



UOHSX00FK609

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0192/2017/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-42691/2021/163/VVá

Brno 16. 2. 2022

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 26. 10. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **Statutární město Brno**, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 8. 9. 2017 MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0309/2017/VZ-29605/2017/523/HVo ze dne 11. 10. 2017 vydanému ve správním řízení ve věci veřejné zakázky „**Rozšíření a rozvoj systému GINIS**“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 16. 7. 2015, přičemž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 20. 11. 2015 pod ev. č. 526773 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 11. 2015 pod ev. č. 2015/S 227-414189,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0309/2017/VZ-29605/2017/523/HVo ze dne 11. 10. 2017

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ příslušný k výkonu dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, získal pochybnosti o zákonnosti postupu obviněného – Statutární město Brno, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 8. 9. 2017 MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno, (dále jen „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) – při zadávání veřejné zakázky „Rozšíření a rozvoj systému GINIS“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 16. 7. 2015, přičemž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 20. 11. 2015 pod ev. č. 526773 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 11. 2015 pod ev. č. 2015/S 227-414189 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Dne 4. 8. 2017 Úřad obviněnému doručil oznámení o zahájení řízení o přestupku, čímž bylo podle § 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**“), ve znění pozdějších předpisů zahájeno řízení z moci úřední ve věci podezření ze spáchání přestupku obviněným.
2. Obviněný v letech 1998-2000 uzavřel se společností GORDIC spol. s r.o., IČO 47903783, se sídlem Erbenova 2108/4, 586 01 Jihlava (dále jen „**vybraný uchazeč**“) několik smluv, na základě kterých pořídil, implementoval a využíval informační systém GINIS (dále jen „**původní smlouvy**“), přičemž nejstarší smlouva, kterou obviněný Úřadu v předmětném správním řízení poskytl, byla „Smlouva o dílo“, č. 33989043, kterou obviněný uzavřel dne 15. 5. 1998 s vybraným uchazečem na dobu určitou do 31. 12. 1998. Dne 6. 11. 2015 uzavřel

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

obviněný s vybraným uchazečem smlouvu č. 5315053759 na plnění veřejné zakázky (dále jen „smlouva“)

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 11. 10. 2017 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0309/2017/VZ-29605/2017/523/HVo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým:

- a. konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „**JŘBU**“) s odkazem na důvody ochrany výhradních práv vybraného uchazeče, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil obviněný zaviněně v důsledku svého předchozího postupu souvisejícího s uzavřením smluv týkajících se předmětu plnění výše specifikované veřejné zakázky, tj. informačního systému GINIS (dále jen „**IS GINIS**“), kdy obviněný měl a mohl mít za to, že v budoucnu bude nutné do předmětu veřejné zakázky zasahovat, čímž vznikne potřeba následného plnění souvisejícího s předmětem veřejné zakázky, a zároveň obviněný neunesl důkazní břemeno ohledně tvrzené existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacím řízení bez uveřejnění podle téhož ustanovení zákona, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 6. 11. 2015 s uvedeným vybraným uchazečem smlouvu,
- b. uložil obviněnému za spáchání přestupku podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 270 000 Kč.

4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že JŘBU by mělo být krajním řešením použitelným pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele, kdy tato neexistence alternativ stojí na objektivních základech a není důsledkem vlastní činnosti zadavatele. V šetřeném případě si však zadavatel dle Úřadu stav exkluzivity přivodil sám. Úřad odkázal na judikaturu, dle které důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky v daném případě leží zcela na obviněném, přičemž obviněný ho v šetřeném případě neunesl, neboť technické důvody (resp. to, že by byl vybraný uchazeč jediným subjektem, který může do IS GINIS zasahovat) neprokázal. Dále Úřad podotkl, že nelze akceptovat takový postup zadavatele, při kterém by ve jménu zásady hospodárnosti docházelo k omezování hospodářské soutěže, když dodavatel nevystavený konkurenčnímu tlaku si může cenu za plnění určit zcela libovolně.

5. Při uložení pokuty Úřad přihlédl k okolnostem, za kterých byl správní delikt spáchán, k jeho následkům a způsobu spáchání. Úřad zohlednil, že v důsledku postupu zadavatele neproběhla soutěž o veřejnou zakázku, což je jedno z nejzávažnějších porušení zákona. Jako polehčující okolnost Úřad vzal v potaz, že obviněný průběžně kontroluje dodavatelskou výlučnost vybraného uchazeče ve vztahu k IS GINIS. Jako přitěžující okolnost naopak Úřad posoudil, že plnění veřejné zakázky bylo sjednáno téměř 19 let od uzavření původní smlouvy a obviněný tak měl dostatek času, kdy se mohl pokusit stávající právní vztah týkající se IS GINIS mezi ním a vybraným uchazečem upravit.

III. Rozklad zadavatele

6. Dne 26. 10. 2017 byl Úřadu doručen rozklad obviněného proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 11. 10. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

7. Obviněný namítá nepřekoumatelnost vypořádání námítky legitimního očekávání. Obviněný poukazoval na to, že v minulosti již byl jeho postup související s rozvojem IS GINIS (spočívající taktéž v provedení JŘBU) přezkoumáván, přičemž Úřad neshledal důvody pro zahájení správního řízení. Skutečnost, že nyní byl obviněný za obdobný postup sankcionován, považuje za odchýlení od ustálené rozhodovací praxe. Takové odchýlení by mělo být precizně vysvětleno, což se ovšem nestalo, neboť Úřad v napadeném rozhodnutí pouze negoval, že by se odlišný postup týkající se jiných veřejných zakázek s odstupem tří let dal považovat za ustálenou rozhodovací praxi. Obviněný cituje judikaturu Nejvyššího správního soudu, která má vysvětlovat, co se zásadou legitimního očekávání míní. Ačkoliv Úřad tuto argumentaci zaznamenal, nijak konkrétně se k ní nevyjádřil.
8. Dále obviněný tvrdí, že Úřad nesprávně a nedostatečně zjistil skutkový stav. Úřad údajně ve svém „*tažení proti vendor lock-inu*“ paušalizuje veškeré IT zakázky a opomíná zohlednit specifické okolnosti konkrétního případu, přičemž o tomto postupu údajně vypovídají i tiskové zprávy Úřadu.
9. V této souvislosti zadavatel poukazuje na ustanovení § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), dle kterého má správní orgán postupovat tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Dále obviněný odkazuje na § 50 odst. 3 správního řádu, dle kterého v řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, je správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i neprospěch toho, komu má být povinnost uložena. Uvedené Úřad neučinil ani v souvislosti s výrokem o trestu, kde vůbec nezohlednil polehčující okolnosti, které by v tomto případě byly dány, jednalo-li by se o přestupek.
10. Obviněný údajně žádal o sdělení důvodů pro překvapivé vyhodnocení téhož skutkového stavu, jaký byl již dříve vyhodnocen při šetření podnětu vedeného pod sp. zn. ÚOHS-P120/2014/VZ také proto, aby mohl případné odborné posouzení věci usnadnit doložením znaleckého posudku, který Úřad odmítl nechat vyhotovit. Obviněný si tedy nechal zpracovat znalecký posudek s názvem „Posouzení dodavatelské výlučnosti při podpoře a rozvoji IS GINIS“ (dále jen „**posudek**“) na vlastní náklad, avšak před vydáním napadeného rozhodnutí ho nestihl předložit a činí tak tedy nyní, v rámci řízení o rozkladu. Z posudku dle obviněného vyplývají následující závěry:
- IS GINIS je autorským dílem.
 - Výhradním vykonavatelem majetkových práv k IS GINIS je vybraný uchazeč a tato majetková práva zahrnují služby údržby, rozšíření a rozvoje a verze IS GINIS obviněného byla k datu 16. 7. 2017 v tomto režimu majetkových práv.
 - Obviněný nemůže IS GINIS sám rozšiřovat, ani nastavovat vnitřní parametry systému či nakládat s ním jinak než uživatelským způsobem. Z povahy autorského práva a daného

licenčního uspořádání není přípustné, aby úpravy a rozvoj IS GINIS prováděla třetí strana (tyto úpravy a rozšíření může provádět výhradně vybraný uchazeč).

- Obviněný nemá k dispozici zdrojový kód IS GINIS, nemohl ho získat (obchodní model vybraného uchazeče neumožňoval poskytnutí zdrojového kódu uživatelům IS GINIS) a nemohl tedy do IS GINIS provést zásahy.
11. Posudek tedy dokládá situaci obviněného z hlediska licenčních podmínek vedoucí k jedinému řešení, a sice že obviněný musel přistoupit k realizaci JŘBU. Šetřený případ se tak má lišit od případů zmiňovaných Úřadem.
 12. Dle obviněného jde v případě IS GINIS o hromadný typový produkt (přirovnává ho k systému Windows), který usnadňuje praktické potřeby správních orgánů v rámci rutinních správních činností, nejde o systém projektovaný na míru. U běžného spotřebitelského software není možné, aby si koncový uživatel vymíňoval předání zdrojového kódu, neboť na to by žádný dodavatel nepřistoupil. Cena licence, za kterou by dodavatel teoreticky byl ochoten zpřístupnit své know-how, by byla natolik vysoká, že by řádově převyšovala užitnou hodnotu schopnou přinést zadavateli. Tento stav je přitom dán objektivně, nezávisle na zavinění obviněného, který neměl možnost smluvní model nastavit jinak. Možnost získat zdrojový kód tedy nelze paušalizovat. Uvedeným obviněný dokládá, že se nemůže jednat o stav jím zaviněné exkluzivity, neboť aktuální stav je dán technickým vývojem společnosti a stavem IT trhu.
 13. Závěr Úřadu, že obviněný mohl stavu exkluzivity předejít, není podle obviněného podložen žádným argumentem a je pouhou úvahou.
 14. Varianta, aby si zadavatel na trhu vybral vždy celý nový systém, je nedoporučovaná, neboť by zadavatel platil za již existující plnění a jeho reimplementaci, byť na základě otevřeného řízení, kterého by se ovšem účastnil pouze držitel autorských práv.
 15. Obviněný připomíná, že se pokoušel o zavedení jiného IT produktu (AISMB na bázi SAP), ale neúspěšně. Pravidelně obviněný rovněž ověřuje případné alternativní způsoby zajištění svých potřeb, když prověřuje stav výhradních práv k IS GINIS. Obviněný se tedy domnívá, že vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil. Úřad však tuto skutečnost nijak nerefletoval, a napadené rozhodnutí tak v části neúspěšného využití platformy SAP zatížil nepřezkoumatelností.
 16. Napadené rozhodnutí je tedy nesprávné a nepřezkoumatelné, neboť se Úřad dostatečně nevypořádal s argumentací obviněného k povaze předmětu veřejné zakázky a pouze se spolehl na své vlastní představy o charakteru plnění. Závěry paušalizující IT produkty jako je IS GINIS, nepodrobil úvaze, která by zohledňovala rozdíl mezi produktem ušitým na míru a sériovým systémem typové povahy, k němuž autor neposkytuje zdrojový kód.
 17. Co se týče výroku II napadeného rozhodnutí, zadavatel se domnívá, že se Úřad dostatečně nevypořádal se závažností tvrzeného přestupku. Úřad zřejmě potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky posoudil současně jako následek spáchání přestupku (bod 182 odůvodnění napadeného rozhodnutí), aniž by odůvodnil jeho intenzitu. Uvedené obviněný považuje za porušení zákazu dvojího přičítání. Vliv na výběr je podmínkou sine qua non spáchání přestupku a nemůže tedy představovat více než „holý“ následek přestupku.
 18. Obviněný odkazuje na judikaturu Nejvyššího správního soudu, dle které trestání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako za trestné činy a v tom smyslu je nutné vykládat

i záruky, které mají být poskytovány obviněnému. Úřad měl zohlednit polehčující okolnosti, jako je snaha obviněného vymanit se z výlučného postavení vybraného dodavatele. Výši pokuty zadavatel považuje za nepřezkoumatelnou vzhledem k nedostatečnému odůvodnění. Navíc přiměřenost výše pokuty má být odůvodněna naplněním jednoho ze znaků skutkové podstaty přestupku.

Závěr rozkladu

19. Obviněný navrhuje zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

IV. Původní rozhodnutí předsedy Úřadu

20. Dne 2. 1. 2018 bylo vydáno rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0192/2017/VZ-37799/2017/323/LVa (dále jen „**původní rozhodnutí předsedy Úřadu**“), kterým bylo napadené rozhodnutí potvrzeno a podaný rozklad zamítnut. V tomto rozhodnutí bylo uvedeno, že obviněný si stav výlučnosti způsobil sám svým předchozím jednáním, konkrétně uzavřením smluv s takovými licenčními podmínkami, které mu neumožnily (dle jeho tvrzení) zadat veřejnou zakázku jinak než v JŘBU. Zadavatel ve fázi prvostupňového řízení důkazně nepodložil, resp. neprokázal, že předmět veřejné zakázky může být realizován pouze jediným dodavatelem. Není rozhodné, zda bylo pro obviněného zvolené řešení technicky, resp. ekonomicky výhodné. Zadavateli nic nebránilo v tom, aby nechal zpracovat znalecký posudek, případně jiný podklad zpracovaný nezávislou osobou ke zjištění, zda byly dány důvody aplikace JŘBU a tento Úřadu předložil. Takový důkaz měl být vyhotoven v době, kdy zadavatel zvažoval zadání veřejné zakázky. V řízení o rozkladu předložený znalecký posudek nepodává komplexní odpověď na otázku ohledně existence jednoznačných technických důvodů, neboť jakékoliv technické důvody, které byly uvedeny, vyvěrají z autorskoprávních omezení, přičemž tato si způsobil zadavatel sám. Od roku 1998, kdy byly uzavřeny původní smlouvy, zadavatel mohl mít dostatek příležitostí se z nevýhodného postavení vymanit, což však neudělal (byť se o uvedené snažil, což bylo zohledněno při výměře pokuty). Úřad v napadeném rozhodnutí zcela srozumitelně a správně uvedl, z čeho při stanovení výše pokuty vycházel, přičemž nepřekročil meze správního uvážení, které mu náleží.

V. Soudní přezkum původního rozhodnutí předsedy Úřadu

21. Proti původnímu rozhodnutí předsedy Úřadu podal obviněný žalobu ze dne 2. 3. 2018 (dále jen „**žaloba**“), kterou se domáhal zrušení jeho zrušení a vrácení předmětné věci k dalšímu řízení.
22. Krajský soud v Brně (dále jen „**krajský soud**“) v dané věci vydal dne 22. 1. 2020 rozsudek č. j. 31 Af 17/2018–99 (dále jen „**rozsudek KS**“), jímž o žalobě rozhodl tak, že se zamítá. Obviněný podle krajského soudu v dokumentaci o veřejné zakázce jakkoliv nezdůvodnil ani nedoložil nutnost realizace všech částí předmětu plnění v rámci IS GINIS. Již v této části obviněný neunesl důkazní břemeno. Obviněný neprokázal ani to, že by se před zadáním veřejné zakázky dostatečně zabýval povahou skutkového stavu, aby mohl informovaně vyhodnotit výlučnost práv vybraného uchazeče k IS GINIS. Vypovídací hodnota předloženého znaleckého posudku je rovna vypovídací hodnotě čestného prohlášení obviněného. Žalobce si nejprve sám vytvořil určitá právní omezení, tato v průběhu času prohluboval a teprve poté

přistoupil k úvahám o tom, jaké ustanovení zákona může v rámci způsobu zadání plánované veřejné zakázky využít. Okolnosti, které žalobce vedly k zadání veřejné zakázky v JŘBU, jednoznačně nenastaly nezávisle na vůli žalobce. Žalobce již v minulosti počítal s postupným rozšiřováním a úpravami IS GINIS. Obviněný v zadávací dokumentaci neuvedl žádné technické důvody pro využití JŘBU, neopatřil si žádné podklady, které by mohly podporovat technické důvody, a v rámci správního řízení technické důvody neprokázal. S ohledem na výše uvedené se krajský soud nezabýval tím, zda mohl mít žalobce legitimní očekávání, že jeho postup bude posouzen jako správný ve vztahu k výsledku šetření podnětu vedeného u Úřadu pod sp. zn. ÚOHS-P120/2014/VZ.

23. O kasační stížnosti obviněného ze dne 19. 2. 2020 rozhodl Nejvyšší správní soud rozsudkem č. j. 3 As 60/2020-64 ze dne 30. 11. 2021 (dále jen „**rozsudek NSS**“) tak, že zrušil rozsudek KS a původní rozhodnutí předsedy Úřadu a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Nejvyšší správní soud uvedl, že z ustálené judikatury plyne, že pro naplnění podmínky exkluzivity musí být splněna podmínka formální, tj. aby zde objektivně existoval stav exkluzivity „*z technických či uměleckých důvodu, z důvodu ochrany výhradních práv*“, a podmínka materiální, tj. aby takový stav nebyl způsoben zaviněným jednáním zadavatele.
24. Úřad na splnění uvedených podmínek podle Nejvyššího správního soudu nahlížel tak, že se formální podmínkou fakticky zabývat nemusí, neboť postačí, pokud se prokáže nesplnění podmínky materiální a stav exkluzivity bude jen předpokládat. Krajský soud žalovaného špatně pochopil, neboť vycházel z toho, že ve správním řízení bylo osvědčeno i nesplnění podmínky formální. Otázku formální podmínky nechal Úřad otevřenou a přikročil k hodnocení podmínky materiální. Předseda Úřadu potvrdil bližší nezkoumání formální podmínky, ale konstatoval, že materiální podmínka je splněna, což měl za dostatečné.
25. Úřad však podle rozsudku NSS uchopil věc nesprávně, neboť postupoval opačně. Je logické nejdříve zkoumat, zda stav exkluzivity vůbec existuje a teprve poté případně dále zkoumat, zda byl tento stav způsoben zaviněně. Nebylo postaveno najisto, zda stav exkluzivity vůbec existuje, přesto je obviněnému vytýkáno, že tento stav zavinil. Úřad zatížil řízení před ním vadou, pokud nezjistil skutkový stav v takové míře, aby bylo postaveno najisto, zda je splněna formální podmínka, tedy zda je v případě stěžovatele dán stav exkluzivity či nikoli.
26. Nejvyšší správní soud Úřadu vytkl, že materiální podmínku posuzoval bez zřetele k období, kdy měl stav exkluzivity vzniknout. Relevantní smlouva byla uzavřena již v roce 1998, tedy v odlišné právní úpravě, kdy navíc Česká republika nebyla členem Evropské unie a tehdejší pohled na problematiku stavu exkluzivity byl zásadně odlišný. Je tedy nutné, aby Úřad posuzoval vznik exkluzivity se zřetelem na dobu vzniku právního vztahu, relevantní právní úpravu a obchodní zvyklosti v dané době.
27. Úřad dále mylně usuzoval, že jeho přípis „oznámení o výsledku šetření podnětu“ ze dne 10. 6. 2014 nemohl založit legitimní očekávání. Aby takový závěr mohl být učiněn, musel by Úřad zkoumat konkrétní okolnosti, za kterých svůj přípis vydal, a porovnat je s okolnostmi, které vedly k napadenému rozhodnutí. Nejvyšší správní soud odkázal na judikaturu týkající se založení legitimního očekávání nejen ustálenou správní praxí, ale i jinou formou jednání správního orgánu. Rozsudkem NSS byl Úřad zavázán k dalšímu postupu.

VI. Další řízení o rozkladu

28. Po vrácení správního spisu Nejvyšším správním soudem Úřadu pokračuje předseda Úřadu v řízení o rozkladu proti napadenému rozhodnutí. Předseda Úřadu je v dalším řízení vázán právním názorem vysloveným v rozsudku NSS.
29. Dne 9. 12. 2021 bylo obviněnému přípisem č. j. ÚOHS-41954/2021/163/VVá oznámeno, že se ve správním řízení pokračuje.

Stanovisko předsedy Úřadu

30. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech byl podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, jež mu předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu. Na základě závazného právního názoru Nejvyššího správního soudu činí předseda Úřadu následující závěr.
31. Úřad napadeným rozhodnutím nerozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které bylo přistoupeno ke zrušení napadeného rozhodnutí. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven závazný právní názor, kterým je Úřad při dalším projednání věci vázán.

VII. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu

32. Úvodem konstatuji, že odůvodnění tohoto rozhodnutí vychází z odůvodnění rozsudku NSS, respektive z jeho pasáží týkajících se vad původního rozhodnutí předsedy Úřadu a napadeného rozhodnutí a postupu Úřadu při zjišťování skutkového stavu. Důvody zrušení napadeného rozhodnutí se tak kryjí s důvody, pro které Nejvyšší správní soud zrušil původní rozhodnutí předsedy Úřadu. V odůvodnění se proto věnuji především pasážím rozsudku NSS, které se těchto důvodů týkají.
33. Nejvyšší správní soud v rozsudku NSS nejprve uvedl: *„Z ustálené judikatury plyne, že pro naplnění podmínky exkluzivity musejí být kumulativně splněny (a) podmínka, označovaná krajským soudem jako ‚formální‘, tj. aby zde objektivně existoval stav exkluzivity z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv [řečeno slovy § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách]; a současně (b) podmínka, označovaná jako ‚materiální‘, tj. aby takový stav nebyl způsoben zaviněným jednáním zadavatele“.*
34. V návaznosti na posouzení uvedené materiální podmínky exkluzivity Úřadem a předsedou Úřadu poté Nejvyšší správní soud shledal, že *„žalovaný uchopil věc nesprávně, pokud vycházel z přesvědčení, že se podmínkou sub (a) ‚blíže‘ zabývat nemusí a může se soustředit výhradně na podmínku týkající se subjektivní stránky jednání zadavatele [podmínka (b)]. Tento postup není logický a pohlíží na splnění relevantních podmínek tak říkajíc ‚v opačném gardu‘. Bylo by totiž přirozené na prvním místě zkoumat, zda stav exkluzivity vůbec existuje [podmínka (a)] a teprve pokud bude tato otázka zodpovězena kladně, dále zkoumat, zda byl tento stav způsoben zaviněně [podmínka (b)].“* Dále Nejvyšší správní soud konstatoval: *„Opačný přístup, který zvolil žalovaný, totiž ve svém důsledku posuzuje subjektivní stránku činu, totiž zda zadavatel zavinil stav exkluzivity, aniž by bylo postaveno najisto, zda takový stav vůbec existuje – tj. zda k takovému ‚činu‘ (sjednání exkluzivity) vůbec došlo. Takový postup také vede k absurdním důsledkům; žalovaný totiž v konečném důsledku dospěl k závěru, že stěžovatel*

zavinil určitý stav, avšak přitom zůstalo nejasné, zda daný stav je či není stavem exkluzivity. To totiž žalovaný „blíže nezkoumal“ a předseda žalovaného ve svém rozhodnutí tento postup aproboval.“

35. Na tomto místě pro úplnost uvádím, že napadené rozhodnutí vycházelo z faktu, že o stavu exkluzivity není sporu, respektive Úřad předpokládal jeho naplnění, neboť nemohl jednoznačně potvrdit reálnou existenci výhradních práv vybraného uchazeče (k tomu odkazují na bod 128 napadeného rozhodnutí). Přijetí této teze však bylo dle mého názoru ve prospěch obviněného, neboť pakliže by stav exkluzivity shledán nebyl, nebyl by ani obviněný oprávněn postupovat v JŘBU již na základě této skutečnosti. Vzhledem k vázanosti právním názorem NSS ale nezbyvá než zavázat Úřad k výslovnému posouzení i této podmínky, neboť mi nepřísluší polemizovat se závěry rozsudku NSS, byť v něm důvod pro nesprávnost úvahy Úřadu v této otázce nebyl osvětlen.
36. K samotnému posouzení materiální podmínky exkluzivity Nejvyšší správní soud Úřadu i krajskému soudu vytkl, že tuto otázku posuzovaly bez zřetele k období, kdy měl nezjištěný stav exkluzivity vzniknout. Relevantní smlouva s vybraným uchazečem vznikla v roce 1998, kdy právní úprava byla odlišná, Česká republika nebyla členem Evropské unie a tehdejší pohled na problematiku vztahu exkluzivity mezi zadavatelem a dodavatelem byl zásadně odlišný. *„Má-li být tedy splnění podmínky (b) osvědčeno, je nezbytné, aby správní orgán posuzoval vznik exkluzivity se zřetelem na dobu vzniku takového vztahu, relevantní právní úpravu a obchodní zvyklosti v dané době. Soudobé požadavky na kvalitu smluv uzavíraných v rámci veřejných zakázek totiž nelze mechanicky vztahovat zpět do minulosti, kdy právní úprava i rozhodovací praxe byly méně vyspělé a kontraktaci veřejných zakázek méně reglementovaly.“*
37. Nejvyšší správní soud se zabýval i posouzením otázky významu šetření podnětu vedeného pod sp. zn. ÚOHS-P120/2014/VZ. Nejvyšší správní soud odkázal na svoji předchozí judikaturu, konkrétně rozsudek 4 As 257/2017-82 ze dne 8. 3. 2018, který vychází z judikatury Ústavního soudu, ve kterém konstatoval, že legitimní očekávání nezakládá pouze ustálená správní praxe, ale i může jej založit i jiná forma jednání správního orgánu, *„která v adresátech veřejné správy vyvolá očekávání, že jednají v souladu s právem, a že jejich jednání bude poskytnuta právní ochrana.“* Nejvyšší správní soud proto uvedl, že nelze vyloučit, že stěžovatel oprávněně postupoval v důvěře v zákonnost zadávání veřejné zakázky, protože žalovaný na základě uvedeného podnětu neshledal důvody pro zahájení řízení s obviněným. Úřad proto mylně usuzoval, že přípis ze dne 10. 6. 2014 „oznámení o výsledku šetření podnětu“ nemůže založit legitimní očekávání z hlediska své formy. K takovému závěru by bylo nutné, aby Úřad a předseda Úřadu zkoumali konkrétní okolnosti, za kterých byl přípis vydán a porovnali je s okolnostmi, které vedly k zahájení správního řízení ústíciho ve vydání napadeného rozhodnutí.
38. Přestože Nejvyšší správní soud zrušil pouze původní rozhodnutí předsedy Úřadu, konstatují, že k provádění takového dokazování, které je potřeba učinit za účelem zjištění skutkového stavu požadovaného Nejvyšším správním soudem (k tomu odkazují níže), není v řízení o rozkladu prostor. Napadené rozhodnutí je proto nutné zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání.

39. Jako jsem při rozhodování o rozkladu vázán rozsudkem NSS (v tomto případě konkrétně bodem 52, kde Nejvyšší správní soud uvedl kroky, které je nutné provést), je i Úřad vázán svým právním názorem. V souladu s rozsudkem NSS tak Úřad v dalším řízení:
- zjistí skutkový stav tak, aby bylo postaveno najisto, zda při zadání veřejné zakázky objektivně existoval stav exkluzivity mezi obviněným a vybraným uchazečem ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona,
 - bude se věcně zabývat významem svého přípisu ze dne 10. 6. 2014 vydaném ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-P120/2014/VZ a tím, zda tento přípis založil legitimní očekávání stěžovatele a pokud na tuto otázku odpoví záporně, přezkoumatelným způsobem odůvodní, proč byl uvedený přípis bez významu pro legitimní očekávání obviněného v kontextu relevantní judikatury Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu,
 - se zřetelem ke shromážděným důkazům řádně posoudí subjektivní stránku podmínky exkluzivity, tedy zda si stěžovatel daný stav způsobil sám svým zaviněným jednáním (mj. s ohledem na dobu vzniku exkluzivity, pokud takový stav žalovaný zjistí).

VIII. Závěr

40. Po zvážení všech aspektů věci a po přihlédnutí k závaznému právnímu názoru Nejvyššího správního soudu jsem dospěl k závěru, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

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

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, Jakubská 121/1, 602 00 Brno

Vypraveno dne

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