která je předmětem posouzení pochybení ze strany zadavatele.
38. Součástí výše uvedeného podání Policie ČR byl spisový materiál, který mimo jiné obsahoval žádost Policie ČR adresovanou zadavateli, aby zadavatel předložil smlouvy uzavřené na veřejné zakázky zadávané v jednacích řízeních bez uveřejnění uvedené v podání s dodavateli v podání taktéž jmenovanými.
39. S ohledem na výše uvedené Úřad dle § 112 odst. 2 zákona projednává správní delikty podle tohoto zákona a ukládá sankce za jejich spáchání. Úřad obdržel předání poznatků od Policie ČR k projednání toho, zda se zadavatel dopustil přestupku při zadávání veřejné zakázky č. 1 a č. 2 využitím jednacích řízení bez uveřejnění. Na základě výše uvedeného Úřad zahájil správní řízení z moci úřední pod sp. zn. ÚOHS-S0318/2017/VZ a sp. zn. ÚOH-S0325/2017/VZ.
40. Námitku zadavatele spočívající v tom, že Úřad zahájil správní řízení nezákonně, přičemž došlo k porušení principu legality a k obcházení zákona s následkem zkrácení práv zadavatele, považují za nedůvodnou.
41. Zadavatel v rozkladu dále namítá, že Úřad porušil zásadu legality, neboť v napadeném rozhodnutí mylně dospěl k závěru, že pro výše uvedený přestupek je důkazní břemeno na straně zadavatele. Dle zadavatele uvedené nevyplývá z žádného právního předpisu a je tedy nesprávný i závěr, že zadavatel důkazní břemeno neunesl. K uvedené námitce uvádím následující.
42. Dle důvodové zprávy k § 23 zákona jsou podmínky pro užití jednacích řízení bez uveřejnění vymezeny taxativně s tím, že tento druh zadávacího řízení by měl být využíván ve zcela výjimečných případech.
43. Ke stejnému závěru ohledně výjimečnosti jednacích řízení bez uveřejnění dospěl i Nejvyšší správní soud, když ve svém rozsudku č. j. 3 As 18/2015 - 32 ze dne 25. 11. 2015 konstatoval, že specifičnost uvedeného zadávacího řízení je dána tím, že zde neplatí zákonná povinnost uveřejnění zahájení vůči neomezenému počtu potencionálních dodavatelů, ale naopak zadavatel oslovuje jen předem určené subjekty a z povahy věci dochází k omezení hospodářské soutěže. O zvolení příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost.
44. Jak uvádí komentář k zákonu „*[j]ednacích řízení bez uveřejnění je svou povahou nejméně formalizovaným druhem zadávacího řízení upraveným tímto Zákonem, který se vyznačuje*

velice specifickými pravidly, naprosto odlišnými od pravidel stanovených pro jiné druhy zadávacích řízení. Další charakteristikou jednacního řízení bez uveřejnění je fakt, že se jedná o druh zadávacího řízení, který je svojí povahou zadávacím řízením nejméně transparentním, jehož úprava se nachází na samé hranici souladu s ustanovením § 6, neboť nedochází k oznámení o zahájení zadávacího řízení ve smyslu Zákona, ale může dojít k situaci, že zadavatel osloví pouze jediného zájemce.“ (srov. Janoušek, Martin; Machurek, Tomáš; Olík, Miloš; Podešva, Vilém; Stránský Jakub; Šebesta, Milan. Zákon o veřejných zakázkách: Komentář. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer). Právě kvůli této specifičnosti leží důkazní břemeno a stejně tak břemeno tvrzení na zadavateli, který se rozhodl zadat veřejnou zakázku v tomto výjimečném druhu zadávacího řízení.

45. *Problematikou důkazního břemene v souvislosti s § 23 odst. 4 písm. a) zákona se zabývá řada soudních rozhodnutí. Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 149/2014 – 68 ze dne 31. 8. 2014 uvádí „[t]oto ustanovení transponuje čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby. Ke shodně formulovanému ustanovení čl. 9 písm. b) směrnice Rady 71/305/EHS o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Council Directive 71/305/EEC concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts) Soudní dvůr uvedl, že toto ustanovení musí být vykládáno restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících zadání zakázky určitému dodavateli nese ten, kdo se jich dovolává (rozsudek ze dne 10. 3. 1987 Komise proti Itálii, 199/85, bod 14). V rozsudku ze dne 18. 5. 1995 Komise proti Itálii, C-57/94, Soudní dvůr upřesnil, že zadavatel musí prokázat nejen existenci „technických důvodů“, ale také, že kvůli těmto technickým důvodům bylo „naprosto nezbytné“ („absolutely essential“) zadat zakázku určitému uchazeči (bod 24 rozsudku).... Citovaná judikatura Soudního dvora se plně uplatní při výkladu § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Nejvyšší správní soud potvrdil v rozsudku ze dne 11. 1. 2013, čj. 5 Afs 43/2012 – 54, že jednacím řízením bez uveřejnění lze použít pouze výjimečně, pokud „uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku“, přičemž důkazní břemeno ohledně naplnění zákonných podmínek nese zadavatel.“*
46. *Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 62 Af 93/2015 – 357 ze dne 1. 6. 2017 sděluje svůj právní názor, že „důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky (tu použití jednacního řízení bez uveřejnění) nese ten, kdo se jich dovolává, tj. zadavatel (tu žalobce). Tím spíše s ohledem na předmět zadávacího řízení musel mít žalobce všechny podklady, bez nichž nemohl zahájit jednacím řízením bez uveřejnění a z nichž plynuly důvody, pro něž byl oprávněn přikročit k tomuto typu zadávacího řízení, k dispozici již v době jeho zahájení (tedy fakticky před uzavřením smluv).“ Ke stejnému závěru dospěl i Soudní dvůr Evropské unie v rozsudku C-385/02 ze dne 14. 9. 2004.*
47. *Obdobně se staví k existenci důkazního břemene Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 18/2015 - 32 ze dne 25. 11. 2015 dle kterého „ve vztahu k tomuto okruhu kasačních námitek je nutno opětovně poukázat na to, že důkazní břemeno, pokud jde o prokázání naplnění podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, svědčí zadavateli (stěžovateli), proto nelze důvodně požadovat po správních orgánech či krajském soudu, aby se nad rámec*

podkladů předložených stěžovatelem zabývaly porovnáním ekonomických výdajů stěžovatele na pořízení nového programového vybavení.“

48. Zadavatel se nemůže zbavit svých povinností odkazem na základní zásady činnosti správních orgánů, jak je namítáno v rozkladu. I přesto, že Úřad nemůže resignovat na zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, je to primárně zadavatel, kdo zajišťuje důkazy k prokázání naplnění 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 dána tím, že jedině zadavatel a nikdo jiný může mít všechny doklady a podklady prokazující, že postupoval při zadání veřejné zakázky oprávněně. Pro úplnost podotýkám, že Úřad je povinen 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.
49. 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, neznamena 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. Úřad tak má pouze posoudit, zda zadavatelem předložené důkazy prokázaly oprávněnost použití jednacím řízení bez uveřejnění či nikoliv.
50. Na základě výše uvedeného není pochyb o existenci důkazního břemene na straně zadavatele a požadavku jeho unesení. Je tedy na zadavateli a na nikom jiném, aby prokázal opodstatněnost zadání veřejné zakázky č. 1 a č. 2 v jednacím řízení bez uveřejnění. Tuto námitku zadavatele tedy považuji za nedůvodnou.
51. Zadavatel v podaném rozkladu rovněž namítá, že Úřad stanovuje nové povinnosti nad rámec právní úpravy a neřídí se zásadami správního trestání, zejména pak zásadou zákonnosti a zásadou in dubio pro reo. Zadavatel dále konkretizuje, že mu nemůže být bráněno, aby jako důkazní prostředky použil pouze svá vlastní tvrzení a naopak nelze požadovat, aby si nechal vypracovat znalecký posudek.
52. Uvedená výhrada úzce souvisí s předchozí námitkou týkající se existence důkazního břemene na straně zadavatele a povinnosti jej unést jak je uvedeno výše. Úřad ve správním řízení nikterak nebránil zadavateli, aby jako důkazní prostředek použil též svá vlastní tvrzení, což vyplývá i z napadeného rozhodnutí. Je však nutné zdůraznit, že v rámci existence důkazního břemene na straně zadavatele a jeho unesení, musí zadavatel prokázat splnění podmínek pro užití postupu dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Neboť on má mít k dispozici všechny

podklady, bez kterých nemohl zahájit jednací řízení bez uveřejnění, a to již době jeho zahájení (srov. např. Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 62 Af 93/2015 - 357 ze dne 1. 6. 2017).

53. Je tedy zcela nedostačující, pokud existence technických důvodů vyplývá bez dalšího pouze z tvrzení zadavatele, či obecných konstatování. Naopak je nezbytné, aby se zadavatel zaměřil na prokázání toho, že objektivně neexistuje vzhledem k technickým důvodům v České republice ani v celé Evropské unii dodavatel, který by dokázal veřejnou zakázku jako takovou realizovat. Skutečnost, že vybraný uchazeč byl dodavatelem zadavatele a zná předmětný informační systém (neboť je např. jeho tvůrcem), není jako taková důvodem pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Pouhé ničím nepodložené tvrzení zadavatele není důkazním prostředkem, který by mohl u orgánu dohledu uspět, resp. objektivně svědčit ve prospěch zadavatele.
54. Ke způsobu prokázání technických důvodů odkazují na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 30 Af 78/2013-148 ze dne 21. 12. 2015, kde soud uvedl, že *„[d]ůvody vedoucí zadavatele k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění by proto měly být v dokumentaci o zadání veřejné zakázky náležitým způsobem doloženy. Konkrétní způsob jejich doložení však závisí na okolnostech každého případu. Jinými slovy, je potřeba vycházet vždy z konkrétních skutkových okolností prokazujících podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění (...)“*.
55. Totožně se k uvedené problematice staví Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 31 Af 35/2015 – 80 ze dne 28. 6. 2017. *„Pokud žalobce posoudil jím uzavřené smlouvy sám a na základě vlastního posouzení dospěl k závěru o možnosti uzavřít navazující zakázku v JŘBU, tak se nemůže jednat o objektivní posouzení stavu, neboť to nutně předpokládá součinnost třetí osoby, která není součástí původní zakázky a nemá proto žádný zájem na určitém konkrétním výsledku a ani není u ní důvod zpochybňovat nestrannost analýzy.“*
56. K výše uvedenému lze tedy shrnout, že pro důkladné a objektivní posouzení toho, zda došlo k naplnění podmínek, za nichž lze využít jednací řízení bez uveřejnění, nestačí samotná tvrzení zadavatele, ale je nutné tato tvrzení dále podpořit dalšími důkazy (vzhledem k uvedené objektivnosti je zde nutně předpoklad součinnosti třetí osoby). Přičemž volba důkazních prostředků na podporu tvrzení zadavatele je pouze na něm samém, neboť důkazní břemeno je na straně zadavatele a on jej musí unést. Tato specifičnost vychází z povahy tohoto konkrétního přestupku, resp. jednacího řízení bez uveřejnění, a nelze po Úřadu požadovat, aby nad rámec předložených důkazů prokazoval oprávněnost zadání veřejné zakázky č. 1 a č. 2 v jednacím řízení bez uveřejnění, což plně koresponduje s legislativou i judikaturou (srov. rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 3. 21987 ve věci C - 199/84 komise proti Itálii či rozsudek ze dne 18. 5. 1995 ve věci C - 57/94 Komise proti Itálii).
57. Zadavatel hájil svůj postup, zadání veřejné zakázky č. 1 v jednacím řízení bez uveřejnění tím, že tuto lze splnit z technických důvodů pouze vybraným uchazečem, přičemž tyto důvody dle zadavatele spočívaly v tom, že změna dodavatele služeb podpory by v době postupného náběhu funkcionality modulů IISSP do provozu vedla k nepřiměřeným technickým obtížím spojených jak s dobudováním IISSP, tak i samotným provozem IISSP. Co se týče veřejné zakázky č. 2, zadavatel uvedl, že jej k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění

vedly technické důvody, a to konkrétně probíhající otevřené řízení č. 241003 spolu s minimalizací rizik při provozu IISSP na přelomu roku. Blíže poté zadavatel konstatoval, že změna dodavatele služeb IISSP by představovala velké riziko pro zaručení úspěšného nasazení nové funkcionality pro přípravu státního rozpočtu ČR roku 2015 v prvním čtvrtletí roku 2014 a další stabilní fungování IISSP s možnými významnými negativními dopady na uživatele jak z MF, tak i ostatních kapitol. Zadavatel dále tvrdil, že změna osoby dodavatele by mu rovněž způsobila nepřiměřené smluvní, organizační a technické problémy.

58. K uvedenému dodávám, že zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je krajním řešením, kdy ve své podstatě zadavatel nemá objektivní možnost zvolit jiný duh zadávacího řízení. Uvedené je v souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu, který v rozsudku č. j. 1 As 256/2015 – 95 ze dne 12. 5. 2016 uvádí *„[v]eřejný zadavatel, který využije této výjimky, by měl odůvodnit, proč nemá k dispozici rozumné alternativy nebo náhradní řešení, jako je například využití alternativních distribučních kanálů, a to i vně členského státu, v němž se veřejný zadavatel nachází, nebo zvážení funkčně srovnatelných stavebních prací, dodávek a služeb. Pokud k situaci výlučnosti došlo z technických důvodů, měly by být tyto důvody v každém jednotlivém případě pečlivě vymezeny a odůvodněny. Tyto důvody by mohly například zahrnovat faktickou technickou neschopnost jiného hospodářského subjektu provést požadovaný výkon či nezbytnost použít specifické know - how, nástroje či prostředky, které má k dispozici pouze jeden hospodářský subjekt. Technické důvody mohou rovněž vyplývat ze specifických požadavků na interoperabilitu, jež musí být splněny, aby byl zajištěn průběh stavebních prací, dodávek nebo služeb, jež mají být obstarány.“*
59. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES se vyjadřuje k rozsahu, ve kterém je třeba existenci technických důvodů prokázat, a to s ohledem na charakter jednacích řízení bez uveřejnění, když konstatuje *„[s] ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednacím řízením bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacích řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení. Veřejný zadavatel, který využije této výjimky, by měl odůvodnit, proč nemá k dispozici rozumné alternativy nebo náhradní řešení, jako je například využití alternativních distribučních kanálů, a to i vně členského státu, v němž se veřejný zadavatel nachází, nebo zvážení funkčně srovnatelných stavebních prací, dodávek a služeb. Pokud k situaci výlučnosti došlo z technických důvodů, měly by být tyto důvody v každém jednotlivém případě pečlivě vymezeny a odůvodněny.“*
60. Zadavatel musí zcela konkrétně a detailně prokázat splnění podmínek pro užití důvodů stanovených v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, které jsou taxativní a nelze je dále rozšiřovat,

ba naopak je třeba, aby byly vykládány restriktivně, což odráží výše uvedenou specifickou povahu jednacního řízení bez uveřejnění. Důvody, na základě kterých dospěl zadavatel k tomu, že jedinou možností je využití jednacního řízení bez uveřejnění, musí objektivně existovat dříve, než se pro tento druh zadávacího řízení rozhodne. Technické důvody, jimiž odůvodňuje zadavatel zadání veřejné zakázky č. 1 a č. 2 v jednacím řízení bez uveřejnění musí být pečlivě vymezeny a odůvodněny za zachování objektivitu.

61. K obdobné otázce se vyjádřil též Nejvyšší správní soud, a to tak, že k unesení důkazního břemene zadavatelem ohledně postupu dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tedy použití jednacního řízení bez uveřejnění, by došlo za situace, kdy by z jím předloženého posudku či jiných důkazů jednoznačně vyplynula oprávněnost užití tohoto druhu řízení (srov. Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 149/2014 – 68 ze dne 31. 8. 2014). Tedy v rámci unesení důkazního břemene jsou nedostačující samotná tvrzení zadavatele, ale je nezbytné tato tvrzení podpořit patřičnými důkazními prostředky jako např. znalecký posudek, z něhož budou důvody pro volbu jednacního řízení bez uveřejnění jednoznačně patrné.
62. K otázce znaleckého posudku jakožto důkazního prostředku se vyjádřil též Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 Afs 43/2012 – 53 ze dne 11. 1. 2013. *„Zadavatel musel důkladně a objektivně osvědčit, že jsou dány důvody aplikace jednacního řízení bez uveřejnění, a to např. posudkem z oboru IT a oboru práva, tak jak to zadavatel učinil. Zadavatel byl povinen před rozhodnutím, zda lze využít jednací řízení bez uveřejnění, důkladně právně posoudit předchozí zakázku, na kterou se má navazovat, z hlediska autorského práva, povahy licence a technického hlediska.“*
63. Ve správním řízení před Úřadem zadavatel uváděl pouze vlastní tvrzení, přičemž dokumentace neobsahovala řádné relevantní podklady prokazující, že šetřená veřejná zakázka č. 1 a č. 2 mohla být z technických důvodů realizovaná pouze vybraným uchazečem. Zadavatel nepředložil žádné listiny, které by obsahovaly odbornou technickou analýzu, popř. jiné konkrétní a podrobné technické posouzení věci týkající se nemožnosti plnit šetřenou veřejnou zakázku č. 1 jiným dodavatelem než vybraným uchazečem, stejně tak jako u veřejné zakázky č. 2. K uvedenému podotýkám, že zadavatelem v rozkladu uvedený znalecký posudek 98/75/2017 vypracovaný na základě objednávky ze dne 9. 10. 2017, číslo 17/909/00093, k datu 13. 10. 2017 (dále jen **„předmětný znalecký posudek“**) vznikl až po vydání napadeného rozhodnutí.
64. Předmětný znalecký posudek vypracoval Ing. Viliam Chrenka, znalec v oboru Kybernetika, přičemž předmětem posudku bylo posouzení technických podmínek pro uplatnění JŘBU pro uzavření smluv o zajištění podpory v procesu implementace a provozování IISSP. Obsahem předmětného znaleckého posudku jsou obecná tvrzení vztahující se k informačnímu systému jako takovému, přičemž znalec konstatuje, že zavedení jakéhokoliv nového systému je zdlouhavým a nákladným procesem. Předmětný znalecký posudek zdůrazňuje nezbytnost zajištění životního cyklu každého informačního systému a potřebu jeho údržby a podpory. Ve vztahu k IISSP poukazuje na jeho účel, tedy poskytnutí komplexních informací o peněžních tocích ve všech organizačních složkách státu a shromažďování účetních záznamů od vybraných účetních jednotek pro operativní řízení. Dále znalec popisuje moduly, ze kterých se IISSP skládá, přičemž uvádí, že *„ ... logickým krokem je podpora a údržba systému ze strany dodavatele daného systému, respektive kvalifikovaným (a nejlépe*

certifikovaným ze strany dodavatele) personálem, který je znalý udržovaného a podporovaného systému, struktury celku i jednotlivých částí, řešení problémů a prostředí. U proprietárních systému je obecně známo, že takový software (systém), autor upravuje licenci, kde je uvedena specifikace možností jeho používání. K software nejsou zpravidla k dispozici zdrojové kódy a nelze v nich dělat úpravy a výsledné dílo upravovat (bez svolení autora)". V návaznosti na právě citované znalec uvádí, že změny a úpravy systému mohou být problematické, přičemž vzhledem k probíhající implementaci nedokončených komponent a zachování provozuschopnosti informačního systému je z technického hlediska výhodné, aby tento systém podporoval a udržoval autor systému. Ve prospěch původního dodavatele dle předmětného znaleckého posudku hovoří též to, že zná daný systém jako celek.

65. Závěr předmětného znaleckého posudku uvádí, že „[z]nalec, i vzhledem k tomu, že nehodnotí legislativní rámec problematiky výběru, nezná detailně všechny podmínky uzavřených smluv, není ani v jeho silách zkoumat systém jako celek (není ani předmětem posudku), se může vyjádřit pouze v obecné a principiální rovině k problematice podpory a údržby informačního systému z technického hlediska, které je aplikovatelné na konkrétní případ. V procesu vývoje, implementace a částečného provozování informačního systému, je z technického hlediska vhodnější a výhodnější využívat služby dodavatele, který je znalý problematiky vývoje daného systému. Případná změna dodavatele s sebou nese značné riziko nefunkčnosti již pořízeného majetku, včetně hrozby nekompatibility (slučitelnosti) nově dodaného SW řešení s již provozovanou částí IS.“
66. Na základě výše uvedených obecných tvrzení se znalec v předmětném znaleckém posudku kloní k názoru, že v daném případě došlo k naplnění technických podmínek pro zadání veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění. Předmětný znalecký posudek předložený zadavatelem obsahuje stručný souhrn obecných tvrzení, která navíc upozorňují na potenciální obtíže. Je však nutné zdůraznit, že nestačí pouhé konstatování, že tu daný důvod je, ale musí být též zcela konkrétně a pečlivě odůvodněn. Technické důvody musí být ve znaleckém posudku jasně a přesně popsány, což jak sám znalec uvádí, nejsou. Předmětný znalecký posudek pouze v obecné rovině upozorňuje na výše uvedená rizika, se kterými se potýkají obecně zadavatelé v případě každé větší zakázky v oblasti informačních technologií, přičemž nikde neuvádí, že by plnění jiným dodavatelem bylo nemožné.
67. Zadavatel v podaném rozkladu dále namítá, že Úřad nevyhověl návrhu na provedení důkazu znaleckým posudkem, přičemž právě ten by dokázal zodpovědět otázku existence objektivních důvodů pro volbu jednacím řízení bez uveřejnění u veřejné zakázky č. 1 a 2. Načež si zadavatel nechal vypracovat znalecký posudek na základě objednávky ze dne 9. 10. 2017, a to znalcem z oboru ekonomiky, který dle zadavatele posuzuje splnění podmínek pro užití jednacím řízení bez uveřejnění.
68. K tomu uvádím, že důkladné posouzení splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění ze strany zadavatele je požadováno ještě před samotným zadáním veřejné zakázky, mimo jiné právě z důvodu, že později (v tomto případě v roce 2017) již není schopen nic na uvedeném změnit. „Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento "stav exkluzivity" vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy

již není možné nastalou situací dostupnými právními prostředky změnit.“ (viz Rozsudek Nejvyššího správního soudu v Brně 5 Afs 42/2012 – 53 ze dne 11. 1. 2013).

69. Stejný názor na danou otázku zastává i Krajský soud v Brně, neboť ve svém rozhodnutí č. j. 31 Af 35/2015 – 80 ze dne 28. 6. 2017 uvádí „*[j]estliže 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.“*
70. V odůvodnění tohoto rozhodnutí již bylo uvedeno, že zadavatel má povinnost ještě před tím, než se rozhodne zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění pečlivě, detailně a objektivně posoudit, zda jsou naplněny zákonem stanovené důvody pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Nelze postupovat tak, že se nejdříve pro tento druh zadávacího řízení zadavatel rozhodne a následně odůvodňuje opodstatněnost svého rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že uvedené posouzení musí být objektivní, což bylo rovněž v tomto rozhodnutí na různých místech několikrát zdůrazněno, není z povahy věci možné, aby jej učinil zadavatel sám bez zhodnocení třetí osobou. Znalecký posudek by tak měl mít zadavatel k dispozici ještě před tím, než učiní rozhodnutí zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Vzhledem k charakteru veřejné zakázky (tj. oblast informačních technologií) je navíc nezbytné, aby tato třetí osoba měla potřebné odborné znalosti, kterými běžný uživatel neopývá. Obdobně se k řešené otázce vyjádřil též Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 Asf 43/2012 – 53 ze dne 11. 1. 2013.
71. K námitce zadavatele ohledně nevyhovění návrhu na provedení důkazu znaleckým posudkem dále uvádím, že zadavatel si předmětný znalecký posudek nechal vypracovat v měsíci říjnu 2017, a to na základě objednávky ze dne 9. 10. 2017, přičemž zadávací řízení na veřejnou zakázku č. 1 bylo zahájeno dne 25. 2. 2013 odesláním výzvy č. 1 vybranému uchazeči a zadávací řízení na veřejnou zakázku č. 2 bylo zahájeno dne 27. 12. 2013 odesláním výzvy č. 2 vybranému uchazeči.
72. Před zadáním veřejné zakázky č. 1 a č. 2, rovněž po dobu od odeslání výzvy č. 1 a č. 2 vybranému uchazeči do vydání napadeného rozhodnutí si zadavatel nenechal vypracovat znalecký posudek na základě, kterého by mohl zhodnotit, zda jsou splněny podmínky pro postup dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona a následně uvedené prokázat před Úřadem. Jak zadavatel uvádí v podaném rozkladu, znalecký posudek si nechal vypracovat až v době, kdy mu bylo zřejmé, že Úřad ve správním řízení o přestupku dospěje k závěru, že se dopustil přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Navíc z rozkladu zadavatele je patrné, že neměl v úmyslu nechat si znalecký posudek vypracovat, neboť v jedné z předchozích námitek zadavatel tvrdí, že povinnost zadavatele nechat si vypracovat znalecký posudek neexistuje a navíc by zadavatele finančně zatížila. Je tedy zřejmé, že opodstatněnost postupu dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona vyvodil zadavatel, před samotným zahájením jednacím řízení bez uveřejnění, pouze ze svých vlastních závěrů bez objektivního posouzení třetí osobou s potřebnými odbornými znalostmi.

73. Navíc případné naplnění podmínek, v tomto případě technických důvodů, na jejichž základě lze postupovat v jednacím řízení bez uveřejnění, nesmí zadavatel způsobit sám svým předchozím jednáním. Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 256/2015-95 ze dne 12. 5. 2016, *„stav exkluzivity“ (tj. nezbytnost splnění zakázky pouze určitým dodavatelem) nemůže zadavatel sám vytvořit. Opačný závěr by byl zcela v rozporu se smyslem a účelem zásad, na kterých je právní úprava veřejných zakázek postavena (tj. zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace).*“ I kdyby zadavatel ve správním řízení prokázal existenci zcela konkrétních a objektivních důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, musel by následně doložit, že tyto důvody nezapříčinil svým vlastním předchozím jednáním. Tento názor zastává Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí č. j. 5 Afs 42/2012 – 53. *„Jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento "stav exkluzivity" vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situací dostupnými právními prostředky změnit.“*
74. K uvedenému dodávám, že technické důvody jsou zde spjaty s autorskoprávními. Ačkoliv jejich kombinací nebylo ze strany zadavatele výslovně argumentováno, jak je uvedené výše, předmětný znalecký posudek mimo jiné konstatoval, že naplnění technického hlediska spočívalo v existenci zdrojových kódů, přičemž je vhodné, aby podporu systému zajišťoval sám autor. Takovéto omezení však mnohem spíše vyplývá z původní smlouvy než z technických důvodů či z autorského zákona, který neobsahoval kogentní ustanovení regulující výkon autorských práv, ale ponechával jejich rozsah v dispozici smluvních stran původní smlouvy. Uvedené omezení tedy vyplývá z dobrovolně navozené exkluzivity způsobené vlastním jednáním zadavatele, který se v důsledku svého vlastního postupu dostal do situace, kdy je omezen závazky plynoucími z původní smlouvy a z autorského zákona.
75. V této souvislosti uvádím, že se Úřad v napadeném rozhodnutí dostatečně vypořádal s tvrzeními zadavatele, správně a dostatečně zjistil skutkový stav věci, neboť zadavatel neprokázal existenci technických důvodů, na jejichž základě zadal veřejnou zakázku č. 1 a č. 2 v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž se opíral bez dalšího výhradně o svá vlastní tvrzení. Rovněž je správný závěr napadeného rozhodnutí, že zadavatel neunesl důkazní břemeno, neboť zadavatel nesplnil nezbytný požadavek důkladného a objektivního osvědčení existence důvodů pro aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění. Zadavatel, ačkoliv měl být kdykoliv schopen prokázat naplnění všech zákonem stanovených předpokladů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, tak neučinil.
76. Zadavatel v podaném rozkladu též namítá, že z napadeného rozhodnutí není zřejmé, kdy se měl přestupků dopustit. K tomuto tvrzení uvádím následující.
77. Ve výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad zcela jednoznačně uvádí, že přestupek byl spáchán dne 22. 3. 2013, když obviněný uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky č. 1.

78. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad dospěl k závěru, že přestupek byl spáchán dne 17. 1. 2014, když obviněný uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky č. 2.
79. Není tedy pochyb o tom, že Úřad v napadeném rozhodnutí zcela konkrétně a správně vymezuje, kdy došlo ke spáchání přestupku spolu s jeho přesným vymezením.
80. V rámci této námitky zadavatel tvrdí, že pokud se měl přestupku dopustit uzavřením smluv (tj. dne 22. 3. 2013 a dne 17. 1. 2014), jak uvádí napadené rozhodnutí, pak na této skutečnosti nemůže v roce 2017 nic změnit a z uvedeného důvodu je dle zadavatele výroková část „...neboť neprokázal, že by předmětnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč...“ nesprávná a nemá oporu v zákoně.
81. Dle výše uvedeného je z napadeného rozhodnutí zcela zřejmé, kdy se zadavatel přestupku dopustil. Námitka zadavatele, že toto protiprávní jednání v současnosti nelze napravit je na základě výše uvedeného irelevantní a nedůvodná. Právě z důvodu, že již nelze jednání zadavatele napravit je vedeno správní řízení o deliktu, přičemž pokud Úřad dospěje k tomu, že se zadavatel dopustil přestupku, uloží pokutu. Kdyby bylo možné jednání zadavatele učiněné v rozporu se zákonem napravit, bylo by vedeno řízení o uložení nápravného opatření.
82. V této souvislosti zdůrazňuji, že předmětem přezkumu bylo posoudit, zda se zadavatel dopustil přestupku, když zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, a to z technických důvodů, když uzavřel dne 22. 3. 2013 a dne 17. 1. 2014 s vybraných uchazečem výše uvedené smlouvy. Předmětem přezkumu tedy nebyl postup zadavatele v roce 2008, ale v roce 2013 a 2014.
83. Zadavatel mimo jiné namítá, že Úřad nad rámec své pravomoci v napadeném rozhodnutí doporučuje, kdy má být používáno jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavateli též není jasné, co Úřad rozumí pod pojmem nadužívání.
84. Zadavatel touto svoji námitkou brojí především proti následujícímu závěru obsaženému v napadeném rozhodnutí. „*Jednacího řízení bez uveřejnění by tedy mělo být skutečně krajním řešením tam, kde plnění požadované zadavatelem není možné zajistit jinak, a v žádném případě by nemělo docházet k jeho nadužívání.*“ Z tohoto tvrzení (resp. větné stavby) je patrné, že jde o součást odůvodnění napadeného rozhodnutí a shrnutí závěrů na základě citované judikatury a zákona. Vzhledem k tomu, že rozhodnutí Úřadu musí být řádně odůvodněno, jsou taková tvrzení jeho přirozenou součástí, neboť jejich prostřednictvím Úřad zdůvodňuje své závěry a výrok rozhodnutí. V obecné rovině nelze v jakémkoliv rozhodnutí bez dalšího stanovit, že ne/došlo k porušení zákona, ale uvedené musí být náležitě podloženo právními předpisy, judikaturou či důkazy, na jejichž základě bylo rozhodnuto právě tak, jak bylo uvedeno ve výroku, a ne jinak.
85. S námitkou zadavatele, že Úřad v napadeném rozhodnutí vychází z účelových citací judikatury, se neztotožňuji. Z Úřadem citované judikatury zcela zřetelně vyplývá, že důkazní břemeno je na straně zadavatele stejně jako břemeno tvrzení. Judikatura obsahuje závěry, které byly konstatovány autoritou soudního typu, a je jejím smyslem rovněž argumentační využití v odůvodnění jiných rozhodnutích týkajících se obdobné věci.

86. Rovněž Ústavní soud České republiky ve svém nálezu sp. zn. I. ÚS 403/03 ze dne 17. 8. 2005 zaujal právní názor, že „pokud nejde o situaci, kdy právní řešení bez dalšího vyplývá ze zákonného textu, obecný soud musí v odůvodnění dostatečným způsobem vysvětlit své právní úvahy s případnou citací publikované judikatury nebo názorů právní vědy.“ I když ve svém rozhodnutí hovoří Ústavní soud o povinnosti obecného soudu, lze uvedené aplikovat i na rozhodnutí správních orgánů.
87. Ke skutečnosti, že v odůvodnění tohoto rozhodnutí cituji rozsudky, které byly vydány až po zadání veřejné zakázky č. 1 a 2 v jednacím řízení bez uveřejnění a zadavatel tedy neměl možnost se s nimi seznámit v uvedené době, uvádím, že předmětné pasáže rozsudků rozvíjí myšlenky již dříve uvedené v soudní judikatuře, týkající se povinnosti unést důkazní břemeno zadavatelem při zadávání jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž odkazuji i na rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 9 As 54/2016 – 45 ze dne 14. 7. 2016, jež uvádí, že „judikatura 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 pojímat tak, že z nich budou vycházet až v rámci řízení zahájených po datu vydání toho kterého rozsudku.“ Předseda Úřadu tedy nemůže opomíjet názor vyslovený v soudní judikatuře, přestože vydané po zadání veřejné zakázky č. 1 a 2, popř. po zahájení správního řízení, avšak nepřinášející překvapivé závěry, jež by nebyly známy již z ustálené soudní rozhodovací praxe. Vzhledem k právě uvedenému jsou tedy rozsudky citované v odůvodnění tohoto rozhodnutí zcela příléhavé i k šetřenému případu.
88. Zadavateli dále není jasné, co Úřad rozumí pojmem nadužívání. K této námitce zadavatele uvádím, že jednacím řízení bez uveřejnění je nejméně transparentním druhem zadávacího řízení, mělo by být využíváno pouze v krajních případech a po důkladném objektivním posouzení splnění zákonných podmínek pro jeho použití.
89. S ohledem k výše uvedenému jsem dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil přestupků uvedených v napadeném rozhodnutí dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky č. 1 a č. 2 nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětné veřejné zakázky zadal v jednacím řízeních bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
90. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí nelze přisvědčit tvrzení zadavatele, že napadené rozhodnutí je nesprávné. Závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí považuji naopak za správné, dostatečně odůvodněné, vnitřně logicky uspořádané a vycházející z řádně zjištěného skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Shrnuji tedy, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když konstatoval, že se obviněný dopustil přestupků vedených ve výroku I. a II. napadeného rozhodnutí. Jak je uvedeno v odůvodnění tohoto rozhodnutí všechny námitky zadavatele považuji za nedůvodné.

K zákonnosti pokuty

91. Výrok III. napadeného rozhodnutí jsem přezkoumal ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu z hlediska jeho zákonnosti a z hlediska zákonnosti postupu Úřadu, který jeho vydání předcházelo. Po přezkoumání tohoto výroku mám za to, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí správně vymezil horní hranici pro uložení pokuty v souladu s § 120 odst. 2 zákona a současně při určení výše pokuty přihlédl ke všemu, k čemu ve smyslu § 121 odst. 2 zákona a § 37 zákona o přestupcích přihlédnout měl, když posoudil jak závažnost a následky

přestupku, způsob jeho spáchání, tak i okolnosti, za nichž byly přestupky spáchány, přičemž své úvahy srozumitelně odůvodnil.

92. S ohledem na zásadu absorpce Úřad při uložení pokuty zohlednil i jiné sbíhající delikty, za které již zadavateli uložil pokutu (viz bod 169. napadeného rozhodnutí), přičemž Úřad přistoupil k uložení souhrnného trestu. V rámci uložení sankce za projednávaný přestupek Úřad zohlednil předchozí uložené pokuty za delikty projednávané v souběhu. S přihlédnutím k veškerým polehčujícím a přitěžujícím okolnostem, uplatněním absorpční zásady ve formě analogického použití institutu souhrnného trestu. Současně se Úřad přezkoumatelným způsobem vypořádal i s tím, že uložená pokuta není v daném případě likvidační. Mám tak za to, že Úřad stanovil výši pokuty v souladu se zákonem a své rozhodnutí přezkoumatelným způsobem odůvodnil.
93. K významu a charakteru zkoumání konkrétních majetkových poměrů potrestaného odkazují na nález pléna Ústavního soudu České republiky ze dne 9. 3. 2004, sp. zn. Pl ÚS 38/02, dle kterého *„Z charakteru pokuty jako majetkové sankce nutně vyplývá, že má-li být individualizovaná a přiměřená, musí reflektovat i majetkové poměry potrestaného. Stejná výše pokuty uložená majetnému se bude jevit jako směšná a neúčinná, zatímco v případě postihu nemajetného může působit drakonicky a likvidačně. Není tedy porušením principu relativní rovnosti, když oběma osobám v různých situacích bude uložena pokuta v různé výši, byť by jediným rozdílem jejich situace měly být právě rozdílné majetkové poměry“*. Ve světle tohoto nálezu Ústavního soudu uvádím, že Úřad neporušil princip relativní rovnosti ani princip individualizace výše pokuty vzhledem k majetkovým poměrům zadavatele. Úřad přihlédl k majetkovým poměrům zadavatele správně a zákonně.
94. Úřad se dále v odůvodnění napadeného rozhodnutí zabýval otázkou možné aplikace pozdější právní úpravy. K tomu uvádím, že Úřad dostatečně a správně posoudil, zda nová právní úprava zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů není pro zadavatele, coby pachatele přestupku, příznivější. Úřad tak dospěl ke správnému závěru, že pozdější právní úprava není pro zadavatele příznivější.
95. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel 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.

VI. Závěr

96. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci tohoto správního řízení v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru,

že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

97. 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 o rozkladu.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se dle § 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:

Ministerstvo financí, Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 – Malá Strana

Vypraveno dne:

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