



UOHSX00ASXXW

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0216/2017/VZ-02960/2018/323/PMo

Brno 30. ledna 2018

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 20. 11. 2017, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 22. 11. 2017 obviněným –

- **Česká republika – Ministerstvo financí**, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 10 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0369/2017/VZ-32816/2017/533/BKu ze dne 7. 11. 2017 vydanému ve věci možného spáchání přestupku obviněným podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů při zadání veřejné zakázky s názvem „**Technická podpora produktů Oracle**“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 21. 5. 2013, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 1. 7. 2013 pod ev. číslem 358764, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 7. 2013 pod ev. číslem 2013/S 127-218810,

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-S0369/2017/VZ-32816/2017/533/BKu ze dne 7. 11. 2017

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Výzvou k jednání ze dne 21. 5. 2013 vyzval obviněný – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 10 Praha 1, (dále jako „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) – vybraného uchazeče – společnost Oracle Czech s.r.o., IČO 61498483, se sídlem U Trezorky 921/2, Jinonice, 158 00 Praha 5, (dále jako „**vybraný uchazeč**“) – k jednání za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Technická podpora produktů Oracle“ postupem v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jako „**JŘBU**“), jehož oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 1. 7. 2013 pod ev. číslem 358764 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 7. 2013 pod číslem 2013/S 127-218810 (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“¹) zahájil správní řízení ve věci podezření ze spáchání přestupku, kdy oznámení o zahájení správního řízení bylo obviněnému doručeno dne 13. 9. 2017. V tomto oznámení seznámil Úřad obviněného se skutečnostmi, které budou podkladem pro vydání rozhodnutí, a uvedl popis skutku, o kterém má být ve správním řízení rozhodováno, a jeho předběžnou právní kvalifikaci.
3. Předmětem plnění veřejné zakázky je dle výzvy k jednání ze dne 21. 5. 2013 „... *poskytování technické podpory Software Update License & Support v časově omezeném období produktů Oracle 2013-2014*“.

II. Napadené rozhodnutí

4. Úřad dne 7. 11. 2017 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0369/2017/VZ-32816/2017/533/BKu (dále jako „**napadené rozhodnutí**“), ve kterém dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že porušil § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, aniž by k tomu byly splněny podmínky dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv realizovat pouze vybraný uchazeč a obviněný mohl veřejnou zakázku zadat v jiném druhu zadávacího řízení umožňující soutěž dodavatelů. Výše uvedený postup mohl dle Úřadu ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a obviněný uzavřel dne 14. 6. 2013 s vybraným uchazečem smlouvu na realizaci veřejné zakázky.
5. Za spáchání výše popsaného přestupku uložil Úřad výrokem II. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 121 000 Kč.
6. Úřad v napadeném rozhodnutí argumentuje zejména tím, že obviněný pouze tvrdí existenci technických důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona, ze kterých dovozuje možnost zadat veřejnou zakázku v JŘBU, ale tato tvrzení nijak nedoložil. Jelikož obviněný tedy

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

nespecifikoval konkrétní technické důvody, pro které je nutno veřejnou zakázku zadat vybranému uchazeči v JŘBU, a svá nekonkrétní tvrzení ničím nepodložil, konstatoval Úřad, že obviněný neunesl důkazní břemeno a neprokázal existenci technických důvodů dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Úřad neakceptoval argumentaci obviněného, tzn. obviněný neunesl důkazní břemeno ohledně ochrany výhradních práv vybraného uchazeče a rovněž neunesl důkazní břemeno ve vztahu k možnosti zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění z technických důvodů. Obviněný dle Úřadu svou argumentaci (navíc uplatněnou ex post) blíže nerozvedl s tím, že vybraný uchazeč nebyl jediným možným dodavatelem předmětu veřejné zakázky, což vybraný uchazeč Úřadu sám potvrdil. Úřad akcentoval, že prokázal, že podmínky postupu obviněného dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona nebyly naplněny, neboť veřejnou zakázku mohl plnit i jiný dodavatel než vybraný uchazeč – plnění veřejné zakázky totiž mohlo být zajištěno přeprdejním obchodním modelem, čímž by bylo vytvořeno alespoň určité soutěžní prostředí a hospodářská soutěž by tak nebyla zcela vyloučena, jako tomu bylo v šetřeném případě. Úřad tedy uzavřel, že obviněný se nemůže účinně dovolat existence důvodu ochrany výhradních práv vybraného uchazeče, jelikož tyto důvody zapříčinil vlastním předchozím postupem.

III. Rozklad obviněného

7. Dne 22. 11. 2017 obdržel Úřad rozklad obviněného ze dne 20. 11. 2017 proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu je patrné, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 7. 11. 2017, obviněný tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.
8. Rozklad obviněného obsahuje několik stěžejních námitek. První z nich směřuje proti podkladu, na základě kterého zahájil Úřadu správní řízení. Dle obviněného totiž Úřad zahájil správní řízení na základě podnětu, u kterého nedošlo k uhrazení poplatku ve smyslu § 259 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „ZZVZ“). Dle obviněného je každý podatel povinen uhradit poplatek spojený s podáním podnětu, pokud tento podá poté, co vešel ZZVZ v účinnost. Obviněný dále odkazuje na veřejně dostupný rozhovor předsedy Úřadu a vztahující se k výkladu § 259 ZZVZ a žádá, aby bylo obsahem rozhodnutí o rozkladu i vypořádání se s tímto rozhovorem, jelikož – dle názoru obviněného – se s tímto rozhovorem Úřad nevypořádal. Obviněný také poukazuje na vyjádření Úřadu č. j. ÚOHS-D0529/2017/VZ-28598/2017/560/MKv, nebo č. j. ÚOHS-D0124/2017/VZ 06036/2017/560/MKv. Obviněný nadále konstatuje, že výše uvedeným postupem Úřadu došlo ke zkrácení jeho práv, jelikož vyhovění žádostem Úřadu zejména ve vztahu k poskytnutí zadávacích dokumentací (nikoliv pouze ve vztahu k nyní řešené věci) vyžaduje stovky hodin práce státních zaměstnanců. Obviněný tento postup Úřadu označuje za nezákonný a v rozporu s ústavním pořádkem, jelikož Úřad – jakožto ústřední orgán státní správy – je ve svém postupu vázán zákonem.
9. Další rozkladová námitka obviněného směřuje proti postupu Úřadu, který na základě judičiálních názorů dovodil, že obviněný jakožto zadavatel veřejné zakázky nese důkazní břemeno ve vztahu k prokázání existence relevantních důvodů pro zadání veřejné zakázky v JŘBU. Dle obviněného neexistuje zákonné ukotvení přenesení výše uvedeného důkazního břemene na obviněného, a Úřad jej tedy nemůže dovozovat. Dle obviněného je to Úřad, kterému vyplývá povinnost z § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „správní řád“), tedy povinnost zjistit skutkový stav bez důvodných

pochybností a v takové kvalitě, aby na jeho základě mohl rozhodnout ve věci. Obviněný dále poukazuje na to, že skutková podstata přestupku, kterého se obviněný měl dopustit, neobsahuje pasáž o tom, že by obviněný měl v tomto případě cokoli prokazovat – nelze tedy uvést, že se obviněný dopustil přestupku tím, že neprokázal, že by z technických důvodů mohl předmětnou veřejnou zakázku realizovat pouze vybraný uchazeč. Totéž dle obviněného platí i pro neprokázání toho, že by existenci důvody výhradní ochrany práv vybraného uchazeče nezapříčinil obviněný sám. Obviněný v tomto kontextu taktéž poukazuje na to, že z tvrzení Úřadu: „... *neboť neprokázal, že by předmětnou zakázku mohl z technických důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv realizovat pouze společnost Oracle Czech s.r.o.*“, není patrné, kdy obviněný spáchal tvrzený přestupek. Zda jej tedy spáchal uzavřením smlouvy v roce 2013, či neprokázáním existence relevantních důvodů v roce 2017 ve správním řízení vedeném Úřadem. Dle obviněného se v roce 2013 buď svým postupem přestupku dopustil, nebo nikoli.

10. Obviněný také poukazuje na to, že Úřad nevyhověl jeho návrhu na provedení důkazu znaleckým posudkem. Znalecký posudek by přitom z technického a odborného pohledu zodpověděl otázku, zda pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění existovaly objektivní důvody či nikoli. Obviněný doplňuje, že si nemůže dovolit ke každé veřejné zakázce šetřené Úřadem nechat vypracovat znalecký posudek, který by z technického pohledu posuzoval, zda byly u předmětné veřejné zakázky splněny podmínky k použití JŘBU, a to především proto, že by k takovým znaleckým posudkům Úřad stejně nepřihlížel. Tím by docházelo jen k dalšímu čerpání finančních prostředků z veřejného rozpočtu, navíc v situaci, kdy zadavatel sám velmi detailně odůvodnil, proč k zadání předmětu plnění veřejné zakázky využil JŘBU.
11. Obviněný dále rozporuje použitelnost judikatury, ať už tuzemských soudů, či Soudního dvora Evropské unie (dále jako „SDEU“). Dle obviněného patří Česká republika do tzv. kontinentálního právního systému, kde soudní rozhodnutí nepředstavují pramen práva a nejsou proto obecně závazné a nelze tedy seznat, že by soudy nižší instance byly vázány při svém rozhodování rozhodnutími soudů vyšší instance. Dle obviněného je tedy nutno striktně rozlišovat mezi procesem normotvorby a procesem interpretace práva.
12. Dle obviněného Úřad dále nesprávně a účelově vyložil rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) ze dne 11. 1. 2013, sp. zn. 5 Afs 42/2012. Konkrétněji argumentuje obviněný i ve vztahu k rozsudkům SDEU a tomu, jak je vyložil Úřad. Jde o rozsudky ze dne 10. 3. 1987, ve věci C-199/85 *Komise Evropských společenství proti Italské republice* a ze dne 28. 3. 1996, ve věci C-318/94 *Komise Evropských společenství proti Spolkové republice Německo*. Obviněný poukazuje zejména na to, že předmětné rozsudky SDEU byly vydány ve zcela odlišném druhu řízení. SDEU – dle obviněného – posuzoval spor mezi Komisí Evropských společenství a členským státem, nešlo tedy o řízení, ve kterém by správní orgán prováděl správní trestání. Obviněný také poukazuje na to, že ve výrocích předmětných rozsudků SDEU je typicky uvedeno, že členský stát (nikoli tedy konkrétní zadavatel) nedodržel povinnost plynoucí mu z předmětných právních předpisů Evropských společenství.
13. Obviněný v závěru rozkladu napadá výši uložené pokuty. Tato se mu jeví jako nepoměrně vysoká. Dle jeho výpočtů dosáhla udělená pokuta cca 24,8 % z maximální možné výše pokuty, ovšem při šetření postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky s názvem „Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“ Úřad uložil pokutu ve výši

0,15 % z maximální možné výše pokuty. Stejně tak poukazuje obviněný na uloženou pokutu ve výši 15 000 Kč u veřejné zakázky s názvem „RASPEŇAVA – OPRAVA KOMUNIKACÍ, POVODEŇ 8/2010“, kdy celková hodnota veřejné zakázky dosáhla částky 168 801 602 Kč.

Závěr rozkladu

14. Obviněný v závěru svého rozkladu navrhuje, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

16. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího 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 vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
17. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí podaného rozkladu.

V. K námitkám rozkladu

18. Daný případ stojí zejména na posouzení toho, zda zadavatel splnil podmínky pro to, aby mohl zadat předmětnou veřejnou zakázku v JŘBU a zda splnění těchto podmínek dostatečně prokázal. Na JŘBU je nutno nahlížet jako na odchylku od ‚klasického‘ zadávacího řízení, ve kterém absentuje hospodářská soutěž a konkurenční prostředí. S ohledem na to, jaký vliv má JŘBU na hospodářskou soutěž, je na tento druh zadávacího řízení nahlíženo restriktivní optikou, zejména pak ve vztahu k jednotlivým podmínkám, za jejichž splnění lze JŘBU použít. K nutnosti nahlížet na JŘBU restriktivně se SDEU vyjádřil v rozsudku ze dne 10. 3. 1987 ve věci C-199/85, *Komise v. Itálie*; případně v rozsudku ze dne 28. 3. 1996, ve věci C-318/94, *Komise v. Německo*. V tomtéž duchu se vyjádřily i tuzemské soudy, kdy například v rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jako „**krajský soud**“) ze dne 3. 10. 2013, č. j. 62 Af 48/2012-160 je uvedeno: „... rozhodovací praxe v případech podmínek pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění akcentuje potřebu jejich restriktivního výkladu.“ Je dlužno poukázat na to, že právě aplikaci výše uvedených rozsudků SDEU obviněný rozporuje. S ohledem na to, že námitka obviněného směřující proti výše uvedeným rozsudkům SDEU tvoří s dalšími námitkami obviněného logický celek, považuji za vhodné se s nimi vypořádat na jednom místě tohoto rozhodnutí. Proto odkazuji na body 44. až 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
19. Obviněným tvrzené podmínky, které jsou dle jeho názoru v daném případě splněny, a tedy je možné, aby zadal veřejnou zakázku v JŘBU, obsahuje § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Konkrétně

jde o důvody technické nebo umělecké, důvod ochrany výhradních práv, případně důvody vyplývající ze zvláštního právního předpisu. Pro postup v JŘBU nemusí dojít ke splnění výše uvedených podmínek kumulativně, ale postačuje jejich alternativní naplnění.

20. Judikatura výše uvedené – ve vztahu k veřejným zakázkám, u kterých jsou technické důvody a důvody ochrany autorských práv na sebe navázány – interpretuje tak, že při posouzení toho, zda je možno veřejnou zakázku zadat v JŘBU, je nutno nejprve posoudit to, zda jsou splněny důvody ochrany výhradních práv (často půjde o autorská práva, tak je tomu i v řešené věci), a až poté je možno zabývat se důvody technickými a ekonomickými. Tento závěr je patrný z rozsudku krajského soudu ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015-80, kde je v návaznosti na rozsudek NSS ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-64 uvedeno: *„I z uvedené citace vyplývá, že nejprve si musí zadavatel veřejné zakázky zodpovědět otázku autorskoprávní a teprve následně poté, co dospěje k závěru, že po stránce autorskoprávní je nutné veřejnou zakázku zadat v režimu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, tak nastupuje zodpovězení otázky ekonomické a technické.“*
21. V rámci posouzení přítomnosti důvodu ochrany výhradních, potažmo autorských, práv vybraného uchazeče je nutno zabývat se také tím, zda vznik ‚stavu exkluzivity‘ (tedy stav, kdy je možno zadat navazující veřejné zakázky pouze vybranému uchazeči) je přičitatelný postupu zadavatele, nebo nikoliv. Pokud by tomu tak bylo, soudy dovozují, že v takovém případě se nemůže zadavatel dovolat toho, že došlo ke splnění podmínek, na základě kterých je možno zadat veřejnou zakázku v JŘBU. Tento názor je patrný z rozsudku NSS ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012-54, ve kterém je uvedeno: *„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 situaci dostupnými právními prostředky změnit.“*
22. Při posouzení toho, zda si zadavatel ‚stav exkluzivity‘ způsobil sám nebo nikoliv, je také nutno posoudit to, zda lze vzniklý stav přiřknout ‚nešikovnosti‘ jeho postupu. Za ‚nešikovný‘ lze dle soudů označit takový postup, kdy zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky nemohl očekávat, že v budoucnu nastane potřeba zadávat navazující veřejné zakázky, kterými bude předmět plnění původní veřejné zakázky rozvíjen, či modifikován. I v tomto případě lze poukázat na rozsudek NSS ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015-95, ve kterém je uvedeno: *„V rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, Nejvyšší správní soud uvedl, že ‚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 situaci dostupnými právními prostředky změnit.‘ Soud zdůraznil, že je s ohledem na skutkové okolnosti nutné pečlivě vážit ‚zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky; (...) Jak však Nejvyšší správní soud dovodil při posuzování předcházející kasační námítky, žalobce b) si byl v nyní projednávané věci vědom charakteru, technologické náročnosti a nutnosti následného rozvoje projektu. Tím se odlišuje od situace posuzované v citovaném rozhodnutí a to je*

zároveň důvod, proč se nemůže s úspěchem odvolávat na svou „nešikovnost“ či „nevědomost“. Pokud tedy mohl obviněný při zadávání původní veřejné zakázky, případně jiné navazující veřejné zakázky, kterou došlo ke způsobení závislosti, či k prohloubení již existující závislosti na vybraném uchazeči, předpokládat, že bude v budoucnu nucen zadat další navazující veřejné zakázky, nelze takový postup označit za „nešikovný“. Pokud postup zadavatele nelze shledat jako „nešikovný“, lze uzavřít, že si „stav exkluzivity“ způsobil sám a jeho postup v JŘBU tedy není v souladu se zákonem, jelikož se nemůže dovolat existence důvodu ochrany výhradních práv vybraného uchazeče ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona.

23. Dále je nutno poukázat na to, že při prokazování splnění podmínek pro použití JŘBU dochází na základě názorů soudů k obrácení důkazního břemene. Je tedy na zadavateli, který se rozhodne zadat veřejnou zakázku postupem v JŘBU, aby prokázal naplnění podmínek pro takový postup. K podložení výše uvedeného je možno odkázat například na již výše citovaný rozsudek NSS ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-61, kde je explicitně uvedeno: *„Nejvyšší správní soud konstatuje, že zadavatel má objektivně prokázat existenci výhradních práv (unést důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek), ...“* Na tomto místě lze uvést i rozsudek krajského soudu ze dne 3. 10. 2013, č. j. 62 Af 48/2012-160, ve kterém je uvedeno: *„Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění, jak plyne z rozsudku ze dne 14. 9. 2004, Komise proti Itálii, C-385/02, Sb. rozh., s. 1-08121. Přestože se v této věci Soudní dvůr nevyjadřoval ke stavu skutkově totožnému, jaký je ve věci právě posuzované, plyne z něj, že ustanovení (směrnic), která umožňují výjimky z pravidel zadávání veřejných zakázek (a za takovou výjimku v dané věci Soudní dvůr považoval právě „odklon“ od přísnějšího postupu formou jednání bez uveřejnění), musí být vykládána restriktivně, **přitom důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává (tj. zadavatel).**“* (pozn.: zvýraznění textu provedeno předsedou Úřadu). Přenesení důkazního břemene na zadavatele je implicitně uvedeno i v rozsudku NSS ze dne 25. 11. 2015, č. j. 3 As 18/2015-32, kde je uvedeno: *„V návaznosti na výše uvedené je třeba opětovně připomenout, že smyslem daného řízení bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění.“*
24. Na základě výše uvedeného lze tedy učinit dílčí shrnutí. Zákon uvádí, za jakých podmínek je možno zadat veřejnou zakázku v JŘBU a je to zadavatel, na koho je alokováno důkazní břemeno, aby prokázal splnění těchto podmínek. Dále lze konstatovat, že primárně posuzovanou podmínkou je splnění podmínky existence důvodu ochrany výhradních práv, u které je taktéž nutno posoudit i to, zda vyvolaný „stav exkluzivity“ lze přičíst jednání zadavatele či nikoliv, a zda lze toto jednání označit za toliko „nešikovné“. Pokud zadavatel neprokáže, že by „stav exkluzivity“ nezpůsobil sám (včetně zohlednění „nešikovností“ postupu), lze konstatovat, že neprokázal splnění podmínek pro to, aby mohl zadat veřejnou zakázku v JŘBU a lze tedy uzavřít, že jeho postup je v rozporu se zákonem.
25. Úřad se posouzením výše uvedeného zabýval v bodech 67. až 79. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad zde poukázal na skutečnost, že obviněný zcela rezignoval na jakoukoli snahu vytvořit, byť jen omezené, soutěžní prostředí při pořizování následné technické podpory softwarových produktů, na jejichž základě fungují systémy provozované obviněným.

Úřad také správně dovodil, že v daném případě nelze označit postup obviněného za pouze „nešikovný“. Úřad správně seznal, že obviněný neusiloval o nalezení „náhradního řešení“ a k situaci nepřistupoval „maximálně zodpovědně“, jak obviněný tvrdil ve vyjádření ze dne 25. 9. 2017, protože Úřad uzavřel, že případný stav exkluzivity plnění pouze objektivně jedním dodavatelem byl tak ze strany obviněného pouze domnělý. S ohledem na to, že obviněný nezveřejnil úmysl zadat veřejnou zakázku s uvedeným předmětem plnění, Úřad seznal, že potenciální dodavatelé nebudou o udělení autorizace k přeprodeji takového produktu, resp. služby, žádat, neboť obviněným na trhu otevřeně neavizoval poptávku. Úřad tedy správně nepřisvědčil obviněnému, který v rámci správního řízení opíral oprávnění zadat veřejnou zakázku v JŘBU výlučně o informace obsažené v dokumentu s názvem „Prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o.“. Tyto informace totiž nepodávají celistvý obraz o situaci na trhu, na základě kterého by mohl být učiněn závěr o existenci výhradního dodavatele. Vzhledem k tomu, že obviněný svůj postup v JŘBU odůvodnil pouze odkazem na předmětné prohlášení vybraného uchazeče nepodávající komplexní informace nutné pro odůvodnění postupu dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, obviněný neunesl důkazní břemeno a Úřad zároveň nade vší pochybnost prokázal, že bylo možné veřejnou zakázku zadat v jiném druhu zadávacího řízení, než použil obviněný.

26. S ohledem na výše uvedené lze tedy učinit dílčí závěr, že veřejnou zakázku je nutno zadat dílem i kvůli ochraně výhradních práv autora, kterážto existence pramení ze „stavu exkluzivity“, který vznikl na základě postupu obviněného. Tento jeho postup ovšem není možno označit za pouze „nešikovný“.
27. K tomu dále dodávám, že ani ničím nepodložená tvrzení obviněného o existenci technických důvodů, pro něž bylo dle obviněného možné zadat veřejnou zakázku v JŘBU, nelze považovat za objektivní a nezávislé posouzení existence objektivních technických důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona a citované judikatury. Je to přitom zadavatel, na koho je v daném případě přeneseno důkazní břemeno ve vztahu k prokázání existence důvodů pro zadání veřejné zakázky v JŘBU, tedy v jednom z nejméně transparentních druhů zadávacích řízení, kterého lze pro zadání veřejné zakázky použít pouze ve zcela výjimečných případech. Pokud tedy zadavatel zvolí takový druh zadávacího řízení, musí být v souladu se zásadou transparentnosti schopen svůj postup před správním orgánem obhájit, resp. tedy prokázat splnění podmínek pro jeho použití. Obviněný je tedy v daném případě povinen jím tvrzenou existenci technických důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona rovněž objektivně prokázat. K takovému prokázání pak mohou dobře sloužit zejm. znalecké posudky či jiné odborné analýzy. Uvedené je možné opřít i např. o závěr z rozsudku NSS ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53, kde soud uvedl: *„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.“* Jelikož ze strany obviněného nedošlo k předložení žádného důkazu, ze kterého by vyplývalo objektivní a nezávislé posouzení existence technických důvodů, pro které lze za podmínek uvedených v § 23 odst. 4 písm. a) zákona zadat veřejnou zakázku v JŘBU, je možné konstatovat, že obviněný nevyužil svou možnost prokázat objektivní existenci takových důvodů, a lze tedy uzavřít, že obviněný neunesl důkazní břemeno k prokázání naplnění podmínek pro postup v JŘBU, ani pokud jde o technické důvody.

K námitce nemožnosti dovést u obviněného důkazní břemeno ve vztahu k prokázání splnění podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona

28. S obviněným je možno souhlasit v tom, že znění zákona nealokuje na obviněného důkazní břemeno ve vztahu k prokázání existence důvodů, pro které je jeho postup v JŘBU oprávněný. Avšak nelze odhlížet od role, kterou v našem právním prostředí – byť jde o kontinentálně právní prostředí – hrají judiciální závěry, které ze své podstaty mohou na základě v nich obsažené interpretace upřesnit použití jednotlivých ustanovení právních předpisů, která musí být formulována obecněji, aby mohla reagovat na předem neurčený počet druhově stejných situací. Právě tak tomu je i v dané situaci, kdy je alokace důkazního břemene směrem k zadavateli, který dovedl možnost zadat veřejnou zakázku v JŘBU, umožněna na základě judikatury. Konkrétně jde například o rozsudek krajského soudu ze dne 3. 10. 2013, č. j. 62 Af 48/2012-160, rozsudek NSS ze dne 31. 8. 2015, č. j. 8 As 149/2014 nebo rozsudek krajského soudu ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015-80, ve kterém je uvedeno: *„V souvislosti s namítaným porušením principu materiální pravdy soud považuje za nutné zdůraznit, že využití JŘBU je samo o sobě výjimkou z otevřené soutěže a pro jeho použití platí zákonem stanovené podmínky směřující k omezení možnosti využívat tohoto typu veřejné zakázky jen ve skutečně odůvodněných případech. Jestliže žalobce upřednostnil tuto formu veřejné zakázky, bylo jeho povinností prokázat, že jasnou a odůvodněnou vědomost o existenci důvodů pro JŘBU měl ještě před zadáním zakázky v JŘBU. Bylo na žalobci, aby doložil ve správním řízení splnění podmínek pro JŘBU, a nikoliv na žalovaném, potažmo Úřadu, aby prokazoval žalobci, že podmínky pro JŘBU nebyly naplněny, neboť nelze požadovat po žalovaném, aby prokazoval např. absenci posouzení autorskoprávních hledisek. S ohledem na takto výjimečnou povahu JŘBU je princip materiální pravdy modifikován rozložením důkazního břemene mezi zadavatele veřejné zakázky a Úřad, jak konečně vyplývá ze shora citované judikatury jak národních soudů tak i SDEU.“*
29. Z výše citovaného rozsudku tedy plyne, že je to zejména zadavatel, kdo musí prokázat naplnění podmínek, na základě kterých je zadání veřejné zakázky postupem v JŘBU oprávněné. Toto neznamena, že by Úřad zcela rezignoval na zjištění skutkového stavu, o kterém nejsou důvodné pochybnosti. V sankčním řízení tak Úřad zjišťuje nejen skutečnosti svědčící v neprospěch obviněného, ale také svědčící v jeho prospěch. V rámci posuzování, zda jsou dány důvody pro zadání veřejné zakázky v JŘBU Úřad posuzuje i to, zda se zadavateli podařilo v tom či onom konkrétním případě prokázat, že důvody umožňující postup v JŘBU v konkrétním případě přítomny jsou nebo nikoliv. Tato konstrukce mimo jiné pramení i z toho, že je to právě zadavatel, který je nejlépe seznámen s konkrétností veřejné zakázky, a má k dispozici co nejucelenější podklady, které prokazují oprávněnost jeho postupu v JŘBU. Zohlednit je tedy nutno i to, že Úřad nemá k dispozici tuto detailní znalost konkrétní veřejné zakázky, což vede k logickému závěru, že si ani nemůže být vědom toho, jaké konkrétní podklady po zadavateli případně požadovat. K tomu pro úplnost podotýkám, že Úřad je povinen sice pečlivě zkoumat podklady poskytnuté zadavatelem za účelem obhájení jeho postupu, avšak tyto podklady musí požívat kvality důkazů prokazujících tvrzené skutečnosti, nikoliv obsahovat pouhé konstatování bez náležitého osvědčení existence podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona. V kontextu tohoto odstavce lze také poukázat na § 52 správního řádu, který stanoví pro účastníky řízení povinnost označit důkazy na podporu vlastních tvrzení, a to včetně správních řízení zahájených *ex offio*.

30. Ve vztahu k tvrzení obviněného, že Úřad je vázán zásadou materiální pravdy a zásadou vyhledávací obsaženou v § 50 odst. 2 správního řádu, uvádím následující. Není sporu o tom, že je správní řízení ovládáno zásadou materiální pravdy a zásadou vyšetřovací. Zároveň je ale stanovena povinnost účastníků řízení při opatřování podkladů pro vydání rozhodnutí poskytovat správnímu orgánu veškerou potřebnou součinnost (srov. § 50 odst. 2 správního řádu). Dále je v této souvislosti třeba poukázat na to, že je to pouze obviněný, kdo má k dispozici podklady týkající se předmětné veřejné zakázky a je to tedy právě on, kdo disponuje důkazy prokazujícími existenci objektivních důvodů, pro které lze veřejnou zakázku zadat v JŘBU. Na tomto místě nelze nezmínit také povinnost účastníka řízení označovat důkazy na podporu vlastních tvrzení ve smyslu § 52 správního řádu. S ohledem na výše uvedené tedy nelze považovat za vadu správního řízení předcházejícímu vydání napadeného rozhodnutí to, že Úřad nepřihlédl ke skutečnostem či důkazům, které mu nebyly známy, a obviněný je neuvedl ani neoznačil, byť o nich věděl (pro srovnání viz Vedral, J.: Správní řád. Komentář. II. vydání, Praha: BOVA POLYGON, 2012, s. 115). K povinnosti zjistit i bez návrhu všechny rozhodné okolnosti, které svědčí ve prospěch neprospěch toho, komu má být uložena povinnost (sankce) v souvislosti s prokazováním splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v JŘBU se výslovně vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne ze dne 28. 1. 2016, č. j. 30 Af 22/2014-28, přičemž i on konstatoval, že „*takovou povinnost správního orgánu nelze vykládat jako neomezenou*“ a poukázal i na to, že v posuzovaném případě žalobce (zadavatel) nepředložil žádné konkrétní důkazy, které by jeho postup ospravedlňovaly. Lze tedy uzavřít, že postup Úřadu vedoucí k vydání napadeného rozhodnutí je souladný s právními předpisy, že prvostupňový orgán zjistil všechny skutečnosti relevantní pro posouzení dané věci, ať již svědčící ve prospěch i neprospěch obviněného, a že Úřad při svém rozhodování vycházel ze skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Uvedená námitka obviněného tedy není důvodná.
31. K námitce, že z napadeného rozhodnutí není patrné, kdy se obviněný dopustil spáchání přestupku a k námitce, že skutková podstata neobsahuje pasáž o tom, že by obviněný měl něco prokázat, uvádím následující.
32. Přestupek dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona skutečně neobsahuje pasáž o tom, že by obviněný měl cokoli prokazovat. Je nutno si ale uvědomit, že existuje i postup v JŘBU dle § 23 odst. 4 písm. a), který je souladný se zákonem – k takovému závěru je možno dojít poté, co ze strany zadavatele dojde k prokázání existence důvodů, které takový postup umožňují. Pokud ovšem zadavatel neprokáže, že by před zahájením postupu zadávání veřejné zakázky v JŘBU existovaly takové objektivní důvody, nelze jeho postup označit za souladný se zákonem. Determinantem toho, zda je použití JŘBU oprávněné nebo nikoliv, a tedy zda došlo ke spáchání přestupku nebo nikoliv, je tedy skutečně to, zda objektivně existovaly důvody pro zadání veřejné zakázky v JŘBU, což si musí před zadáním zakázky vyhodnotit pouze obviněný, který musí mít povědomí o existenci takových důvodů, a zda se mu v řízení před Úřadem podaří prokázat, že postupoval v JŘBU oprávněně, nebo nikoliv. Úřadem užitá formulace „... *neboť neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč...*“, kterou obviněný ve svém rozkladu taktéž napadá, tedy pouze reflektuje výše uvedené a nelze z ní dovozovat, že by skutková podstata přestupku ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona musela obsahovat pasáž o tom, že se obviněnému nepodařilo něco prokázat. Z napadeného rozhodnutí je dále

zcela patrné, že přestupek obviněný spáchal svým postupem v roce 2013 – tedy tím, že uzavřel smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky. Uvedené námitky obviněného lze tedy shledat jako nedůvodné.

K námitce, že se Úřad nezabýval tím, jak probíhá „získání autorizace“ a jak dlouho takový proces trvá

33. Obviněný dále poukazuje na to, že Úřadu opakovaně uvedl, že v dané době neexistoval jiný dodavatel než vybraný uchazeč, který by byl schopen předmět plnění veřejné zakázky realizovat. Zadavatel neměl v inkriminované době k dispozici jiné rozumné alternativy či náhradní řešení, kterými by své potřeby technické podpory těchto produktů zajistil v jiném otevřenějším druhu zadávacího řízení. Obviněný dále namítá, že není odpovědný za rozsah okruhu dodavatelů, kteří existují na trhu. Obviněný následně uvádí, že pokud by platil závěr Úřadu, dle kterého *„[b]ylo lze dosáhnout toho, aby se o předmětnou veřejnou zakázku mohl ucházet větší počet dodavatelů, pakliže by obviněný svůj záměr předmětné plnění poptávat zveřejnil, neboť potenciální dodavatelé mohli vstoupit do jednání se společností Oracle Czech s. r. o. a získat autorizaci ve výše uvedeném smyslu k možnosti splnění předmětu dané veřejné zakázky“*, Úřad by tak svým výkladem přenesl odpovědnost za rozsah okruhu dodavatelů existujících v aktuálním tržním prostředí na zadavatele. Obviněný zároveň zpochybňuje závěr Úřadu, dle něhož *„[...] potenciální dodavatelé mohli vstoupit do jednání se společností Oracle Czech s. r. o. a získat autorizaci ve výše uvedeném smyslu k možnosti splnění předmětu dané veřejné zakázky (pakliže by takovou autorizací nedisponovali) [...]“*. Podle obviněného se Úřad nezabýval tím, jak „získání autorizace“ probíhá a jak dlouho takový proces trvá. Úřadu při učinění takového závěru není ani zřejmé, zda je pro dodavatele reálné takový proces absolvovat, či zda je možné celý takový proces dokončit v přiměřené době, aby zadavatel mohl veřejnou zakázku realizovat v době, kdy daný předmět plnění potřebuje, nikoli až v době, kdy budou tržní podmínky dle Úřadu příhodnější. Dle tohoto závěru Úřadu by tak zadavatel měl vyčkat s vyhlášením veřejné zakázky, nebo posouvat termín podání nabídek tak dlouho, dokud jiný dodavatel „nezíská autorizaci“. Úřad tak bez vědomí těchto odborných informací konstatoval, že je možné autorizaci získat, což dle obviněného zakládá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.
34. K výše uvedené argumentaci obviněného uvádím souhrnně následující. Je třeba zdůraznit, že obviněný svůj postup v JŘBU odůvodnil pouze odkazem na prohlášení vybraného uchazeče, které nepodařilo poskytnout komplexní informace nutné pro odůvodnění postupu dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona a obviněný se s tímto zjevně spokojil. Úřad tedy postupoval správně, když v bodě 79. odůvodnění napadeného rozhodnutí mj. dovodil závěr, že *„nelze říci, že by obviněný nějak usiloval o nalezení ‚náhradního řešení‘ a k situaci přistupoval ‚maximálně zodpovědně‘, jak obviněný tvrdí ve svém vyjádření ze dne 25. 9. 2017 ... Případný stav exkluzivity plnění pouze objektivně jedním dodavatelem byl tak ze strany obviněného pouze domnělý“*.
35. Úřad tedy správně dovodil, že za situace, kdy obviněný nezveřejnil úmysl zadat veřejnou zakázku s uvedeným předmětem plnění, je logické, že potenciální dodavatelé nebudou o udělení autorizace k přeprodeji takového produktu, resp. služby, žádat, neboť obviněným nebyla na trhu otevřeně avizována poptávka. Úřad zohlednil i tu skutečnost, že vybraný uchazeč ve vyjádření ze dne 6. 10. 2017 uvedl, že ačkoli bylo možno o autorizaci k přeprodeji předmětu veřejné zakázky požádat, žádná společnost tak neučinila s tím, že v době zahájení

zadávacího řízení na veřejnou zakázku tak mohlo existovat více dodavatelů schopných poskytnout obviněnému předmět veřejné zakázky. Ve shodě s Úřadem mám tedy za to, že pokud by obviněný svou poptávku uveřejnil, mohli by případní uchazeči vstoupit v jednání s vybraným uchazečem o získání autorizace umožňující splnění předmětu dané veřejné zakázky

36. Nelze proto souhlasit s argumentací zadavatele, že v rozhodné době neexistoval jiný dodavatel než vybraný uchazeč, který by byl schopen předmět plnění veřejné zakázky realizovat. Z ničeho rovněž nevyplývá, že by Úřad svým výkladem přenesl odpovědnost za rozsah okruhu dodavatelů existujících v aktuálním tržním prostředí na zadavatele, jak tvrdí obviněný v rozkladu. Jak bylo výše uvedeno, pokud obviněný upřednostnil tento druh zadávacího řízení, byl také povinen před zvolením tohoto druhu zadávacího řízení důkladně posoudit a odůvodnit, že splňuje podmínky pro zadání veřejné zakázky v JŘBU. Jak bylo uvedeno v bodě 78. odůvodnění napadeného rozhodnutí, služby technické podpory Software Update License & Support k produktům společnosti Oracle Corporation poskytují na území České republiky i subjekty odlišné od vybraného uchazeče s tím, že veřejné zakázky, jejichž předmětem plnění je poskytování služby technické podpory Software Update License & Support k produktům Oracle Corporation, jsou zadavateli zadávány v otevřenějších typech zadávacího řízení. Předmětná argumentace obviněného tedy nemůže obstát, jelikož veřejnou zakázku bylo možné zadat v jiném druhu zadávacího řízení, než použil obviněný, který veřejnou zakázku zadal „přímo“ vybranému uchazeči.

K námitce retroaktivní argumentace Úřadu, jelikož v době zadání veřejné zakázky obviněný nemohl zohlednit postup jiného zadavatele

37. Obviněný zpochybňuje argumentaci Úřadu jinými veřejnými zakázkami zadanými jiným dodavatelům a uvádí, že Úřad v napadeném rozhodnutí neuvádí jedinou veřejnou zakázku, která by byla tímto způsobem realizována před zadáním šetřené veřejné zakázky a obviněný se tak s nimi nemohl seznámit před vydáním napadeného rozhodnutí. Z výše uvedeného tak obviněný dovozuje, že Úřad učinil retroaktivní argumentaci, jelikož v době zadání veřejné zakázky nemohl zohlednit postup jiného zadavatele, který byl realizován o tři roky později než předmětná veřejná zakázka.

38. K výše uvedené rozkladové argumentaci obviněného uvádím, že Úřad v bodě 76. odůvodnění napadeného rozhodnutí poukázal na jiné veřejné zakázky (zadávané jinými zadavateli než obviněným) za účelem „pouhé“ demonstrace skutečnosti, že obdobný předmět plnění jako v případě dané veřejné zakázky lze zadat v otevřenějších typech zadávacích řízení, než jak to učinil obviněný v šetřeném případě. Skutečnost, zda bylo zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku zahájeno o něco dříve či později než zadávací řízení na veřejné zakázky zmiňované Úřadem v bodě 76. odůvodnění napadeného rozhodnutí, tak nemá na posouzení šetřené věci žádný vliv. Ani tato námitka vznesená obviněným v rozkladu proto jako nedůvodná neobstojí.

K námitce nezákonnosti zahájení správního řízení, jelikož správní řízení bylo zahájeno na základě podnětu, u nějž nebyl uhrazen poplatek ve smyslu § 259 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů

39. K předmětné námitce zadavatele uvádím, že Úřad obdržel dne 16. 2. 2017 přípis od Policie České republiky, Krajské ředitelství policie hl. města Prahy (dále jako „**Policie ČR**“) ze dne

13. 2. 2017. Tento přípis nesl označení „předání poznatků“. Dle § 159a odst. 1 písm. a) zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**trestní řád**“) je možno, aby policejní orgán, případně dozorcující státní zástupce věc odložil, pokud sezná, že v daném případě nejde o podezření z trestného činu, a není na místě danou věc vyřídit jinak. Takovým vyřízením pak může být zejména i odevzdání věci příslušnému správnímu orgánu k projednání přestupku nebo jiného správního deliktu. Takovéto předání věci ovšem není podnětem ve smyslu § 259 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**ZZVZ**“) a není s ním tedy spojena poplatková povinnost dle výše uvedeného ustanovení ZZVZ.

40. Jelikož Úřad nabyt na základě výše uvedeného předání poznatku pochybnosti o tom, že by obviněný v tomto případě postupoval v souladu se zákonem, zahájil ve věci správní řízení. S ohledem na to, že v daném případě nešlo o podnět ve smyslu § 259 ZZVZ, není možné seznat, že by neuhrazení poplatku spojeného s podáním podnětu, vedlo k nezákonnosti postupu Úřadu. Povinnost uhradit poplatek ve smyslu § 259 odst. 1 ZZVZ ve vztahu k výše uvedenému předání poznatků totiž nevznikla. Uvedená námitka obviněného je tedy lichá a lze seznat, že Úřad postupoval v souladu se zákonem, když zahájil předmětné správní řízení.
41. Z výše uvedeného je tedy patrné, že k zahájení předmětného správního řízení došlo na základě předání poznatků Policie ČR, kdy takové předání poznatků nelze klasifikovat jako podání podnětu ve smyslu ZZVZ. Obviněným zmíněný veřejný rozhovor předsedy Úřadu tedy postrádá relevanci, jelikož se týká jiného institutu, než který je možno chápat jako popud k zahájení předmětného správního řízení. Totéž platí i pro vyjádření Úřadu, na které se odkazuje obviněný v rozkladu (konkrétně jde o vyjádření č. j. ÚOHS-D0529/2017/VZ-28598/2017/560/MKv a č. j. ÚOHS-D0124/2017/VZ-06036/2017/560/MKv).

K námitce nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí

42. Obviněný spatřuje v napadeném rozhodnutí vadu nepřezkoumatelnosti pramenící z toho, že se – dle názoru obviněného – Úřad dostatečně nevypořádal s jeho tvrzeními. Za nepřezkoumatelné rozhodnutí lze dle závěrů komentářové literatury označit takové správní rozhodnutí, ve kterém jsou obsaženy vady odůvodnění – ať už jde o nedostatek důvodů, nebo fakt, že skutkový stav, ze kterého správní orgán při vyhotovení rozhodnutí vycházel, je v rozporu s obsahem správního spisu, nebo v něm nemá oporu, případně vyžaduje rozsáhlé doplnění (pro srovnání Vedral, J.: Správní řád. Komentář. II. vydání, Praha: BOVA POLYGON, 2012, s. 612). Nepřezkoumatelné rozhodnutí je tedy takové rozhodnutí, ze kterého není patrné, jak bylo rozhodnuto, o čem bylo rozhodnuto, případně proč bylo rozhodnuto oním konkrétním způsobem (komentář k § 76 zákona č. 150/2012 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů: Blažek, T., Jirásek, J., Molek, P., Pospíšil, P., Sochorová, V., Šebek, P.: Soudní řád správní – online komentář. 3. Aktualizace, Praha: C. H. Beck, 2016). Úřad se ovšem s tvrzeními obviněného dostatečně a správně vypořádal například v bodě 81. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde poukázal na to, že obviněný technické důvody pro zadání veřejné zakázky v JŘBU uvedl pouze ve svém vyjádření předcházejícímu zahájení řízení o přestupku a následně ve vyjádření učiněném v průběhu vedeného řízení o přestupku ze dne 25. 9. 2017, ovšem tuto argumentaci nikterak dále nerozvedl a tvrzení obviněného tak neprokazují objektivně a nezávisle existenci důvodů, pro které je možno zadat veřejnou zakázku v JŘBU. Úřad na základě posouzení tvrzení

obviněného dospěl k závěru, že existence technických důvodů nebyla ze strany obviněného nikterak konkretizována a nelze tedy seznat, že by z jeho strany došlo k prokázání toho, že tyto důvody jsou skutečně přítomny. Obviněný tedy ve vyjádření (nad rámec důvodů ochrany výhradních práv, které byly uvedeny v dokumentaci o veřejné zakázce) zmínil rovněž technické důvody, avšak tyto technické důvody ve svém vyjádření blíže nekonkretizoval, přičemž nejsou uvedeny ani v dokumentaci o veřejné zakázce. Úřad v bodě 71. odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl k závěru, že jediným relevantním podkladem, kterým obviněný dokládá jím tvrzenou existenci důvodu ochrany výhradních práv dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, je „Prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o.“, v němž vybraný uchazeč deklaruje, že je jediným autorizovaným poskytovatelem-dodavatelem služeb technické podpory Software Update License & Support pro kompletní portfolio produktů Oracle na území České republiky. Zadavatel však před zahájením zadávacího řízení formou JŘBU nezdokumentoval, že by byl vybraný uchazeč skutečně objektivně jediným dodavatelem předmětu dané veřejné zakázky na trhu.

43. Na základě shora uvedeného mám za to, že Úřad zjistil skutkový stav, o kterém nejsou důvodné pochybnosti, a prokázal, že ze strany obviněného došlo ke spáchání přestupku tak, jak je popsán ve výroku I. napadeného rozhodnutí. Lze tedy seznat, že tato dílčí námitka obviněného není důvodná a napadené rozhodnutí je v tomto smyslu přezkoumatelné.
44. Nad rámec uvádím, že předmětná námitka obviněného opětovně směřuje proti tomu, že Úřad dovedl na straně obviněného existenci důkazního břemene. V tomto smyslu se plně odkazují na odůvodnění tohoto rozhodnutí.

K námitce neprovedení znaleckého posudku

45. S ohledem na již dříve citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015-80, ve kterém je mimo jiné uvedeno: „*Jestliže žalobce upřednostnil tuto formu veřejné zakázky, bylo jeho povinností prokázat, že jasnou a odůvodněnou vědomost o existenci důvodů pro JŘBU měl ještě před zadáním zakázky v JŘBU.*“, shledávám, že v daném případě je to obviněný, který měl **před** zahájením zadávání veřejné zakázky v JŘBU povinnost doložit objektivní existenci důvodů, pro které je možno zadat veřejnou zakázku v JŘBU. Dodávám rovněž, že se nejednalo o otázku, ke které by bylo třeba ze strany Úřadu znalecký posudek zpracovávat, navíc i dokazování bylo dostatečně provedeno a skutkový stav bez důvodných pochybností řádně zjištěn. Úřad tedy v tomto případě neměl povinnost provést důkaz znaleckým posudkem. Naopak, je to zadavatel, který se rozhodne zadat veřejnou zakázku postupem v JŘBU, kdo musí a priori zadání veřejné zakázky disponovat důkazem existence objektivních důvodů, pro které je možno zadat veřejnou zakázku v JŘBU. V té době totiž volil druh zadávacího řízení a již v té době měl mít postaveno na jisto, že postupuje v souladu se zákonem. Na tomto místě je možno poukázat taktéž na bod 27. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Pro výše uvedené lze označit uvedenou námitku obviněného za nedůvodnou.
46. S ohledem na již dříve citovaný rozsudek krajského soudu ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015-80, ve kterém je mimo jiné uvedeno: „*Jestliže žalobce upřednostnil tuto formu veřejné zakázky, bylo jeho povinností prokázat, že jasnou a odůvodněnou vědomost o existenci důvodů pro JŘBU měl ještě před zadáním zakázky v JŘBU.*“, je možno seznat, že v daném případě je to obviněný, který měl před zahájením zadávání veřejné zakázky

v JŘBU povinnost doložit objektivní existenci důvodů, pro které je možno zadat veřejnou zakázku v JŘBU. Mimo jiné i z důvodu, že proces dokazování v předmětném správním řízení lze označit za dostatečný (a to i s ohledem na to, že v daném případě dochází k alokaci důkazního břemene na obviněného), nebylo zapotřebí, aby Úřad vyhotovil znalecký posudek. Naopak, je to zadavatel, který se rozhodne zadat veřejnou zakázku postupem v JŘBU, kdo musí a priori zadání veřejné zakázky disponovat důkazem existence objektivních důvodů, pro které je možno zadat veřejnou zakázku v JŘBU. Na tomto místě je možno poukázat taktéž na bod 27. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Pro výše uvedené lze označit uvedenou námitku obviněného za nedůvodnou.

K námitce aplikovatelnosti judikatury v kontinentálním právním systému a nesprávnosti výkladu rozsudku NSS a rozsudků SDEU

47. Byť lze s obviněným souhlasit v tom smyslu, že Český právní řád patří do rodiny kontinentálních právních systémů a soudní rozhodnutí skutečně nejsou pramenem práva a nejsou nadány obecnou závazností, nelze judikatuře upřít velmi důležitou roli interpretačního nástroje platné právní úpravy. Je dlužno uvést, že Úřad v napadeném rozhodnutí a celkově ve své rozhodovací praxi s judikaturou nakládá právě takto – jako s interpretačním nástrojem pozitivního práva. Uvedená námitka obviněného tedy není důvodná.
48. S ohledem na to, že obviněný nikterak nespecifikuje, jak je rozsudek NSS ze dne 11. 1. 2013, sp. zn. 5 Afs 42/2012 v bodě 61. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřadem „účelově“ a „nesprávně“ vyložen, nelze se s touto námitkou pro její nekonkrétnost vypořádat.
49. Ve vztahu k námitce nesprávného výkladu rozsudků SDEU, s ohledem na to, že tyto nejsou vydávány v reakci na správní trestání prováděné správním orgánem, ale jsou vydávány ve sporu Komise Evropských společenství proti členskému státu, uvádím následující. Byť SDEU v uvedených rozsudcích prošetřuje jiné druhy řízení, neznamená to, že by v nich obsažené závěry nemohly být použitelné i v jiných druzích řízení, ať už soudních, nebo správních. Je nutno si uvědomit, že SDEU má pravomoc interpretovat unijní právní předpisy (včetně principů a zásad) a že zdroji této interpretace jsou všechna jeho rozhodnutí. Interpretační závěry obsažené v takových rozhodnutích SDEU je proto nutno aplikovat, aniž by muselo dojít ke shodě v předmětu řízení, či charakteru účastníků řízení mezi řízením před SDEU a řízením, ve kterém je rozhodnutí SDEU použito jako interpretační a argumentační prostředek. Námitka obviněného je tedy nedůvodná. Nad rámec lze opětovně odkázat na rozsudek krajského soudu ze dne 3. 10. 2013, č. j. 62 Af 48/2012-160, ve kterém je uvedeno: „Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění...“ Jak je tedy patrné, výše uvedenou možnost použití rozhodnutí SDEU jako zdroje interpretačních vodítek ve vztahu k unijním právním předpisům aprobují též tuzemské soudy.

K námitce nepoměrně vysoké pokuty

50. Dle obviněného byla v předmětné věci uložena pokuta nepoměrně vyšší, než tomu bylo v případech jím vyjmenovaných veřejných zakázek. Je nutno si uvědomit, že každý jeden případ je nutno posuzovat individuálně a nelze činit paušalizované závěry, v jaké výši má být pokuta uložena. Zákon dává Úřadu povinnost posoudit veškeré konkrétnosti spáchaného

přestupku a na základě následků přestupku a okolností doprovázejících jeho spáchání vyvodí následně vyšší uložené pokuty. Tento postup ukládá Úřadu § 121 odst. 2 zákona.

51. Z postupu Úřadu – konkrétně pak z bodů 111. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí – jsou patrné jeho dílčí úvahy, které vedly k uložení pokuty ve výši 121 000 Kč. Úřad nejprve správně zjistil maximální výši pokuty, kterou může uložit. Za přestupek ve smyslu § 120 odst. 2 písm. a) zákona lze uložit pokutu do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do výše 20 000 000 Kč. Podle smlouvy o dílo na předmět plnění veřejné zakázky je cena veřejné zakázky 4 875 024,67 vč. DPH, horní hranice pokuty je tedy 487 502,467 Kč.
52. Úřad dále posoudil závažnost spáchaného přestupku a v souladu s vlastní rozhodovací praxí dovodil, že úplné ignorování právních předpisů a kompletní vyloučení hospodářské soutěže je nutno považovat za jedno z nejzávažnějších porušení zákona. Úřad následně přistoupil k posouzení polehčujících a přitěžujících okolností. V bodě 117. odůvodnění napadeného rozhodnutí je Úřadem posouzena polehčující okolnost, která spočívá v tom, že od spáchání přestupku uplynuly v době vydání napadeného rozhodnutí více než 4 roky a vlivem časové prodlevy mezi spácháním přestupku a jeho potrestáním tak dochází k výraznému oslabení smyslu a účelu trestu. Z rozhodnutí není patrné, že by Úřad shledal existenci přitěžující okolnosti spáchání řešeného přestupku. Úřad dále posoudil to, zda je nyní řešený přestupek v souběhu s jinými přestupky obviněného a dospěl k závěru, že tomu tak je. S ohledem na to, že nemohl Úřad přistoupit k aplikaci zásady souhrnného trestu v celém jejím rozsahu – tedy zrušení předchozích rozhodnutí o vině a jejich nahrazení novým rozhodnutím, ve kterém dochází k vyjádření se ke všem dílčím přestupkům obviněného – přistoupil Úřad k aplikaci této zásady v rovině uložení trestu – tedy k aplikaci zásady absorpce ve vztahu k vyšší ukládané pokuty. Tento postup Úřadu je ve větším detailu popsán v bodech 121. až 123. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
53. Je na místě poukázat také na závěr Ústavního soudu obsažený v nálezu Ústavního soudu ze dne 9. 3. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 38/02, kde je uvedeno: *„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 dvěma osobám v různých situacích bude uložena pokuta v různé výši, byť by jediným rozdílem jejich situace měly být právě rozdílné majetkové poměry.“* Na základě výše uvedeného je tedy únosný právní názor, že i kdyby došlo ke spáchání dvou totožných přestupků různými pachateli, mohou se výše uložených pokut lišit s odkazem například na majetkové poměry jednotlivých pachatelů. Posouzení majetkových poměrů obviněného se Úřad věnoval v bodě 124. odůvodnění napadeného rozhodnutí, na základě čehož došel k závěru, že výše uložené pokuty nebude mít pro obviněného likvidační účinek.
54. Lze tedy seznat, že Úřad postupoval při výměře výše pokuty v souladu se zákonem, že zohlednil veškeré dílčí a relevantní okolnosti a na základě jejich posouzení dospěl k výsledné výši pokuty. Dále je možno konstatovat, že napadené rozhodnutí přehledně mapuje tyto dílčí úvahy Úřadu.
55. Nad rámec lze poukázat na rozhodnutí Úřadu, které nesou skutkové podobnosti s řešenou věcí. Ve všech dále zmíněných rozhodnutích bylo prošetřováno porušení zákona mající

obdobný následek ve vztahu k narušení hospodářské soutěže. V rozhodnutí Úřadu ze dne 29. 6. 2017, č. j. ÚOHS-S0186/2017/VZ-19607/2017/533/MBu uložil Úřad pokutu ve výši 200 000 Kč, což představuje cca 35 % z maximální možné výše pokuty. V rozhodnutí Úřadu ze dne 15. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0261/2017/VZ-23605/2017/511/LKi uložil Úřad pokutu ve výši 80 000 Kč, tedy ve výši cca 28,5% z maximální možné výše pokuty. Uvedená rozhodnutí Úřadu byla potvrzena předsedou Úřadu v řízeních o rozkladu. Jak je tedy patrné, Úřad ukládá pokuty i ve vyšších řádech procent, než jaké uvádí obviněný ve svém rozkladu. Je ovšem nutno opětovně akcentovat, že každý případ je nutno posuzovat individuálně. Uvedená námitka obviněného je tedy irelevantní k posuzované věci.

56. S ohledem na to, že právní úprava veřejných zakázek doznala v roce 2016 novelizaci ve formě zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, Úřad správně posoudil to, zda představuje nová právní úprava pro obviněného právní úpravu příznivější. Toto posouzení lze nalézt v bodě 86. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde je obsáhle vysvětleno, že novější zákon nepředstavuje pro obviněného příznivější právní úpravu.

Obecně k přezkoumání napadeného rozhodnutí

57. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem kromě věcné správnosti výroku I. a II. napadeného rozhodnutí přezkoumal i jeho zákonnost a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu v řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, když napadené rozhodnutí jsem shledal rovněž zákonným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě obviněný dopustil porušení zákona a zda toto porušení bylo způsobilé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro uložení sankce, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití. Úřad rovněž dostatečně a správně posoudil, zda nová právní úprava ZZVZ není pro obviněného, coby pachatele přestupku, příznivější.
58. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení obviněného, že napadené rozhodnutí je nesprávné z důvodu nesprávného posouzení věci a nezákonné z důvodu nepřezkoumatelnosti či nesprávné aplikace právních předpisů. Závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí považuji za správné, dostatečně odůvodněné, vnitřně logicky uspořádané, vycházející z řádně zjištěného skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a rovněž vycházející ze smyslu a účelu zákona.

VI. Závěr

59. 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 důvodu uváděných v rozkladu.
60. 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 – Ministerstvo financí, Letenská 525/15, 118 01 Praha 1

Vypraveno dne:

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