



UOHSX00AMHVG

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0356/2017/VZ-31319/2017/513/IHI

Brno: 25. října 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném dne 5. 9. 2017 z moci úřední, jehož účastníkem je

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

ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, obviněným při zadávání veřejné zakázky „Zajištění podpory a provozu IS ARES“ v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, zahájeném odesláním výzvy k jednání ze dne 17. 7. 2013, přičemž formulář Oznámení o zadání zakázky byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 12. 9. 2013 pod ev. č. 205553 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 9. 2013 pod ev. č. 2013/S 179-309586,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 – spáchal přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Zajištění podpory a provozu IS ARES“ v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, zahájeném odesláním výzvy k jednání ze dne 17. 7. 2013, přičemž formulář Oznámení o zadání

zakázky byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 12. 9. 2013 pod ev. č. 205553 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 9. 2013 pod ev. č. 2013/S 179-309586, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného 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) citovaného zákona, neboť neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč – Asseco Central Europe, a.s., IČO 27074358, se sídlem Budějovická 778/3a, Michle, 140 00 Praha 4 – přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 2. 9. 2013 s uvedeným vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku „Zajištění podpory a provozu IS ARES“.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ukládá

pokuta ve výši 50 000 Kč (padesát tisíc korun českých).

Pokuta je splatná **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení

1. Obviněný – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) – zahájil dne 17. 7. 2013 odesláním písemné výzvy k jednání z téhož dne (dále jen „výzva“) jednacím řízením bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“) za účelem zadání veřejné zakázky „Zajištění podpory a provozu IS ARES“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Výzva byla odeslána dodavateli Asseco Central Europe, a.s., IČO 27074358, se sídlem Budějovická 778/3a, Michle, 140 00 Praha 4 (dále též jen „vybraný uchazeč“).
3. Dne 2. 9. 2013 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky označenou jako Smlouva o dílo „Zajištění podpory a provozu IS ARES“ (dále též jen „Smlouva o dílo“). Oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 12. 9. 2013 pod ev. č. 205553 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 9. 2013 pod ev. č. 2013/S 179-309586.

II. Postup Úřadu před zahájením správního řízení

4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) vyzval dne 1. 3. 2017 zadavatele k zaslání dokumentace o veřejné zakázce a k předložení písemného vyjádření k použití jednacím řízením bez uveřejnění (dále též jen „JŘBU“) při zadávání veřejné zakázky.

5. Zadavatel dokumentaci o veřejné zakázce a své vyjádření zaslal dne 13. 3. 2017. Stanovisko zadavatele k důvodům použití JŘBU bylo na základě žádostí Úřadu zadavatelem doplněno v dopisech ze dne 21. 6. a 10. 7. 2017 (podrobněji viz dále).
6. Úřad získal na základě dokumentů zaslaných zadavatelem a z vlastního šetření pochybnosti o zákonnosti postupu obviněného při zadávání veřejné zakázky, a to, zda se obviněný nedopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a obviněný již uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
7. Z výše uvedených důvodů Úřad zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S0356/2017/VZ ve věci podezření ze spáchání přestupku obviněným podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

III. Průběh správního řízení

8. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona obviněný.
9. Zahájení správního řízení o přestupku oznámil Úřad obviněnému dopisem č. j. ÚOHS-S0356/2017/VZ-25813/2017/513/IHI ze dne 5. 9. 2017, v němž seznámil obviněného se skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí.
10. Správní řízení bylo zahájeno 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“), dne 5. 9. 2017, kdy bylo oznámení o zahájení řízení o přestupku doručeno obviněnému.
11. Usnesením č. j. ÚOHS-0356/2017/VZ-25977/2017/513/IHI ze dne 7. 9. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko. Obviněný své vyjádření zaslal Úřadu dopisem ze dne 12. 9. 2017 (podrobněji viz dále).
12. Usnesením č. j. ÚOHS-0356/2017/VZ-28650/2017/513/IHI ze dne 4. 10. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
13. Na základě žádosti obviněného umožnil Úřad dne 5. 10. 2017 zástupci obviněného, Mgr. Danielu Jiráskovi, nahlédnutí do správního spisu a pořízení kopií.
14. Obviněný se k podkladům rozhodnutí vyjádřil dopisem ze dne 10. 10. 2017 (podrobněji viz dále).

IV. Argumentace obviněného

15. Obviněný se ke svému postupu při zadávání veřejné zakázky v průběhu šetření vyjadřoval v několika dopisech, na něž odkázal v následně zahájeném řízení o přestupku. V těchto stanoviscích uvedl obviněný následující.

Vyjádření obviněného ze dne 13. 3. 2017

16. Obviněný v úvodu podání žádá o sdělení, zda byl ze strany podatele podnětu uhrazen poplatek ve výši 10 000 Kč podle § 259 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“). K šetřené veřejné zakázce pak

zadavatel poukázal na historii jejího zadávání. Již v roce 1992 byla realizována obchodní soutěž na projektanta a provozovatele IS ARES (ARES = administrativní registr ekonomických subjektů) a smluvní vztah byl uzavřen v roce 1993 (tj. před účinností zákona č. 199/1994 Sb.). Ochranná známka ARES byla Úřadem průmyslového vlastnictví zapsána dne 26. 1. 2004. V současné době je provozovatelem a správcem informačního systému ARES ministerstvo financí a dodavatelem softwarového řešení je vybraný uchazeč. Obviněný dále obecně k informačním systémům poznamenává, že dodavatelé těchto systémů zpracovávali rozsáhlé počítačové programy, jež jsou jejich autorskými díly. Zadavatel pak nemá oprávnění k užití zdrojových kódů, tudíž nemůže sám zasahovat do informačních systémů ve smyslu jejich rozšíření nebo změn. Obviněný tedy řešil vzniklé situace pokračováním ve spolupráci s původním dodavatelem, jemuž byla dodatečná veřejná zakázka zadána, neboť jinak by musel vyhlásit novou veřejnou zakázku na nový systém. Použití JŘBU je podle obviněného v takových případech obhajitelným postupem, pokud je prokázána formální přípustnost JŘBU podle zákona a doložena hospodárnost tohoto postupu oproti poptávání nově vytvořeného systému na základě samostatné veřejné zakázky. Obviněný zdůrazňuje, že přechod na jiný systém by znamenal vynaložení značných nákladů. Na významu tak nabývají zásady hospodárnosti, účelného nakládání s veřejnými prostředky a zajištění hospodářské soutěže.

Vyjádření obviněného ze dne 21. 6. 2017

17. V tomto stanovisku zadavatel zdůraznil, že dne 22. 6. 2011 byla uzavřena mezi zadavatelem a dodavatelem IS ARES smlouva č. j. 332/069/2011, na základě které zadavatel získal oprávnění upravovat IS ARES prostřednictvím třetích osob. Jednalo se o čl. XI., body 8 a 9 smlouvy tohoto znění:

„8. Předmětem plnění podle této Smlouvy je počítačový program, zdrojové kódy a dokumentace podle zákona č. 365/2000 Sb. (dále jen „Licencované materiály“), platí pro jejich užití následující ustanovení tohoto článku.

9. V případě Licencovaných materiálů poskytuje Zhotovitel Objednateli k užití takových produktů nevýhradní licenci. Objednatel je oprávněn tyto Licencované materiály upravovat, a to případně i prostřednictvím třetích osob.“

18. Zadavatel dále v textu podává souhrn realizovaných zadávacích řízení v oblasti podpory a provozu IS ARES v následujícím období (tj. po uzavření výše uvedené smlouvy).
19. Zadavatel uvedl, že dne 25. 10. 2012 ve Věstníku veřejných zakázek uveřejnil oznámení otevřeného řízení na veřejnou zakázku „Zajištění a podpora provozu IS ARES na dobu 60 měsíců“. Zadavatelé byly doručeny 2 nabídky. Uchazeč ICZ a.s., IČO 25145444, se sídlem Na Hřebenech II 1718/10, 140 00 Praha 4 – Nusle (dále jen „ICZ a.s.“) byl z důvodu nesplnění zadávacích podmínek vyloučen. Dále uvedl, že byl povinen podle § 84 odst. 1 písm. e) zákona v tehdy účinném znění zadávací řízení zrušit, protože k hodnocení zbyla jedna nabídka. Následně zadavatel realizoval JŘBU pro zajištění fungování IS ARES po přechodnou dobu, než bude v otevřeném řízení vybrán dodavatel na delší období. Proto zadavatel dne 27. 3. 2013 odeslal výzvu k jednání v JŘBU dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona vybranému uchazeči na veřejnou zakázku „Zajištění a podpora provozu IS ARES na dobu 5 měsíců“ s dobou plnění od 1. 2. 2013 do 30. 6. 2013.

20. Následovalo otevřené řízení „Zajištění a podpora provozu IS ARES na dobu 60 měsíců“ uveřejněné ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 4. 2013. Zadavateli byla opět doručena pouze jedna nabídka, proto zadávací řízení zrušil podle § 84 odst. 1 písm. e) zákona.
21. Poté byl zadavatel dle svého vyjádření nucen opětovně realizovat JŘBU pro zajištění fungování IS ARES po přechodnou dobu. (Pozn. Úřadu: Jde o zadávací řízení zkoumané v tomto řízení o přestupku.) Materiál o přípravě nadlimitní veřejné zakázky „Zajištění a podpora provozu IS ARES“ v JŘBU byl předložen vládě pro informaci; vláda dne 26. 6. 2013 vzala informaci na vědomí. Dne 17. 7. 2013 byla odeslána výzva k jednání v JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona vybranému uchazeči a dne 2. 9. 2013 byla s tímto dodavatelem uzavřena smlouva. Na základě jednání v JŘBU byla dosud hrazená cena za podporu snížena o 25 %. Oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 12. 9. 2013.
22. Další otevřené řízení na veřejnou zakázku „Zajištění rozvoje, podpory a provozu IS ARES“ proběhlo dle zadavatele v roce 2014. Opět byla dle zadavatele doručena pouze jedna nabídka a zadavatel opětovně zadávací řízení zrušil.
23. V roce 2014 bylo vyhlášeno další otevřené řízení na veřejnou zakázku „Zajištění rozvoje, podpory a provozu IS ARES II“. Zadavateli byla doručena jedna nabídka od vybraného uchazeče. V dané době dle zadavatele „*povinné zrušení již neplatilo v případě, kdy zadavatel zrušil předchozí zadávací řízení s obdobným předmětem podle § 84 odst. 1 písm. e) zákona.*“ Zadavatel proto s vybraným dodavatelem uzavřel smlouvu.
24. Zadavatel výše uvedenými skutečnostmi dokládá, že opakovaně využil veškeré možnosti k zadání veřejné zakázky v otevřeném řízení. Zadavatel je toho názoru, že nemůže nést odpovědnost za to, že zákonodárce přidal do národní úpravy veřejných zakázek pravidlo, které znemožňovalo zadání veřejné zakázky, pokud zadavatel obdržel jednu nabídku. Nyní zadavatel připravuje realizaci otevřeného zadávacího řízení na období 2018 až 2021.

Vyjádření obviněného ze dne 10. 7. 2017

25. Na žádost Úřadu o specifikování technických důvodů pro použití JŘBU zadavatel v dopise ze dne 10. 7. 2017 sdělil, že JŘBU navazovalo na předchozí otevřené řízení, které bylo zrušeno z důvodu podání jedné nabídky. Zadavatel zdůraznil, že zadavatel nemá vlastní pracovníky pro servis a vývoj IS ARES a že existoval jediný dodavatel schopný realizovat předmět plnění.
26. Zadavatel uvedl, že vždy nejprve usiloval o otevřenou soutěž. Šetřená veřejná zakázka byla zadána na přechodnou dobu 12 měsíců do doby ukončení opakovaného otevřeného zadávacího řízení.
27. Podle vyjádření zadavatele by plnění od jiného zájemce vyvolalo výrazně vyšší finanční náklady či značné riziko nefunkčnosti již pořízeného majetku. K zajištění provozu IS ARES je třeba 9 inženýrů, doba pro zaškolení nového týmu by byla nejméně 6 měsíců. IS ARES zpracovává data z 16 zdrojových a ostatních rejstříků a 8 základních databází, navíc od května 2013 došlo ke změnám ve struktuře databáze registru ekonomických subjektů. V šetřeném JŘBU šlo o krátkodobé plnění na 12 měsíců, přičemž jen doba zaškolení nového dodavatele by činila 6 měsíců.
28. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že ve vypsáních otevřených řízeních byla znovu podána jen jedna nabídka, a to vybraným uchazečem, tudíž tato společnost byla dle zadavatele

dlouhodobě jediným subjektem s faktickou schopností provést dílo. Konkurenční společnosti si byly vědomy neschopnosti nabídnout ekonomicky přijatelné řešení, tedy faktické konkurenční výhody předchozího dodavatele, jež zajišťuje provoz IS ARES již od r. 1992.

29. Zadavatel tak podle svého právního názoru realizoval JŘBU ve zcela výjimečném případě předvídaném platnou právní úpravou i rozhodovací praxí. Zadavatel má za to, že veřejnou zakázku mohl realizovat pouze jeden dodavatel, přičemž nebyla k dispozici jiná alternativa či náhradní řešení.

Vyjádření obviněného ze dne 12. 9. 2017 k předmětu řízení

30. Jde o stanovisko obviněného poskytnuté ve správním řízení na základě usnesení Úřadu ze dne 7. 9. 2017. V úvodu svého stanoviska zadavatel poukazuje na podaný podnět s žádostí o prověření postupu zadavatele v této veřejné zakázce s tím, že Úřad byl povinen od toho, kdo podnět podal, vybrat nejpozději k okamžiku podání podnětu poplatek ve výši 10 000 Kč; v opačném případě se neměl podnětem zabývat (§ 259 odst. 1 ZZVZ). Lze mít důvodně za to, že poplatek spolu s podnětem zaplacen nebyl, nicméně Úřad se podaným podnětem i přesto zabýval a na jeho základě zahájil řízení o přestupku. Zadavatel se proto domnívá, že Úřad postupuje nezákonně.
31. Obviněný dále ve svém vyjádření ze dne 12. 9. 2017 navrhuje ustanovit znalce, jež by měl posoudit otázku, zda byly z věcného pohledu podmínky pro použití JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona u předmětné veřejné zakázky splněny či nikoliv. Obviněný je přesvědčen, že jde o důkaz, který je potřebný ke zjištění stavu věci ve smyslu § 52 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). Pokud by znalec nebyl ustanoven, obviněný bude takový postup vnímat jako porušení zásady uvedené v § 2 odst. 4 správního řádu.
32. K samotnému naplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v JŘBU obviněný odkazuje na svá předchozí vyjádření (před zahájením řízení o přestupku).
33. Obviněný dále připomíná, že postupoval v souladu s platnou legislativou (novela zákona č. 55/2012 Sb.), kdy musel zadávací řízení zrušit, pokud obdržel pouze jednu nabídku. Pokud by nebylo zajištěno zpracování dat z 16 zdrojových a ostatních rejstříků v 8 základních databázích a změnu struktury dat, tak by zadavatel nemohl zajistit plnění povinností a činností pro výkon vyhledávacích, kontrolních, pátracích a analytických činností v neveřejné části IS ARES. Zadavatel tedy postupoval tak, aby zajistil přístup k aktuálním datům všem relevantním subjektům a nemusel z technických důvodů IS ARES vypnout.

Vyjádření obviněného ze dne 10. 10. 2017 k podkladům rozhodnutí

34. Ve vyjádření k podkladům rozhodnutí obviněný opětovně vyslovuje pochybnosti o zákonnosti postupu Úřadu, když prověřuje postup obviněného na základě obdrženého podnětu. Úřad je dle obviněného povinen za podání podnětu vybrat poplatek 10 000 Kč, jinak se podnětem nemá zabývat. Součástí spisu k řízení o přestupku přitom není žádný doklad prokazující zaplacení tohoto poplatku. Obviněný má za to, že poplatek za podnět zaplacen nebyl, přesto se Úřad podaným podnětem zabýval a na základě něho pak zahájil řízení o přestupku. Proti tomuto postupu Úřadu se obviněný ohrazuje, neboť Úřad získal dokumentaci k veřejné zakázce nezákonným vyřizováním podaného podnětu.

35. Obviněný v dalším textu vyjádření znovu navrhuje ustanovení znalce, který by měl posoudit, zda byly z věcného pohledu podmínky pro použití JŘBU splněny či nikoliv. Obviněný je přesvědčen, že se jedná o důkaz potřebný ke zjištění stavu věci podle § 52 správního řádu, přičemž odkazuje na správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. S0453, 0658/2016, ve kterém Úřad v obdobné věci znalce ustanovil. Obviněný je toho názoru, že i v projednávaném případě se jedná o posouzení technické otázky, kterou není Úřad schopen posoudit samostatně.
36. V závěru svého vyjádření obviněný uvádí, že Úřad nemůže dovozovat důkazní břemeno na straně zadavatele, stejně tak pro zadavatele nevyplývá povinnost zpracovat si znalecké posudky. Obviněný se dále ohrazuje proti stanovení nepřiměřeně krátké lhůty pro vyjádření k podkladům rozhodnutí v délce pouhých sedmi kalendářních dnů, kdy Úřad navíc odmítl žádost o prodloužení lhůty, ačkoli si musí být vědom, že s obviněným vede více řízení a zahrnuje jej řadou obdobných usnesení.

V. Závěry Úřadu

37. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření obviněného a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se obviněný při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, za což mu byla uložena pokuta podle výroku II. rozhodnutí. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

38. Podle § 2 odst. 1 zákona za zadavatele veřejné zakázky se pro účely zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
39. Z ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) zákona plyne, že veřejným zadavatelem je mimo jiné Česká republika, resp. podle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, i její organizační složky.
40. Ministerstvo financí je ústředním orgánem státní správy, jehož působnost je vymezena v § 4 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů. Ministerstvo financí je tedy organizační složkou státu ve smyslu § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, přičemž podle § 3 odst. 2 citovaného zákona organizační složka není právnickou osobou a její jednání je při výkonu její působnosti nebo výkonu předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů jednáním státu.
41. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že Ministerstvo financí je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) zákona, tudíž se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách, a to ustanovení dopadající na veřejného zadavatele.

Relevantní ustanovení zákona

42. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

43. Zákon v § 21 odst. 1 upravuje tyto druhy zadávacích řízení:
- a) otevřené řízení (§ 27),
 - b) užší řízení (§ 28),
 - c) jednací řízení s uveřejněním (§ 29),
 - d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34),
 - e) soutěžní dialog (§ 35),
 - f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38).
44. Podle § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.
45. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
46. Podle § 26 odst. 1 písm. b) zákona zadavatel zahajuje zadávací řízení odesláním výzvy o zahájení zadávacího řízení.
47. Podle § 26 odst. 2 písm. a) zákona se za výzvu o zahájení zadávacího řízení pro účely tohoto zákona považuje písemná výzva k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění.
48. Podle § 34 odst. 1 zákona v písemné výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění oznamuje zadavatel zájemci nebo omezenému počtu zájemců svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení.
49. Podle § 84 odst. 1 písm. e) zákona ve znění účinném ke dni 17. 7. 2013 (zahájení zadávacího řízení) zadavatel zruší bez zbytečného odkladu zadávací řízení, pokud obdržel pouze jednu nabídku nebo po posouzení nabídek zbyla k hodnocení pouze jedna nabídka; to neplatí v případech uvedených v § 71 odst. 7 větě druhé.
50. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
51. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
52. Jak vyplývá z ustanovení § 112 odst. 1 zákona o přestupcích, na přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona hledí jako na přestupky podle tohoto zákona. Odpovědnost za přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, se posoudí podle dosavadních zákonů, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona; podle tohoto zákona se posoudí jen tehdy, jestliže to je pro pachatele příznivější.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o veřejné zakázce

53. Zadavatel výzvou ze dne 17. 7. 2013 (dále jen „výzva“) vyzval k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění podle s § 23 odst. 4 písm. a) zákona vybraného uchazeče. Zadavatel zamýšlel v tomto zadávacím řízení zadat veřejnou zakázku „Zajištění podpory a provozu IS ARES“. Lhůta pro doručení nabídky byla stanovena do 31. 7. 2013.
54. Podle čl. I výzvy předmětem veřejné zakázky bylo zajištění podpory a provozu IS ARES (administrativní registr ekonomických subjektů). Předmětem plnění podle specifikace uvedené v čl. I. je:
- „1. Podpora datové aktualizace IS ARES.
2. Podpora provozu webové prezentace IS ARES ve veřejné i neveřejné části.
3. Správa, podpora a údržba aplikací tvořících systém ARES.
4. Podpora provozních pracovníků objednatele a řešení chybových stavů.
5. Nepřetržitě zajištění podpory, nepřetržitá hot-line.
6. Poloprovozní a experimentální zpracování v rámci vývoje ARES.
7. Přechody mezi platformami, reinstalace při výměnách HW.
8. Změny aplikací na základě změn ve zdrojích dat.
9. Nezbytné úpravy funkcionality z důvodu změny datových struktur RES v roce 2013.
10. Podpora zálohování a archivace.“*
55. Podle dokumentu Odůvodnění veřejné zakázky ze dne 17. 7. 2013 veřejná zakázka navazuje na otevřené řízení „Zajištění a podpora provozu IS ARES na dobu 60 měsíců“, které bylo zadavatelem dne 28. 5. 2013 zrušeno podle § 84 odst. 1 písm. e) zákona. Dále se v tomto dokumentu uvádí, že: *„Stávající smlouva na zajištění podpory a provozu IS ARES MF č. 3302/028/2013 ze dne 30. dubna 2013 s firmou Asseco CE je uzavřena na dobu určitou do 30. června 2013. Pro zajištění bezproblémového provozu IS ARES je nutné do doby ukončení opakovaného otevřeného zadávacího řízení uzavřít smlouvu se stávajícím dodavatelem IS ARES na dobu 12 měsíců. ... Návrh vychází z technických důvodů, protože plnění od jiného zájemce by vyvolalo výrazně vyšší finanční náklady, značné riziko nefunkčnosti již pořízeného majetku a nedodržení plánovaného časového rozvoje, požadované aktualizace i údržby tohoto majetku.“* Listina obsahuje rovněž informaci, že ministrem financí byl vládě předložen materiál o přípravě této veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění pro informaci a vláda na 24. schůzi konané dne 26. 6. 2013 uvedený materiál vzala na vědomí.
56. Podle dokumentu Záznam o průběhu a výsledku jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 5. 8. 2013 byla nabídka osloveného dodavatele doručena 31. 7. 2013, nabídková cena činila 6 534 000 Kč vč. DPH a 5 400 000 Kč bez DPH. Zadavatel rozhodl o přidělení veřejné zakázky vybranému uchazeči dne 7. 8. 2013.
57. Podle Písemné zprávy zadavatele ze dne 9. 9. 2013 se vybraným uchazečem stala spol. Asseco Central Europe, a.s., s nabídkovou cenou 5 400 000 Kč bez DPH. Písemná zpráva zadavatele v čl. IV. jako důvod pro použití jednacím řízení bez uveřejnění uvádí, že dne 7. 1. 2013 bylo zadavatelem podle § 84 odst. 1 písm. e) zákona zrušeno otevřené řízení na veřejnou zakázku „Zajištění a podpora provozu IS ARES na dobu 60 měsíců“, neboť byla podána pouze jediná nabídka, a proto nedošlo k jejímu otevření a hodnocení. V Písemné zprávě se uvádí, že z toho důvodu bylo již podruhé zrušeno otevřené zadávací řízení. Pro

zajištění bezproblémového provozu IS ARES je tedy nutné do doby ukončení otevřeného zadávacího řízení uzavřít smlouvu se stávajícím dodavatelem IS ARES na dobu do 30. 6. 2014. Dále se v Písemné zprávě konstatuje, že *„Zadání veřejné zakázky jediné firmě – Asseco Central Europe, a.s. může být splněno z technických důvodů, protože plnění jiným dodavatelem by vyvolalo výrazně vyšší finanční náklady a značné riziko nefunkčnosti již pořízeného majetku.“*

58. Smlouva o dílo na zajištění a podporu provozu IS ARES byla uzavřena mezi zadavatelem a vybraným uchazečem dne 2. 9. 2013. Doba plnění podle čl. IV. smlouvy byla stanovena od podpisu smlouvy do 30. 6. 2014. Cena díla dle čl. V. smlouvy činila 6 534 000 Kč vč. DPH a 5 400 000 Kč bez DPH.
59. Podle Oznámení o zadání zakázky uveřejněného dne 12. 9. 2013 ve Věstníku veřejných zakázek a podobně i podle Oznámení o zadání zakázky uveřejněného dne 14. 9. 2013 v Úředním věstníku Evropské unie bylo důvodem pro použití vyjednávacího řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v Úředním věstníku Evropské unie to, že *„stavební práce/dodávky/služby mohou být poskytovány pouze konkrétním dodavatelem z důvodů, které jsou: technické.“*
60. Výzvě časově předcházel interní dokument zadavatele, tzv. referátník, v němž zadavatel jako zdůvodnění návrhu zadat veřejnou zakázku dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona uvedl: *„Návrh vychází z technických důvodů, protože plnění od jiného zájemce by vyvolalo výrazně vyšší finanční náklady, značné riziko nefunkčnosti již pořízeného majetku a nedodržení plánovaného časového rozvoje, požadované aktualizace i údržby tohoto majetku.“*
61. Pokud jde o jednání vlády dne 26. 6. 2013, jehož se zadavatel dovolává, ze záznamu z této schůze vlády vyplývá, že ministr financí předložil informaci pro vládu o přípravě nadlimitní veřejné zakázky „Zajištění a podpora provozu IS ARES“ v jednacím řízení bez uveřejnění. Žádný závěr či stanovisko k této podané informaci není v záznamu uvedeno.

Předchozí otevřená řízení týkající se IS ARES

62. Zadavatel má od r. 2011 oprávnění upravovat IS ARES sám nebo prostřednictvím třetích osob na základě smlouvy č. j. 332/069/2011 uzavřené s vybraným uchazečem – viz výše. Úřad dále zjistil, že zadavatel se po uzavření této smlouvy opakovaně snažil zadat veřejnou zakázku na provoz IS ARES v otevřeném řízení. Nejprve se tak stalo dne 25. 10. 2012, kdy zadavatel ve Věstníku veřejných zakázek uveřejnil oznámení o zahájení otevřeného řízení na veřejnou zakázku „Zajištění a podpora provozu IS ARES na dobu 60 měsíců“. V tomto otevřeném řízení byly zadavateli doručeny dvě nabídky, a to od vybraného uchazeče a od spol. ICZ a.s. Jak uvedl zadavatel (a Úřad ověřil z dokumentace, jež je obsahem správního spisu) uchazeč ICZ a.s. však byl ze zadávacího řízení vyloučen z důvodu nesplnění zadávacích podmínek (viz výše), tudíž zadavatel byl povinen v souladu s § 84 odst. 1 písm. e) zákona toto otevřené řízení zrušit, neboť k hodnocení zbyla jedna nabídka. Oznámení o zrušení zadávacího řízení z uvedeného důvodu bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 8. 1. 2013 (odesláno 7. 1. 2013). V čl. 6.5) tohoto oznámení je jako důvod zrušení uvedeno, že po vyloučení uchazeče ICZ a.s. ze zadávacího řízení zůstala jen nabídka uchazeče Asseco Central Europe, a.s., tudíž zadavatel zrušil zadávací řízení v souladu s § 84 odst. 1 písm. e) zákona, neboť po posouzení nabídek zbyla k hodnocení pouze jedna nabídka. Další otevřené zadávací řízení následovalo v dubnu 2013, kdy zadavatel ve Věstníku veřejných zakázek

uveřejnil dne 5. 4. 2013 oznámení o zahájení otevřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Zajištění a podpora provozu IS ARES na dobu 60 měsíců“. I toto zadávací řízení bylo zrušeno z důvodu doručení pouze jedné nabídky podle § 84 odst. 1 písm. e) zákona; oznámení o zrušení zakázky bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 28. 5. 2013 a uveřejněno dne 31. 5. 2013. V čl. 6.5 tohoto oznámení je jako důvod zrušení uvedeno, že dne 27. 5. 2013 se uskutečnilo otevírání obálek s nabídkami a dodavatelem byla předložena jedna nabídka, zadavatel tedy zrušil zadávací řízení v souladu s § 84 odst. 1 písm. e) zákona, protože obdržel pouze jednu nabídku. Teprve poté zadavatel přistoupil k poptání služeb požadovaných k zajišťování provozu IS ARES v nyní zkoumaném JŘBU. Zadavatel sdělil, že musí provoz IS ARES zajišťovat, sám přitom odborné pracovníky pro správu IS ARES nemá, tudíž správu tohoto systému musí zajistit dodavatelsky.

K výroku I. rozhodnutí

63. V projednávaném případě obviněný zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Podle citovaného ustanovení je zadavatel oprávněn použít jednacím řízení bez uveřejnění v případě, kdy příslušná veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů, z uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
64. Zadavatel se v dokumentech týkajících se zkoumané veřejné zakázky uvedených shora odvolává na technické důvody pro použití JŘBU (viz postupně tzv. referátník, Odůvodnění veřejné zakázky, Písemná zpráva zadavatele, Oznámení o zadání zakázky). Jako další důvod pro využití JŘBU zadavatel zmiňuje vyšší finanční náklady, jež by plnění od jiného dodavatele vyvolalo (viz dokumenty Odůvodnění veřejné zakázky, Písemná zpráva zadavatele, referátník). V těchto listinách zadavatel rovněž zdůrazňuje, že se podvkrát snažil zadat veřejnou zakázku v otevřeném zadávacím řízení a podvkrát ji byl nucen zrušit s ohledem na znění § 84 odst. 1 písm. e) zákona. Zadání zakázky v JŘBU vnímá jako přechodné řešení na dobu 12 měsíců, a to do doby ukončení opakovaného otevřeného řízení (viz dokumenty Odůvodnění veřejné zakázky, Písemná zpráva zadavatele, referátník).
65. Úřad obecně uvádí, že jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je výjimečný způsob zadání veřejné zakázky, kdy je zakázka sice zadávána v režimu podle zákona, ale vzhledem k povaze tohoto řízení je hospodářská soutěž vyloučena a chybí tak ten aspekt zadávacího řízení, který má zajistit ekonomickou výhodnost pořízení předmětu plnění veřejné zakázky a rovněž omezit jakékoli nezákonné či korupční jednání. Současně je tento druh zadávacího řízení postupem podle zákona nejméně formalizovaným a kontrolovatelným.
66. Jednacím řízení bez uveřejnění by tedy mělo být skutečně krajním řešením tam, kde není jinak možné zajistit plnění požadované zadavatelem. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění lze uskutečnit pouze v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není, resp. by nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, typicky v otevřeném řízení. V totožném duchu se vyjádřil v rozsudku ze dne 11. 1. 2013 sp. zn. 5 Afs 42/2012 i Nejvyšší správní soud, když uvedl, že zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je „možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěží o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by

tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 zákona.“ Otázku splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je proto v souladu s ustálenou soudně rozhodovací praxí nutné posuzovat restriktivně, což vyplývá např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 20. 11. 2012 nebo z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015.

67. Jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze z technických důvodů využít pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele, kdy tato neexistence stojí na objektivních základech a není důsledkem vlastní činnosti zadavatele (spočívající např. v předchozím uzavření smluv či nezajištění nezbytných práv). Úřad konstatuje, že zadavatel musí při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky (na základě které pořizuje určité plnění) posoudit potřebu budoucích (navazujících) plnění a v případě zjištění takové potřeby uzavřít smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli a umožní realizovat tato předpokládaná navazující plnění bez využití jednacím řízení bez uveřejnění, např. tedy umožní plnění zadat v otevřenějších druzích zadávacích řízení. V opačném případě by totiž zadavatel byl s budoucím užitím jednacím řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky (a takové jednací řízení bez uveřejnění by pak bylo logicky nezákonné).
68. V daném případě zadavatel v roce 2011 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu, jež mu umožňuje upravovat IS ARES prostřednictvím třetích osob, tedy mu umožňuje veřejnou zakázku na provoz a podporu IS ARES zadávat v otevřeném zadávacím řízení.
69. Úřad akcentuje, že pouze zadavatel rozhoduje o použití příslušného druhu zadávacího řízení, a tedy logicky nese odpovědnost za zvolený způsob zadání veřejné zakázky. Z dokumentace o veřejné zakázce jednoznačně vyplynulo, že obviněný zvolil způsob zadání veřejné zakázky formou jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona z technických důvodů. Úřad se proto zabýval posouzením naplnění formální stránky jednacím řízení bez uveřejnění, tj. posouzením, zda byly skutečně dány objektivní technické důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení a zda je zadavatel tyto technické důvody schopen prokázat.
70. Úřad uvádí, že aplikace ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. Je na obviněném, aby v rámci případného přezkumu jeho postupu ze strany Úřadu prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. Pouze tak může obviněný naplnit požadavek na přezkoumatelnost svého postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti stanovené v § 6 odst. 1 zákona (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 5. 2007 ve věci sp. zn. 31 Ca 166/2005 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, sp. zn. 5 Afs 131/2007).
71. Prokázání důvodů použití jednacím řízení bez uveřejnění je pak plně na obviněném, který by měl být schopen objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení doložit již před zahájením zadávacího řízení (k tomu srov. např. závěry vyplývající z rozsudků Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 3. 1987, C-199/85 Komise Evropských společenství proti Italské republice, či z rozsudku ze dne 28. 3. 1996, C-318/94 Komise Evropských společenství proti Spolkové republice Německo), a tyto důvody by měly trvat po celou dobu trvání jednání s dodavateli. V této souvislosti je rovněž možné odkázat na rozsudek Soudního dvora

Evropské unie ve věci C385/02 ze dne 14. 9. 2004, v němž Soudní dvůr konstatoval, že ustanovení o možném použití jednacího řízení bez uveřejnění „*musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává [...]*“ (viz články č. 19 a č. 20 rozsudku). Z této premisy dále vychází i konstantní tuzemská judikatura, ze které je možno odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3. 10. 2013, kde soud k použití jednacího řízení bez uveřejnění judikoval, že „*použití jednacího řízení bez uveřejnění [je] jednou z výjimek z jinak povinného použití ‚otevřenějších‘ zadávacích řízení – zásadně řízení otevřeného podle § 21 odst. 1 písm. a) ZVZ... 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 Soudního dvora ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02 (Komise proti Itálii). 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).** [...] Potřebou restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění není tedy třeba se dále podrobněji zabývat; toto obecné východisko žalovaného je oprávněné.“ (pozn. – zvýraznění textu provedeno Úřadem). V této souvislosti Úřad dále odkazuje na rozsudky Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015 a sp. zn. 62 Af 93/2015 ze dne 1. 6. 2017 a též na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, ve kterém soud mj. uvedl, že „*smyslem daného řízení bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění*“. Pojmem „dané řízení“ se v citovaném rozhodnutí Nejvyššího správního soudu rozumí správní řízení vedené před Úřadem, jehož předmětem bylo posouzení oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, a z uvedené citace tedy jasně vyplývá, že úkolem Úřadu ve správním řízení je posoudit, zda zadavatel naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění prokázal.*

72. Nejvyšší soud se dále k použití jednacího řízení bez uveřejnění vyjádřil v rozsudku ze dne 28. 6. 2017 sp. zn. 31 Af 35/2015, kdy uvádí „*jestliže žalobce upřednostnil tuto formu veřejné zakázky, bylo jeho povinností prokázat, že jasnou a odůvodněnou vědomost o existenci důvodu pro JŘBU měl ještě před zadáním zakázky v JŘBU.*“ Je tedy zřejmé, že je to právě zadavatel, kdo musí doložit, že jednací řízení bez uveřejnění bylo v okamžiku zadávání veřejné zakázky jedinou možnou variantou a že předmět takto zadané zakázky nemohl být zadán v jiném druhu zadávacího řízení, který je oproti jednacímu řízení bez uveřejnění z podstaty transparentnější. Důkazní břemeno leží na tom, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších a transparentnějších druhů zadávacích řízení, tj. na zadavateli, resp. obviněném, přičemž jedině on musí prokázat, že důvody pro užití jednacího řízení bez uveřejnění byly dány již před zadáním veřejné zakázky.
73. K výše uvedenému Úřad doplňuje, že z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 78/2013-148 ze dne 21. 12. 2015 rovněž vyplývá, že zadavatel je povinen svá tvrzení o nemožnosti splnit předmět veřejné zakázky třetí osobou z technických důvodů relevantním způsobem doložit. V rozsudku č. j. 3 As 18/2015-32 ze dne 25. 11. 2015 v té souvislosti Nejvyšší správní soud dovodil, že za účelem prokázání splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky podle

§ 23 odst. 4 písm. a) zákona je obviněný povinen předložit takové podklady, ze kterých bude jednoznačně vyplývat důvodnost jeho postupu při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tedy že z předložených podkladů bude jednoznačně vyplývat, že veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem právě z technických důvodů, neboť „(...) považuje dále za vhodné akcentovat úvahu krajského soudu zmíněnou v úvodní části odůvodnění napadeného rozsudku, se kterou se ztotožňuje, podle níž relevantním podkladem k prokázání důvodů pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ mohou být toliko listiny obsahující odborné technické hodnocení, (...).“. Proto je to obviněný, který je povinen v rámci řízení o přestupku předložit takové důkazy, které prokáží, že v době zadání šetřené veřejné zakázky neexistoval žádný jiný dodavatel, než vybraný uchazeč, který by byl schopný splnit předmět veřejné zakázky z technických důvodů. Takovými důkazy by pak obviněný měl disponovat již v okamžiku zahájení zadávání šetřené veřejné zakázky.

74. V souvislosti s odkazem obviněného na rozsudek Nejvyššího správního soudu v Brně č. j. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, ve kterém soud k aplikaci jednacím řízení bez uveřejnění uvedl: „*Technické důvody, které má § 23 odst. 4 písm. a) zákona na mysli, mohou spočívat například v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility, v požadavku odůvodněném technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění (zde informačního systému). Důvodem pro aplikaci tohoto ustanovení je skutečný a prokazatelný stav technické neslučitelnosti či provozních problémů, které by vznikly z důvodu změny dodavatele.*“, Úřad dodává, že zadavatel v odůvodnění použití JŘBU nikde neprokázal stav technické neslučitelnosti ani provozních problémů, které by mohly být důvodem pro zadání veřejné zakázky v JŘBU, přičemž s ohledem na zásadu transparentnosti nemůže v této věci zůstat u pouhého tvrzení zadavatele, ale je nutné ho prokázat.
75. Úřad se tak zabýval otázkou, zda zadavatel unesl důkazní břemeno a prokázal, že byly dány důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
76. Současně obviněný musí v řízení před Úřadem prokázat, že z hlediska technického opravdu neexistoval v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky.
77. Nezbytnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění z technických důvodů byla obviněným v dokumentaci o veřejné zakázce odůvodněna tím, že *plnění od jiného zájemce by vyvolalo výrazně vyšší finanční náklady, značné riziko nefunkčnosti již pořízeného majetku a nedodržení plánovaného časového rozvoje, požadované aktualizace i údržby tohoto majetku.* Další či konkrétní technické důvody nad rámec shora uvedeného, jež by vedly k faktické nemožnosti plnění veřejné zakázky jiným dodavatelem, obviněný v dokumentech z doby zadání veřejné zakázky neuvádí.
78. Ke specifikaci technických důvodů obsažených v listinách o veřejné zakázce se zadavatel vyjádřil dopisem ze dne 10. 7. 2017. Zadavatel sdělil, že nemá vlastní pracovníky pro servis a vývoj IS ARES, že k provozu tohoto informačního systému je třeba 9 inženýrů a že doba zaškolení nového týmu by byla nejméně 6 měsíců. Samotný systém pak zpracovává data z 16 zdrojových rejstříků a 8 databází. Podle zadavatele by plnění od jiného zájemce vyvolalo výrazně vyšší finanční náklady a riziko nefunkčnosti systému.

79. Obviněný se ve svých vyjádřeních i v dokumentaci o veřejné zakázce odvolává na zásadu hospodárnosti a účelného vynakládání veřejných prostředků, neboť plnění od jiného zájemce by vyvolalo výrazně vyšší finanční náklady. K použití JŘBU mj. z důvodu hospodárnosti Úřad uvádí, že v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 6. 2017 sp. zn. 31 Af 35/2015 soud judikoval, že *„jelikož v nyní posuzované věci neprokázal žalobce dostatečné posouzení otázek autorskoprávních, není rozhodné, zda pro žalobce bylo zvolené řešení ekonomicky, resp. technicky výhodné. Nad rámec uvedeného však soud konstatuje, že žalobce ve správním řízení nepředložil žádnou seriózní ekonomickou analýzu, ze které by bylo patrné, že zjistil a ověřil, že nelze existenci výhradních práv za splnění podmínky ekonomické výhodnosti nepoužít nebo rozšířit tak, aby se již nejednalo o práva výhradní.“* S ohledem na závěry v citovaném rozsudku lze dovodit, že zadavatel musí fakticky, jiným způsobem než vlastním tvrzením, ekonomické důvody prokázat. Obviněný však hospodárnost svého postupu prostřednictvím ekonomické analýzy nebo jiného relevantního podkladu nijak nedoložil, k čemuž Úřad musí konstatovat, že pouze tvrdit, že jiný způsob zadání veřejné zakázky než způsob zvolený obviněným je pro něj nevhodný a ekonomicky nevýhodný, není dostačující a samo o sobě nemůže být důvodem pro využití jednacího řízení bez uveřejnění. Uvedené podporují i závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 13. 1. 2015 č. j. 62 Af 95/2013 – 74, jenž judikoval, že zásada hospodárnosti nemůže mít bez dalšího automaticky aplikační přednost před přesně stanovenými zákonnými podmínkami pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. S citovaným závěrem se ztotožnil i Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 25. 11. 2015 č. j. 3 As 18/2015 – 32. Úřad k otázce hospodárnosti rovněž odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015 sp. zn. 62 Af 112/2013, ve kterém soud – přílehlavě i na posuzovaný případ – uvedl: *„Tu soud také poznamenává, že sama zásada hospodárnosti, nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacího řízení bez uveřejnění zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže“*. Z uvedeného je zjevné, že nelze akceptovat takový postup zadavatele, při kterém by ve jménu zásady hospodárnosti docházelo k diskriminaci určitého okruhu uchazečů a omezování hospodářské soutěže. Obdobný závěr pak vyplývá z rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř ze dne 29. 9. 2016, v jehož rámci předseda Úřadu mimo jiné konstatoval, že *„snaha zadavatele býti „dobrým hospodářem“ je zcela souladná s obecnými principy ovládající jeho hospodaření s veřejnými finančními prostředky, avšak zcela neudržitelná jako opora pro použití jednacího řízení bez uveřejnění.“* Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. Afs 42/2012 z 11. 1. 2013 dále akcentoval, že v jednacím řízení bez uveřejnění se upřednostňují jiné zájmy spíše než transparentní a hospodárné zadání veřejné zakázky. Předseda Úřadu pak v rozhodnutí sp. zn. R173/2014/VZ-13930/2015/321/IPs ze dne 11. 6. 2015 uzavřel, že pokud zadavatel neoprávněným použitím jednacího řízení bez uveřejnění vyloučil možnost zadání veřejné zakázky v zadávacím řízení, jež by umožnilo řádnou soutěž o zakázku a tím i možnost obdržet více nabídek s potenciálně lepší nabídkovou cenou, stal se zcela závislým na jednom dodavateli, jenž si pak následně může určovat cenu všech dalších plnění, která na původní zakázku navazují. Takové jednání nemůže být dle závěru rozhodnutí předsedy Úřadu označeno za hospodárné.
80. Úřad konstatuje, že povinnost zjistit skutkový stav věci Úřadem (viz § 3 správního řádu) se s ohledem na obrácené důkazní břemeno v souvislosti s doložením splnění podmínek opravňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda

zadavatel, resp. obviněný, toto důkazní břemeno unesl. Úřad tedy nerezignuje na svoji povinnost zjistit skutkový stav věci, avšak nemůže za obviněného povinnost ohledně doložení objektivních důvodů (v tomto případě technických důvodů) k použití jednacního řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona suplovat.

81. V dokumentech vztahujících se k předmětné veřejné zakázce zadavatel vždy uváděl „technické důvody“ pro použití JŘBU, avšak za tyto důvody považoval např. to, že plnění od jiného zájemce by vyvolalo výrazně vyšší finanční náklady, nebo že existuje riziko nefunkčnosti již pořízeného majetku, nedodržení jeho rozvoje, aktualizace a údržby. Podle Úřadu jsou zadavatelem uváděné důvody pro použití JŘBU zčásti ekonomickými důvody (výrazně vyšší finanční náklady) a zčásti důvody obhajující nutnost plnění od původního, zavedeného dodavatele (riziko nefunkčnosti majetku).
82. Zadavatel ani ve svých následných písemných vyjádřeních skutečné technické důvody nijak nedoložil. Jeho konstatování, že k provozu informačního systému je třeba 9 inženýrů, že doba zaškolení by činila min. 6 měsíců a že systém zpracovává data z určitého počtu rejstříků a databází, nejsou podle Úřadu technickými důvody, na základě nichž by byl veřejnou zakázku schopen splnit pouze vybraný uchazeč, jedná se spíše o důvody organizačního/časového charakteru.
83. Úřad vychází z informací, že zadavatel má oprávnění upravovat systém ARES sám nebo prostřednictvím třetích osob, když podle smlouvy s vybraným uchazečem z 22. 6. 2011 může licencované materiály (počítačový program, zdrojové kódy a dokumentaci) užívat a upravovat na základě nevýhradní licence. Zadavatel proto následně vyhlásil otevřená řízení na provoz a údržbu IS ARES, neboť měl za to, že danou zakázku by mohlo být schopno plnit více dodavatelů, nikoli jen původní dodavatel IS ARES, tj. vybraný uchazeč. V rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Zajištění a podpora IS ARES na dobu 60 měsíců“ uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 10. 2012 zadavatel skutečně obdržel dvě nabídky: od vybraného uchazeče a od spol. ICZ a.s. Uchazeč ICZ a.s. byl sice zadavatelem následně vyloučen (z důvodu nepředložení informace o údajích číselně vyjádřitelných dílčích hodnotících kritérií v nabídce podle § 71 odst. 10 zákona), avšak nelze vyloučit, že by i tento uchazeč byl schopen zakázku realizovat.
84. Následné přímé oslovení vybraného uchazeče v JŘBU znamenalo pro zadavatele toliko jistotu, že mu bude poskytnuto standardní plnění od dlouhodobého a osvědčeného dodavatele.
85. Zadavatel žádným způsobem nespécifikoval, jaká konkrétní technická omezení jsou dána pro zadání veřejné zakázky v JŘBU, jakými nástroji disponuje pouze vybraný uchazeč, v čem je IS ARES unikátní a jakým způsobem tato technická jedinečnost omezuje plnění předmětu veřejné zakázky ze strany jiných dodavatelů. Takové skutečnosti nevyplývají ani z dokumentace o veřejné zakázce, resp. z podkladů předložených Úřadu zadavatelem. Pro použití jednacního řízení bez uveřejnění však nepostačuje formálně se dovolávat technických důvodů, které nejsou podloženy konkrétními podmínkami, ale naopak je nezbytné, aby existence technických důvodů byla bezezbytku prokázána.
86. Úřad dále konstatuje, že skutečnost, že vybraný uchazeč má předchozí znalost poptávaného systému, není sama o sobě technickým důvodem pro zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči. To neznamená, že by nebylo možné předmět plnění veřejné

zakázky realizovat jiným dodavatelem, resp. že by to bylo vyloučeno. Úřad uvádí, že zadavatel nijak nedoložil, tj. neprokázal, že by nebyl žádný jiný dodavatel kromě vybraného uchazeče schopen převzít stávající řešení¹, jak vyplývá např. z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 93/2015 ze dne 1. 6. 2017, podle něhož zadavatel „*musí podrobně vysvětlit, proč rozhodně nelze v daném případě z konkrétních důvodů zadat tuto zakázku jinému dodavateli, a proč je tedy objektivně naprosto nezbytné zadat ji právě tomu dodavateli, jemuž byly zadány předchozí zakázky, a proč takovému stavu zadavatel nemohl předejít.*“

87. V této souvislosti také Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 78/2013-148 ze dne 21. 12. 2015, ze kterého vyplývá, že „*(...) Skutečnost, že tento uchazeč byl dosavadním dodavatelem žalobce, zná jeho IT prostředí a má tudíž jisté know-how, totiž sama o sobě není technickým důvodem pro zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění tomuto dodavateli. Tím by (...) mohly být vedle již zmíněné neslučitelnosti též provozní problémy, které by vznikly změnou dodavatele. K tomu je nutno poznamenat, že určité riziko provozních problémů v souvislosti se změnou dodavatele zde z povahy věci bude vždy, avšak aby bylo relevantní a akceptovatelné pro použití jednacého řízení bez uveřejnění, je třeba, aby se jednalo o riziko značné, zapříčiněné právě technickými parametry a jednoznačně tvrzené a doložené zadavatelem – žalobcem.*“
88. Zadavatel tedy neuvedl, jaké konkrétní skutečnosti technického rázu v souvislosti s provozováním IS ARES omezují v realizaci předmětu plnění šetřené veřejné zakázky jiné dodavatele než vybraného uchazeče a jaké technické problémy by byly spojené s realizací předmětu plnění šetřené veřejné zakázky jiným dodavatelem, přičemž tyto skutečnosti nevyplývají ani z dokumentace o veřejné zakázce, resp. z podkladů, které zadavatel Úřadu předložil. Pro použití jednacého řízení bez uveřejnění však nepostačuje formálně se dovolávat technických důvodů, které nejsou podloženy konkrétními podmínkami.
89. Pakliže se tedy argumentace obviněného ohledně důvodu použití jednacého řízení bez uveřejnění pohybuje pouze v rovině tvrzení, aniž by obviněný tato svá tvrzení podložil patřičnými důkazy a naplnil tak požadavek na přezkoumatelnost jeho postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti zakotvené v § 6 odst. 1 zákona, nezbyvá Úřadu než konstatovat, že obviněný důkazní břemeno v případě tvrzených technických důvodů neunesl.
90. Pokud zadavatel nyní tvrdí, že nemá vlastní zaměstnance pro zajištění provozu IS ARES a že by nebyl dostatek času pro zaškolení nového dodavatelského týmu, v podstatě tím popírá jím dříve tvrzené „technické důvody“, neboť časové hledisko plnění nelze za technický důvod považovat, a za druhé tím zadavatel de facto říká, že pokud by byl dostatečný časový prostor, mohl by se zaškolit nový dodavatelský tým, tedy není vyloučené, že by zakázku nemohl realizovat další (jiný) dodavatel.
91. Úřad tak dospěl k závěru, že technické důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění nebyly obviněným doloženy, a obviněný tak neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacého řízení bez uveřejnění, neboť svá tvrzení nijak nedoložil.

¹ Jedním z možných dodavatelů by mohl být např. ICZ a.s., který se o zakázku ucházel v dřívějším otevřeném řízení.

92. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uzavírá, že podmínka pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona z technických důvodů nebyla splněna, a zadavatel se tedy na ni při zdůvodnění svého postupu při zadání veřejné zakázky nemůže účinně odvolávat.
93. Úřad dále uvádí, že dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů („ZZVZ“). Úřad se proto v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod zabýval otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba jednání obviněného posuzovat. V této souvislosti lze uvést, že jednání obviněného je přestupkem podle obou právních předpisů [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona, § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kdy o případném naplnění znaku skutkové podstaty spočívajícím v alespoň potenciálním vlivu na výběr dodavatele nemůže být v situaci, kdy o veřejnou zakázku neproběhla žádná soutěž, pochyb], přičemž obviněnému by při ukládání sankce podle ZZVZ hrozila stejně vysoká pokuta [srov. ust. § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ] jako podle právní úpravy aplikované v šetřeném případě. Co se týče merita vedeného správního řízení, tzn. posouzení splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tak ani v tomto ohledu není ZZVZ právní úpravou příznivější, neboť § 63 odst. 3 ZZVZ stanovuje pro možnost využití jednacího řízení bez uveřejnění stejné podmínky, jako § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Za tohoto stavu věci není podle Úřadu pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ pro obviněného příznivější, a proto jednání obviněného Úřad posuzoval v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny podle právní úpravy účinné v době spáchání přestupku. Závěrem v této souvislosti lze uvést, že uplatnění výše uvedeného principu v rámci správního trestání vyplývá rovněž z judikatury Nejvyššího správního soudu konkrétně pak např. z rozsudku č. j. 5 Afs 68/2011-99 ze dne 21. 3. 2012, v jehož rámci Nejvyšší správní soud dovodil povinnost správních orgánů zabývat se dodržením ústavního principu povinnosti použít pozdější právní úpravu, pokud je pro obviněného příznivější (obdobně též i rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2012 – 48 ze dne 12. 4. 2013).
94. Úřad na základě výše uvedených skutečností shrnuje, že obviněný zadal šetřenou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění z technických důvodů, ačkoliv k tomu nebyly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč.
95. Uvedený nezákonný postup obviněného přitom mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť použitím jednacího řízení bez uveřejnění obviněný nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacího řízení zúčastnit, resp. zcela vyřadil možnost účasti jakéhokoliv jiného uchazeče než vybraného uchazeče. Nelze vyloučit, že pokud by obviněný dodržel postup stanovený zákonem a zadával veřejnou zakázku v jiném, otevřenějším, druhu zadávacího řízení, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří mohli nabídnout výhodnější plnění než vybraný uchazeč. Nelze se ztotožnit s argumentem zadavatele, že vybraný uchazeč byl jediný, který by zakázku mohl plnit. Jak je patrné z předchozích pasáží tohoto odůvodnění, existoval více než jeden dodavatel potenciálně schopný předmět veřejné zakázky plnit.
96. K potencialitě vlivu nezákonného postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012, kde soud uvedl, že *„pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala*

možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou. [...] K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat“. Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013/VZ-19255/2014/310/PMo ze dne 12. 9. 2014 předseda Úřadu konstatoval, že „v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „...nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.“ Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72 dovodil, že „pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.“

97. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „z dikce ‚podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit‘ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu [...]. Již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.“
98. Se shora uvedeným závěrem Krajského soudu v Brně vyslovil souhlas i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 4 As 61/2016-38 ze dne 28. 6. 2016, když konstatoval, že v případě, kdy správní orgán (Úřad) shledá, že „se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu (...) Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem (...), že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“
99. Úřad dále zjistil, že obviněný uzavřel dne 2. 9. 2013 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku, čímž je naplněna poslední podmínka pro naplnění skutkové podstaty přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

K dalším argumentům obviněného

100. Úřad se nejprve vyjádří k argumentaci zadavatele týkající se podnětu, na jehož základě bylo zahájeno řízení o přestupku. Podle obviněného šlo o podnět, za který měl být uhrazen správní poplatek ve výši 10 000 Kč.
101. Předně musí Úřad k argumentaci obviněného, že si Úřad vyžádal „nezákonně“ dokumentaci o veřejné zakázce, když se dle názoru obviněného zabýval nezaplaceným podnětem, na základě kterého pak zahájil řízení o přestupku, uvést, že podle § 258 odst. 1 ZZVZ je zadavatel povinen do 10 dnů ode dne doručení výzvy Úřadu odeslat dokumentaci o zadávacím řízení, přičemž předmětné ustanovení ZZVZ, jež na postup Úřadu dopadá, nemá žádnou vazbu na to, zda Úřad obdrží podnět či nikoliv. Dle ustanovení § 258 odst. 1 zákona tedy není rozhodné, z jakých důvodů si Úřad dokumentaci o veřejné zakázce vyžádal, neboť Úřad je dle výše uvedeného ustanovení oprávněn vyžádat si od zadavatele dokumentaci o zadávacím řízení kdykoliv, tj. bez ohledu na to, z jakých důvodů Úřad zahájil šetření určité veřejné zakázky.
102. K uvedenému tvrzení obviněného Úřad dále konstatuje, že řízení o přestupku zahájil z moci úřední na základě jím získaných poznatků, přičemž uvádí, že dle § 113 zákona řízení o přezkoumání úkonů zadavatele se zahajuje na písemný návrh stěžovatele nebo z moci úřední. V daném případě bylo předmětné řízení tedy zahájeno z moci úřední v souladu s § 113 zákona. Obviněný věděl, v jaké věci je toto řízení vedeno. Z těchto důvodů Úřad neshledal, že by došlo ke zkrácení jakýchkoli procesních práv obviněného (žádné zkrácení konkrétního procesního práva obviněný netvrdil), které by mohlo založit nezákonnost tohoto rozhodnutí.
103. Pokud tedy Úřad shledá, že existují důvody pro zahájení správního řízení, zahajuje správní řízení ve smyslu § 78 odst. 2 zákona o přestupcích. Ve vztahu k právě uvedenému je příp. možno odkázat i na názor vyslovený Ústavním soudem v usnesení ze dne 8. 10. 2002 sp. zn. II. ÚS 586/02, kde uvedl, že: *„(...) lze souhlasit s názorem, že nemůže záležet na libovůli správního orgánu, zda řízení, které lze zahájit z vlastního podnětu, zahájí či nikoliv, neboť jeho činnost je ovládána mimo jiné principem oficiality, podle kterého správní orgán má právo a povinnost zahájit řízení, jakmile nastane skutečnost předvídaná zákonem, bez ohledu na to, jak ji zjistí.“*
104. Úřad může rovněž v souvislosti s výše uvedeným odkázat i na pravomocné rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0116/2017/VZ-27134/2017/322/LKa ze dne 20. 9. 2017, ve kterém byla předsedou Úřadu řešena obdobná problematika, tzn. možnost zahájit Úřadem správní řízení z moci úřední (viz body 37. a následující odůvodnění citovaného rozhodnutí, jehož byl zadavatel jediným účastníkem řízení) a postup Úřadu v tomto smyslu nebyl jakkoliv zpochybněn; ostatně nelze přehlédnout i to, že se jednalo o správní řízení vedený s tímž obviněným, byť v jiné věci, a tedy by mu závěry obsažené v citovaném rozhodnutí měly být známy.
105. Obecně platí, že skutečnost, z jakého zdroje se Úřad o pochybení zadavatele dozví (podnět, informace z internetu, z médií, z tisku, na základě součinnosti orgánů státní správy apod.) není pro zahájení řízení o přestupku a vedení takového řízení rozhodná. Činnost Úřadu je ovládána mj. principem oficiality, což znamená, že správní orgán, nepochybně tedy i Úřad, má právo a povinnost zahájit správní řízení z moci úřední, jakmile nastane konkrétní

skutečnost předvídaná příslušným právním předpisem, tzn. v pozici Úřadu skutečnost předvídaná zákonem o veřejných zakázkách. Toto právo a povinnost vyvěrá z § 113 zákona, dle něhož Úřad zahajuje správní řízení z moci úřední jako v této věci. Proto rozhodně není pravdivý argument, že to, jak se Úřad dozvěděl skutečnosti odůvodňující zahájení řízení o přestupku, je „zásadní“, zda bylo řízení zahájeno v souladu s právním řádem.

106. Na základě výše uvedeného je pro oprávnění Úřadu zahájit správní řízení z moci úřední tudíž skutečnost, jak Úřad získal pochybnosti vedoucí k zahájení předmětného řízení o přestupku, zda na základě podnětu, popř. informací získaných jiným způsobem (informace z internetu, médií, tisku či na základě součinnosti s orgány činnými v trestním řízení atd.), zcela irelevantní, neboť Úřad je s ohledem na princip oficiality oprávněn zahájit správní řízení kdykoliv, kdy se dozví skutečnosti, které by svědčily o porušení zákona.
107. Pokud jde o návrh obviněného, aby Úřad ustanovil znalce, jenž by posoudil otázku, zda byly z technického pohledu splněny „technické“ podmínky pro použití JŘBU, Úřad sděluje následující. Povinnost zjištění skutkového stavu věci se s ohledem na obrácené důkazní břemeno v souvislosti s doložením podmínek opravňujících k použití jednacích řízení bez uveřejnění vztahuje na zjištění, zda obviněný toto důkazní břemeno unesl. Úřad tedy nerezignuje na svoji povinnost zjistit úplný skutkový stav věci, avšak nemůže za obviněného povinnost ohledně dokladu existence objektivních důvodů k použití jednacích řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona suplovat. Je ostatně logické, že je to ten, kdo použil zákonné výjimky jednacích řízení bez uveřejnění (obviněný), kdo má tvrdit a prokázat, že tohoto institutu využil oprávněně. Úřad měl tedy v šetřeném případě povinnost posoudit, zda obviněný unesl důkazní břemeno, tedy zda prokázal naplnění důvodů pro použití jednacích řízení bez uveřejnění. Podklady o oprávněnosti použití jednacích řízení bez uveřejnění má obviněný disponovat již před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Jak zdůraznil Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 31 Af 35/2015 ze dne 28. 6. 2017 *„objektivní posouzení možnosti využití ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ musel mít zpracované před zadáním veřejné zakázky.“* Úřad tedy konstatuje, že pokud takovou analýzou zadavatel nedisponoval již v době před zahájením JŘBU, nyní (s odstupem 4 let) zpracovaný znalecký posudek (podobně jako v rozsudku uváděné ústní jednání) by na posouzení oprávněnosti použití JŘBU nic nezměnil. Přitom Úřad akcentuje, že ani takový zadavatel nepředložil.
108. Obviněný přitom zajištění takových podkladů požaduje po dohledovém orgánu a návrh na vyhotovení znaleckého posudku navíc formuloval tak, že znalecký posudek má prokázat, zda byly podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění splněny. Návrh zadavatele na ustanovení znalce byl tedy nejen velmi obecný, ale navíc směřoval i k hodnocení právní otázky znalcem, přičemž toto posouzení spadá výlučně do kompetence Úřadu.
109. Obviněný v této souvislosti odkazuje rovněž na správní řízení vedené pod sp. zn. S0453,0658/2016, ve kterém Úřad ustanovil podle názoru obviněného/na návrh navrhovatele v obdobné věci znalce. K tomu obviněný sdělil, že v případě, že Úřad v předmětném řízení znalce neustanoví, bude tuto skutečnost vnímat jako možné porušení zásady uvedené v § 2 odst. 4 správního řádu. K uvedenému Úřad konstatuje, že rozhodnutí Úřadu, na které odkazuje obviněný, není k právě projednávanému případu příslušné, neboť v odkazovaném rozhodnutí se jedná o jednacích řízení s uveřejněním, kdy byl znalec Úřadem ustanoven pro posouzení otázek technické specifikace plnění poptávaného v rámci veřejné

zakázky, nikoli pro posouzení existence technických důvodů zakládajících možnost použití jednacím řízení bez uveřejnění. Ve věci sp. zn. S0453,0658/2016 byly znalci položeny ryze odborné otázky, o nichž si Úřad sám nemohl učinit úsudek. Znalci se nepřibírají v těch případech, kdy jde o otázky rázu právního, o nichž si má učinit úsudek sám správní orgán. Znalecký posudek by se tak mohl vyjádřit k odborným technickým otázkám, nikoli k otázce zákonnosti použití JŘBU; právní závěry a hodnocení z hlediska zákona činí pouze Úřad. Vzhledem k výše uvedenému Úřad návrhu zadavatele na ustanovení znalce nevyhověl a důkaz znaleckým posudkem neprovedl. Úřad má za to, že neprovedení navrhovaného důkazu nepředstavuje ze strany Úřadu porušení povinnosti zjištění skutkového stavu věci, a tudíž nejde o porušení § 2 odst. 4 správního řádu.

110. Zadavatel v dokumentaci o veřejné zakázce i ve svých vyjádřeních zdůrazňoval, že se vždy snažil o zadání veřejné zakázky na provoz IS ARES v otevřeném řízení. Dle svých vyjádření vždy až po povinném zrušení (opakovaném) otevřeného řízení z důvodu podání jedné nabídky [§ 84 odst. 1 písm. e) zákona] přistoupil k zadání této veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, aby tak vůbec byl provoz, údržba a aktualizace tohoto systému nezbytného pro státní správu i veřejnost zajištěn.
111. Úřad vnímá, že jde o specifickou situaci, kdy zadavatel nejprve (podvkrát) vyhlásil otevřená zadávací řízení, avšak těch se účastnil buď pouze jeden uchazeč, nebo k hodnocení zbyla pouze jedna nabídka. V rozhodném období v takovém případě musel zadavatel zadávací řízení zrušit na základě § 84 odst. 1 písm. e) zákona. K uvedenému Úřad sděluje, že výše uvedené skutečnosti samy o sobě nemohou být důvodem pro ospravedlnění postupu zadavatele v JŘBU, neboť se netýkají přímo přezkoumávané veřejné zakázky, avšak jedná se o skutkové okolnosti natolik zásadní, že od nich Úřad nemůže odhlédnout, a zohlednil je proto při stanovení výše pokuty. Úřad však současně uvádí, že obecně nelze akceptovat situaci, kdy by se zadavatel dovolával existence důvodu pro použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. že veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů pouze určitým dodavatelem, pouze z toho důvodu, že zadavatel v otevřených řízeních, které měly předcházet zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, obdržel toliko nabídku od vybraného uchazeče, a to tím spíše za situace, kdy nemá postaveno najisto, zda zadavatel postupoval při stanovení zadávacích podmínek v otevřených řízeních předcházejících jednacím řízení bez uveřejnění v souladu se zásadami zadávacího řízení uvedenými v § 6 zákona. Samotná skutečnost, že zadavatel obdržel jedinou nabídku v otevřeném řízení, tedy nemůže nikdy sama o sobě svědčit o tom, že jsou dány důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Proto ani zadavatel, který neprokáže existenci technického důvodu podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, se nemůže nikdy „vyvinít“ tím, že by pouze odkázal na svůj dosavadní postup v předchozích zadávacích řízeních „adresovaných“ neomezenému okruhu dodavatelů. Rovněž skutečnost, že o postupu zadavatele v JŘBU byla informována vláda (a případně takový postup vzala na vědomí), neznamená, že by se tímto úkonem postup zadavatele stal legálním, neboť vláda není orgánem, který je věcně příslušný rozhodovat o tom, zda je postup zadavatele v souladu se zákonem či nikoliv, když jediným správním orgánem, který může vykonávat dohled nad zadáváním veřejných zakázek, tedy rozhodovat o postupu zadavatele, je podle § 112 zákona Úřad.

112. K námitce obviněného, že lhůta 7 dnů, jež mu byla určena pro vyjádření k podkladům pro rozhodnutí, byla nepřiměřeně krátká a Úřad navíc odmítl žádost o její prodloužení, Úřad uvádí následující. Lhůta 7 dnů pro vyjádření k podkladům rozhodnutí obsaženým ve správním spise (jež navíc sestává z písemností Úřadu adresovaných zadavateli a dokumentů zaslaných zadavatelem Úřadu), se vzhledem k obsahu spisu nejeví jako neúměrně krátká, jde o lhůtu obvyklou a přiměřenou. Pro úplnost Úřad uvádí, že lhůta 7 dnů je jako minimální výslovně obsažena i v § 261 ZZVZ. Žádost zadavatele o prodloužení stanovené lhůty byla odůvodněna pouze tím, že zadavatel nahlížel do spisu dne 5. 10. 2017, nikoli reálnou nemožností vyjádřit se k podkladům rozhodnutí z důvodů organizačních zdravotních apod. Protože navíc nahlížení do spisu se uskutečnilo již na začátku lhůty určené k vyjádření k podkladům rozhodnutí (zadavateli i po nahlédnutí do spisu zůstala lhůta k vyjádření v délce 6 dnů) a jiný relevantní důvod pro prodloužení lhůty zadavatel ve své žádosti neuvedl, žádosti o prodloužení lhůty Úřad nevyhověl. Zadavatel přesto doručil své vyjádření ve lhůtě.
113. V souladu se zásadou dobré správy Úřad sdělil dne 6. 10. 2017, tj. 6 dní před uplynutím lhůty obviněnému, že jeho žádosti o prodloužení lhůty nebylo vyhověno.
114. Na základě všech výše uvedených skutečností Úřad dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku z technických důvodů zadal 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 tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 2. 9. 2013 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
115. Z toho důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. rozhodnutí – uložení sankce

116. Vzhledem ke skutečnosti, že dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti zákon o přestupcích, je třeba s ohledem na citované ustanovení § 112 odst. 1 zákona o přestupcích na dosavadní správní delikty, tedy i na správní delikty upravené zákonem, hledět jako na přestupky podle zákona o přestupcích. Z uvedeného důvodu Úřad dospěl k závěru, že obviněný spáchal podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona přestupek (pro úplnost Úřad uvádí, že v tomto ohledu došlo pouze ke změně odborného názvosloví, kdy pojem „správní delikt“ byl nahrazen pojmem „přestupek“). Tatáž argumentace se pak vztahuje i k pojmu „obviněný“, kdy podle § 69 zákona o přestupcích se podezřelý z přestupku stává obviněným, jakmile vůči němu správní orgán učiní první úkon v řízení. Vzhledem ke skutečnosti, že správní řízení je vedeno ve věci podezření za spáchání přestupku, je zadavatel v tomto rozhodnutí označován v souladu se zákonem o přestupcích jako obviněný (i v tomto případě se jedná pouze o změnu odborného názvosloví nemající vliv na hmotněprávní posouzení jednání obviněného, resp. zadavatele, pozn. Úřadu).
117. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se obviněný dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

118. Protože obviněný nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť obviněný neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč, přičemž tento postup obviněného mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu, dopustil se spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
119. Jak vyplývá z § 112 odst. 1 zákona o přestupcích, na přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona hledí jako na přestupky podle tohoto zákona.
120. Pro úplnost Úřad dodává, že jednání obviněného, jak již uvedl výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, posuzoval při zohlednění čl. 40 odst. 6 Listiny podle právní úpravy účinné v době spáchání přestupku, neboť jednání obviněného je přestupkem jak podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tak i podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ a ZZVZ ani zákon o přestupcích nepředstavují v šetřené věci příznivější právní úpravu (k posouzení zániku odpovědnosti obviněného za spáchání přestupku dle přestupkového zákona podrobněji viz dále).
121. Podle § 121 odst. 3 zákona, ve znění zákona č. 40/2015 Sb., který je na posuzovaný případ nutno aplikovat, neboť je pro pachatele přestupku příznivější, odpovědnost právnické osoby za přestupek zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
122. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. Úřad se o možném spáchání přestupku dozvěděl z vlastní úřední činnosti dne 16. 2. 2017, přičemž řízení o přestupku bylo zahájeno dne 5. 9. 2017. Obviněný spáchal přestupek dne 2. 9. 2013, kdy uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Z uvedeného vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost obviněného za přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nezanikla, neboť Úřad zahájil řízení o přestupku před uplynutím 5 let ode dne, kdy byl přestupek spáchán, a současně do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl.
123. K uvedenému dále Úřad dodává, že z ustanovení § 112 odst. 2 zákona o přestupcích vyplývá, že ustanovení dosavadních zákonů o lhůtách pro projednání přestupku nebo jiného správního deliktu, lhůtách pro uložení pokuty za přestupek nebo jiný správní delikt a lhůtách pro zánik odpovědnosti za přestupek nebo jiný správní delikt se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona nepoužijí. Odpovědnost za přestupek a dosavadní jiný správní delikt však nezanikne dříve, než by uplynula některá ze lhůt podle věty první, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.
124. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
125. Vzhledem ke skutečnosti, že je Úřad ode dne 1. 7. 2017 povinen aplikovat v řízení o přestupku zákon o přestupcích, zabýval se Úřad opětovně v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba postupovat

a tedy posuzovat otázku týkající se uplynutí lhůt odpovědnosti za přešupek, tedy zda právní úprava zániku odpovědnosti za spáchání přešupku obsažená v ZZVZ a v zákoně o přešupcích neobsahuje pro obviněného příznivější úpravu, než jak je tato lhůta upravena v zákoně. Protože ani ZZVZ, ani zákon o přešupcích neobsahuje ustanovení, na základě kterých by odpovědnost obviněného za spáchání přešupku již zanikla, není pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ a v zákoně o přešupcích pro obviněného příznivější, a proto Úřad posoudil zánik odpovědnosti za spáchání přešupku podle zákona, a na základě uvedených skutečností konstatuje, že v šetřené veřejné zakázce nedošlo k zániku odpovědnosti obviněného za spáchání přešupku.

126. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za přešupek uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přešupek podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
127. Cena zakázky uvedená v čl. V. Smlouvy o dílo činila 6 534 000 Kč včetně DPH, tedy horní hranice pokuty dosahuje výše 653 400 Kč.
128. Podle § 37 písm. a), b), c) a g) zákona o přešupcích (Úřad zde cituje pouze ta ustanovení, která jsou v daném případě pro určení druhu a výměry trestu relevantní, pozn. Úřadu) se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédne zejména k povaze a závažnosti přešupku, k tomu, že o některém z více přešupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky, nebylo rozhodnuto ve společném řízení, k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem a u právnické osoby nebo podnikající fyzické osoby k povaze její činnosti.
129. Podle § 38 písm. a), b), c), d), f) a g) zákona o přešupcích je povaha a závažnost přešupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přešupkem porušen nebo ohrožen, významem a rozsahem následku přešupku, dále způsobem spáchání přešupku, okolnostmi spáchání přešupku, rovněž i délkou doby, po kterou trvalo protiprávní jednání pachatele nebo po kterou trval protiprávní stav udržovaný protiprávními jednáními pachatele a počtem jednotlivých dílčích útoků, které tvoří pokračování v přešupku.
130. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná, nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. S požadavky soudu na řádné odůvodnění pokuty, obsaženými ve výše citovaném rozsudku, se Úřad vypořádává následujícím způsobem.
131. S ohledem na povahu spáchaného přešupku (viz odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí) Úřad v souladu s Hlavou VII přešupkového zákona zohlednil při ukládání pokuty následující skutečnosti. Ke způsobu spáchání přešupku Úřad uvádí, že obviněný spáchal přešupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při výběru dodavatele veřejné zakázky, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když dne 2. 9. 2013 uzavřel v rámci jednacího řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku, aniž by pro daný druh zadávacího řízení byly splněny zákonné

podmínky, přičemž tento postup obviněného mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

132. Vybraný uchazeč nebyl v souvislosti s předmětem veřejné zakázky zadané v jednacím řízení bez uveřejnění vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky. Úřad konstatuje, že nezákonné vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, jehož hlavním cílem je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Následkem postupu obviněného došlo zcela k vyloučení hospodářské soutěže, neboť v důsledku nezákonného postupu obviněného došlo k zadání předmětné veřejné zakázky přímo vybranému uchazeči.
133. Pokud jde o dobu, po kterou trval protiprávní stav, jednalo se o poměrně krátkou dobu 10 měsíců (od 2. 9. 2013 do 30. 6. 2014), tedy o dobu trvání smlouvy o dílo.
134. Další polehčující okolností je doba, jež uplynula od spáchání přestupku do jeho potrestání, tedy doba cca 4 let. Jak vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 9. 4. 2015, č. j. 62 Af 123/2013, je třeba při posouzení následku správního trestání zohlednit dobu, která uplynula mezi spácháním přestupku a jeho potrestáním. Čím je tento časový horizont delší, tím více se relativizuje vztah mezi spáchaným přestupkem a ukládanou sankcí. Doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci pak má bezprostřední vliv na účel trestu. Jak Krajský soud v cit. rozsudku dovodil, *„je-li základním požadavkem na zákonnost uložené pokuty její proporcionalita, pak hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovená podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddělitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejnosti a veřejného mínění, což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že s prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložením konkrétní sankce dosaženo.“*
135. Jako výraznou polehčující okolnost Úřad vyhodnotil, že zadavatel se opakovaně, tj. nejméně do dubna 2013, snažil zadat veřejnou zakázku ve dvou otevřených řízeních. Úřad přihlédl k tomu, že tato otevřená řízení byl zadavatel povinen zrušit podle § 84 odst. 1 písm. e) zákona v tehdy platném a účinném znění, a až poté přistoupil k zadání zakázky v JŘBU. Od 1. 1. 2014 došlo ke změně zákona, a to zákonným opatřením senátu č. 341/2013 Sb. Po tomto datu již zadavatelé nebyli povinni zrušit zadávací řízení v případě obdržení jedné nabídky, nebo v případě, kdy po posouzení nabídek zůstala k hodnocení pouze jedna nabídka, a s dodavatelem, který tuto nabídku podal, mohli uzavřít smlouvu. Stejně tak

taková povinnost zadavatelů není zakotvena ani v současné právní úpravě (ZZVZ). Pokud by zadavatel na základě vyhlášeného otevřeného řízení uzavřel s dodavatelem, který jako jediný podal nabídku, či k hodnocení zbyla jeho nabídka, smlouvu v době, kdy byl povinen zadavatel takové zadávací řízení zrušit, a správní orgán by přezkoumával postup zadavatele nyní, musel by Úřad při posuzování postupu zadavatele aplikovat příznivější právní úpravu (tedy pozdější). Nepochybně by i dospěl k závěru, že zadavatel přestupek nespáchal. K takovému postupu zadavatele (tj. k uzavření smlouvy v zadávacím řízení, které byl zadavatel povinen zrušit a nesměl tedy smlouvu uzavřít) sice nedošlo, neboť zadavatel zadal zakázku v JŘBU, nicméně uvedené okolnosti Úřad považuje za zásadní, a jak uvedl výše, zohlednil je při stanovení výše pokuty výrazně ve prospěch zadavatele.

136. Žádné přitěžující okolnosti Úřad neshledal.
137. Úřad pro úplnost uvádí, že nejsou dány důvody pro konstatování toho, že by obviněný za spáchaný přestupek neodpovídal z důvodu, že by vynaložil veškeré úsilí k tomu, aby porušení právní povinnosti zabránil; obviněný v tomto smyslu ani neargumentoval.
138. Úřad ve vztahu ke způsobu stanovení výše uložené pokuty na tomto místě rovněž odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 As 245/2015 – 33 ze dne 16. 8. 2016, v němž je mimo jiné konstatováno následující: *„Podle § 35 trestního zákona se při postihu souběhu trestných činů ukládá úhrnný nebo souhrnný trest. Tyto tresty „představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: cit. dílo, str. 301). Z téhož ustanovení pak plyne zásada uložení shodného trestu za sbíhající se trestné činy bez ohledu na to, zda je o těchto činech vedeno společné řízení (§ 20 odst. 1 trestního řádu) či ne. Při ukládání úhrnného i souhrnného trestu soud vychází ze stejných zásad. Z hlediska trestního práva tedy nehraje roli, kdy všechny sbíhající se trestné činy vyjdou najevo, tato skutečnost nesmí být pachateli ani ku prospěchu, ani na újmu. Je zřejmé, že pro trestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale naopak je zcela nezbytné použití absorpční zásady, tedy vzájemné posouzení veškerých souvisejících trestních sazeb.“*
139. S ohledem na výše uvedené Úřad zjišťoval, zda je v daném případě namístě zohlednit i jiné sbíhající se delikty, za které již obviněnému byla uložena pokuta podle zákona. Ke spáchání právě projednávaného přestupku došlo dne 2. 9. 2013. Úřad konstatuje, že v právě projednávaném případě je přestupek obviněného uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí v souběhu s dalšími delikty, o kterých bylo Úřadem rozhodováno.
140. S ohledem na výše uvedené Úřad zjišťoval, zda je v daném případě na místě zohlednit i jiné sbíhající se delikty (přestupky), za které již zadavateli byla uložena pokuta podle zákona. Ke spáchání projednávaného přestupku došlo dne 2. 9. 2013. Úřad ověřil, že v právě projednávaném případě je přestupek obviněného uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí v souběhu s dalšími delikty, o kterých bylo Úřadem rozhodováno. Úřad ověřil, že v právě projednávaném případě jsou přestupky obviněného v souběhu s delikty, o nichž bylo rozhodnuto v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0186/2017/VZ-19607/2017/553/MBu ze dne 29. 6. 2017, které byly spáchány dne 25. 5. 2012, dne 29. 4. 2013 a dne 16. 9. 2014, přičemž pokuta ve výši 200 000,- Kč byla uložena za spáchání přestupku, kterého se zadavatel dopustil dne 29. 4. 2013, v souběhu s přestupkem, o kterém bylo rozhodnuto výrokem

I. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0275/2017/VZ-27845/2017/512/VZe ze dne 25. 9. 2017 (citované rozhodnutí dosud nenabylo právní moci), který byl spáchán dne 30. 1. 2014, a za který byla Úřadem uložena pokuta ve výši 250 000,- Kč, a v souběhu s přestupky, o nichž bylo rozhodnuto v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0318,S0325/2017/VZ-28607/2017/532/MOn ze dne 3. 10. 2017 (citované rozhodnutí dosud nenabylo právní moci), které byly spáchány dne 22. 3. 2013 a dne 17. 1. 2014, přičemž pokuta ve výši 820 000,- Kč byla uložena za spáchání přestupku, kterého se zadavatel dopustil dne 22. 3. 2013, a v souběhu s přestupkem, o němž bylo rozhodnuto výrokem I. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0329/2017/VZ-30310/2017/531/MHo ze dne 18. 10. 2017 (citované rozhodnutí dosud nenabylo právní moci), který byl spáchán dne 30. 6. 2015, a za který byla Úřadem uložena pokuta ve výši 101 000,- Kč, a v souběhu s přestupkem, o němž bylo rozhodnuto výrokem I. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0340/2017/VZ-30691/2017/541/JCh ze dne 20. 10. 2017 (citované rozhodnutí dosud nenabylo právní moci), který byl spáchán dne 22. 10. 2012, a za který byla Úřadem uložena pokuta ve výši 405.000,- Kč (veškerá pravomocná rozhodnutí Úřadu jsou dostupná online na <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti.html>).

141. Vzhledem k výše uvedenému Úřad přikročil k uplatnění institutu souhrnného trestu způsobem, který se Úřadu jeví v oblasti správního práva jako jediný možný, kdy nevzniká riziko, že by se Úřad jako správní orgán dopustil nedodržení zásady legality zakotvené v čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.
142. Pokud by měl Úřad uložit obviněnému pokutu za všechny uvedené správní delikty/přestupky a nemá-li zároveň v tomto správním řízení zákonné zmocnění zrušit předcházející „výroky o trestu“, lze absorpční zásadu ve formě uplatnění pravidel pro ukládání souhrnného trestu aplikovat pouze tím způsobem, že Úřad v rámci uložení sankce za projednávané správní delikty, resp. přestupky zohlední předchozí uložené pokuty za delikty/přestupky, jež jsou s projednávaným přestupkem v souběhu, tj. pokuty uložené rozhodnutími uvedenými v bodě 140. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Úřad tedy uložil za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí pokutu ve výši, jež v sobě zahrnuje předchozí uložené pokuty za správní delikty/přestupky, jež byly s projednávaným přestupkem v souběhu.
143. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako „nespravedlivá“. Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z dokumentů týkajících se rozpočtu zadavatele na rok 2017 dostupných na webových stránkách obviněného vyplývá, že příjmy obviněného za rok 2017 se pohybují v řádu stamilionů korun. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž obviněný v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
144. Po zvážení všech specifických okolností případu a uvážení všech argumentů zadavatele Úřad uložil pokutu ve výši 50 000 Kč, jež je při dolní hranici.
145. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

146. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

Ministerstvo financí, Letenská 525/15, 118 00 Praha 1

Vypraveno dne

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