



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci

žalobce: **Česká republika – Ministerstvo financí**
sídlem Letenská 15, Praha

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného č.j. ÚOHS-R0185/2017/VZ-37582/2017/322/AHo ze dne 22.12.2017

takto:

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 22.12.2017, č.j. ÚOHS-R0185/2017/VZ-37582/2017/322/AHo, se ruší a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalobci se náhrada nákladů řízení nepřiznává.
- III. Žalovaný nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:I. Shrnutí podstaty věci

1. Žalobce se podanou žalobou domáhá zrušení rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 22.12.2017, č.j. ÚOHS-R0185/2017/VZ-37582/2017/322/AHo, kterým zamítl žalobcův rozklad proti prvostupňovému rozhodnutí žalovaného ze dne 3.10.2017, č.j. ÚOHS-S0318,S0325/2017/VZ-28607/2017/532/MOn, vydanému ve správním řízení ve věci přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), při zadávání veřejné zakázky „Zajištění podpory provozu Integrovaného informačního systému Státní pokladny (IISSP) pro rok 2013“ (dále jen „veřejná zakázka č. 1“) v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 25.2.2013 (formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 29.3.2013 pod evidenčním číslem zakázky 343674) a ve věci přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ při zadávání veřejné zakázky „Zajištění podpory provozu Integrovaného informačního systému Státní pokladny (IISSP) pro 1. čtvrtletí 2014“ (dále jen „veřejná zakázka č. 2“) v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 27.12.2013 (formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 24.1.2014 pod evidenčním číslem zakázky 374626).
2. Žalovaný výrokem I. prvostupňového rozhodnutí rozhodl o spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že žalobce při zadávání veřejné zakázky č. 1 porušil § 21 odst. 2 ZVZ, protože 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) ZVZ, neboť neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč (IBM Česká republika, spol. s.r.o.), přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a žalobce uzavřel dne 22.3.2013 smlouvu. Výrokem II. prvostupňového rozhodnutí žalovaný rozhodl o spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že žalobce při zadávání veřejné zakázky č. 2 porušil § 21 odst. 2 ZVZ, protože 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) ZVZ, neboť neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč (IBM Česká republika, spol. s r.o.), přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a žalobce uzavřel dne 17.1.2014 smlouvu. Za spáchání uvedených přestupků uložil žalovaný výrokem III. prvostupňového rozhodnutí žalobci podle § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ pokutu ve výši 820 000 Kč. Napadené druhostupňové rozhodnutí pak tyto závěry potvrdilo.

II. Shrnutí procesního postoje žalobce

3. Žalobce se dožaduje toho, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno pro nezákonný postup žalovaného spočívající v zahájení správního řízení v rozporu s § 259 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), na základě podnětu bez toho, že by byl za podnět uhrazen poplatek; žalovaný se podle § 259 odst. 4 ZZVZ takovým podnětem neměl vůbec zabývat. Pokud k tomu žalovaný uvádí v prvostupňovém rozhodnutí, že řízení bylo zahájeno z vlastní iniciativy, resp. v napadeném rozhodnutí, že žalovaný správní řízení zahájil na základě podání Policie České republiky, jakožto podání, jímž došlo ve smyslu § 159a odst. 1 písm. a) zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), dále jen „trestní řád“, k odevzdání věci žalovanému k projednání, které není podnětem ve smyslu § 259 ZZVZ, žalobce s tím nesouhlasí a považuje v tomto směru napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné. Uvedeným postupem současně dle názoru žalobce došlo k popření principu legality a enumerace veřejnoprávních pretenzí, současně žalovaný takovým postupem ignoroval princip zákazu sebeobviňování, který plyne ze čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a svobod.

4. Dále žalobce namítá, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť žalovaný v něm nespécifikoval, v čem spatřuje naplnění skutkové podstaty podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Konkrétně se žalovaný opomenul vypořádat s otázkou, zda údajné porušení ZVZ ze strany žalobce dosahovalo takové intenzity, že bylo způsobitelné podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.
5. Žalobce dále namítá nezákonnost a nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, jelikož žalovaný nezohlednil § 222 ZZVZ coby pozdější pro žalobce příznivější právní úpravu; k tomu žalobce odkazuje na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 16.11.2016, č.j. 5 As 104/2013-46, rozsudky téhož soudu ze dne 27.10.2004, č.j. 6 A 126/2002-27, a ze dne 31.5.2007, č.j. 8 Afs 17/2007-135, a rozhodnutí žalovaného ze dne 23.3.2015, č.j. ÚOHS-S1069/2014/VZ-6942/2015/551/OPa.
6. Dále žalobce namítá, že žalovaný v řízení nemohl dovozovat žalobcovo důkazní břemeno; to není v žádném právním předpisu výslovně zakotveno, naopak se vymyká standardnímu pojetí správního trestání, k čemuž žalobce odkazuje na zásadu legality a materiální pravdy, na povinnost zjišťovat veškeré skutečnosti i ve prospěch účastníka řízení a na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 14.1.2014, č.j. 5 As 126/2011-68, a ze dne 30.12.2010, č.j. 4 Ads 44/2010-132. Podle žalobce žalovaný nesprávně posoudil otázku obráceného důkazního břemena na straně žalobce a rezignoval na odpovídající zjištění skutkového stavu. V této souvislosti žalobce poukazuje i na vady výroku I. a II. prvostupňového rozhodnutí, kde žalovaný výslovně neprokázání rozhodných skutečností, resp. splnění podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění, zmiňuje, aniž by toto hledisko skutková podstata přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ obsahovala. Takto formulovaný výrok je podle žalobce současně nepřezkoumatelným z časového pohledu, neboť z něj není zřejmé, kdy se žalobce přestupku měl dopustit.
7. Ve vztahu ke tvrzenému obrácení důkazního břemena žalobce dále namítá, že žalovaný jej měl o jeho existenci poučit v oznámení o zahájení správního řízení, což neučinil, a neučinil tak navíc ani následně v průběhu správního řízení. V této souvislosti žalobce namítá i to, že žalovaný nebyl ochoten v řízení akceptovat podklady, doplňující analýzy a posouzení, jež měly podporovat oprávněnost použití jednacích řízení bez uveřejnění, datované po zahájení zadávacího řízení, přičemž zákon žalobci neukládá povinnost disponovat veškerými podklady o oprávněnosti použití jednacích řízení bez uveřejnění již před jeho zahájením. Žalobce dále uvádí, že žalovaný nesprávně posoudil právní otázku naplnění technických podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění.
8. Žalobce konečně namítá nepřezkoumatelnost části napadeného rozhodnutí týkající se odůvodnění výše pokuty a považuje ji za nepřiměřeně vysokou.
9. Žalobce tedy navrhuje, aby zdejší soud napadené rozhodnutí zrušil. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem.

III. Shrnutí procesního postojů žalovaného

10. Žalovaný se žalobou nesouhlasí, argumentuje důvody obsaženými v napadeném rozhodnutí, na jejich správnosti setrvává a navrhuje, aby zdejší soud žalobu jako nedůvodnou zamítl. Taktéž žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před zdejším soudem.

IV. Posouzení věci

11. Žaloba byla podána včas (§ 72 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), žaloba je přípustná (§ 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

12. Zdejší soud napadené rozhodnutí přezkoumával v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného (§ 75 odst. 1 s.ř.s.) a dospěl k závěru, že žaloba je důvodná.

IV. a)

13. Nejprve bylo třeba se zabývat relativně oddělitelnými námitkami nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, neboť pouze přezkoumatelné rozhodnutí je způsobilé být předmětem hodnocení z hlediska tvrzených nezákonností a vad řízení.
14. Podle § 68 odst. 3 správního řádu se v odůvodnění rozhodnutí uvedou důvody výroku nebo výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů, a informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí. To žalovaný podle zdejšího soudu v obou postupně vydaných rozhodnutích splnil. Z napadeného rozhodnutí pro zdejší soud především srozumitelně plyne, z jakých podkladů žalovaný věcně vycházel (a z jakých nikoli), jak na ně nahlížel i na základě jaké argumentační linie dospěl ke svým závěrům. Správnost náhledu na podklady, na jejich kompletnost pro posouzení věci i na posouzení jednotlivých dílčích otázek souvisejících se zadáváním veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění je již věcí posouzení věcné a procesní správnosti postupu žalovaného.
15. Pokud žalobce namítá neposouzení intenzity údajného porušení ZVZ v napadeném rozhodnutí, pak mu zdejší soud dává za pravdu; předseda žalovaného se této otázky v napadeném rozhodnutí vskutku nedotýká ani okrajově. Znakem skutkové podstaty podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ spočívajícím v podstatném ovlivnění nebo možném podstatném ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky se však důkladně zabýval žalovaný v bodech 125. až 129. odůvodnění prvostupňového rozhodnutí. Řízení v prvním stupni a řízení o rozkladu tvoří jeden celek (z konstantní judikatury např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27.2.2013, č.j. 6 Ads 134/2012-47) a eventuální mezery v odůvodnění rozhodnutí o rozkladu, které by za jiných okolností mohly způsobovat jeho nepřezkoumatelnost, lze zaplnit argumenty obsaženými již v rozhodnutí prvního stupně (z konstantní judikatury např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31.10.2014, č.j. 6 As 161/2013-25), a to tím spíše v situaci, kdy obě po sobě jdoucí rozhodnutí jsou vystavěna na témže argumentačním základu a opírají se o tentýž skutkový podklad a kdy žalobce prvostupňové závěry žalovaného o naplnění tohoto znaku skutkové podstaty v rozkladu konkrétně nenamítal. O vadu napadeného rozhodnutí tudíž nejde.
16. Žalobce dále namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí z důvodu nezohlednění příznivější pozdější právní úpravy. Ani tu zdejší soud se žalobcem nesouhlasí, neboť žalovaný se v rámci odůvodnění prvostupňového rozhodnutí zabýval otázkou pozdější příznivější právní úpravy v bodu 131. Zda jsou jeho závěry správné, již není otázkou přezkoumatelnosti, nýbrž zákonnosti napadeného rozhodnutí.
17. Z uvedených důvodů tedy napadené ani jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí žalovaného nepřezkoumatelným není.

IV. b)

18. Žalobce zpochybňuje zahájení řízení na základě podnětu, aniž by byl za podnět uhrazen poplatek podle § 259 ZZVZ; to považuje za nezákonnost.
19. Podle § 259 odst. 1 ZZVZ za podání podnětu k zahájení správního řízení z moci úřední žalovaný od toho, kdo podnět podal, vybere poplatek ve výši 10 000 Kč za každou veřejnou zakázku, ve vztahu k jejímuž zadávání je v podnětu uvedeno pochybení. Podle § 259 odst. 3 ZZVZ poplatek je splatný s podáním podnětu na účet žalovaného. Podle § 259 odst. 4 ZZVZ nebyl-li s podáním podnětu poplatek ve lhůtě dle odstavce 3 zaplacen, podnět se nevyřizuje. Podle § 259 odst. 5

ZZVZ se poplatek nevrací. Podle § 259 odst. 6 ZZVZ osvobození od poplatku ani prodloužení lhůty pro zaplacení poplatku není přípustné. Podle § 259 odst. 7 ZZVZ se zákon o správních poplatcích nepoužije.

20. Zdejší soud se k interpretaci a aplikaci § 259 ZZVZ vyjádřil již ve svém rozsudku ze dne 7.6.2017, č.j. 62 A 82/2017-169, v němž dospěl závěru, že „nevyřizováním“ podnětu se nerozumí, že by žalovaný „nemohl“ skutečnosti obsažené v podnětu samostatně či ve spojení s dalšími skutečnostmi zjištěnými v rámci výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek v nejšířším smyslu využít v rámci své navazující činnosti, kupř. při úvahách ohledně zahájení řízení z moci úřední. Od tohoto názoru nemá zdejší soud důvod se nyní odchylovat, tím spíše ne, je-li stejného názoru i Nejvyšší správní soud (rozsudek ze dne 17.1.2019, č.j. 3 As 184/2017-73). „Nevyřízením“ se tu podle zdejšího soudu tedy nerozumí „zákaz“ zabývat se skutečnostmi, jež jsou v podnětu uvedeny, tj. „zákaz“ zabývat se postupem příslušného zadavatele v rámci příslušné zadávací procedury z moci úřední; „nevyřízení“ (resp. „nevyřizování“) podnětu nemůže znamenat, že skutečnosti, na které bylo v podnětu, jenž nebyl „vyřízen“, poukazováno, mají zůstat navždy mimo dohled žalovaného, a to tím spíše, bylo-li by z nich indikováno porušení zadávacích pravidel. Naopak žalovaný je tu právě od toho, aby i sám, nad rámec veškerých návrhů a podnětů, vykonával trvalý a efektivní dozor v oblasti zadávání veřejných zakázek, přitom přijímání podnětů mu výkon této působnosti a pravomoci usnadňuje a zefektivňuje. Zpoplatnění podnětů ve smyslu § 259 ZZVZ na povinnostech žalovaného vykonávat efektivní výkon dohledu nad zadáváním veřejných zakázek – i bez podávání podnětů, stejně jako bez placení poplatků za podávané podněty – vůbec nic nemění; žalovaný je tu tedy v oblasti dohledu nad zadáváním veřejných zakázek i po účinnosti § 259 ZZVZ od toho, aby se zabýval veškerými indiciemi ohledně porušení zadávacích pravidel, ať už k příslušným zákonem předvídaným návrhům či ze své úřední povinnosti – a k tomu mu slouží i přijímání podnětů, ať už těch, které má formálně „vyřizovat“ (neboť jsou podány mimo jiné za podmínek stanovených v § 259 ZZVZ), nebo těch, které pro nedodržení pravidel podávaných z § 259 ZZVZ sice formálně „vyřizovat“ nemá, přesto se však mohou stát informačním základem navazujících skutkových zjištění ohledně možného porušení zadávacích pravidel.
21. „Nevyřízením“ (bez splnění poplatkové povinnosti) ve smyslu § 259 odst. 4 ZZVZ se podle zdejšího soudu rozumí postup, v rámci něhož žalovaný nemusí na příslušný podnět reagovat takovým způsobem, jak předvídá § 42 správního řádu. Je-li tedy splněna podmínka hypotézy obsažené v § 259 odst. 4 ZZVZ, tj. nebyl-li s podáním podnětu poplatek zaplacen, „nevyřizuje“ žalovaný takový podnět ve vztahu k jeho podateli. Při splnění podmínky hypotézy obsažené v § 259 odst. 4 ZZVZ tudíž podateli podnětu nevzniká právo na to, aby mu žalovaný sdělil, zda řízení z moci úřední zahájil či zda (a z jakých důvodů) je nezahájil, jak by podateli jinak plynulo z § 42 správního řádu, neboť § 259 odst. 4 ZZVZ je ve vztahu k § 42 správního řádu právní normou speciální. Specialita, aniž by vedle toho musela být aplikace § 42 správního řádu výslovně vyloučena, podle zdejšího soudu tedy fakticky znamená, že žalovaný za splnění podmínky hypotézy § 259 odst. 4 ZZVZ nemá povinnost podnět „přijmout“ a poté s ním nakládat tak, jak předvídá obecná norma obsažená v § 42 správního řádu.
22. Proto z pohledu oprávněnosti žalovaného vést v nyní posuzované věci správní řízení není podstatné, zda „podání“ Policie České republiky k žalovanému bylo „kvalifikovaným“ podáním ve smyslu § 159a odst. 1 písm. a) trestního řádu nebo „pouhým“ podnětem ve smyslu § 259 ZZVZ, neboť žalovaný byl oprávněn zahájit správní řízení z moci úřední. Na uvedeném výkladu § 259 ZZVZ ničeho nemění ani žalobcem zmiňované záznamy z jednání Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky dokreslující legislativní genezi předmětného ustanovení ZZVZ či rozhovor s předsedou žalovaného v médiích. Takové materiály mohou za určitých okolností tvořit podpůrné argumenty pro interpretaci či aplikaci právních norem, nicméně v posuzované věci by vedly k absurdním závěrům spočívajícím zejména v přiznání legitimacy „zablokovat“

činnost žalovaného ve vztahu ke konkrétnímu postupu zadavatele podáním podnětu a neuhrazením poplatku. Pokud žalobce spatřuje smysl § 259 ZZVZ v ochraně oprávněných zájmů zadavatelů, jejichž činnost při zadávání veřejných zakázek „nemá být neustále zpochybňována“, pak ani v tomto směru mu zdejší soud nedává zapravdu. Účelem předmětného ustanovení – třebaže má zdejší soud určité pochybnosti ohledně jeho odůvodněnosti, korektnosti a obecné bezvýhradné přijatelnosti – mělo být „odbremenění“ žalovaného a nikoliv zadavatelů od možného přezkumu zadávacích procedur, resp. povinností, které se pro ně z povinných zadávacích procedur vyplývají.

23. Správní řízení tedy bylo zahájeno v souladu s právními předpisy a důkazy v něm shromážděné nelze z důvodu nezákonného zahájení řízení hodnotit jako nezákonné, resp. získané či provedené v rozporu se zákonem, a tudíž nepoužitelné. V tomto ohledu je napadené rozhodnutí také přezkoumatelné, neboť předseda žalovaného se rozkladové argumentaci žalobce vztahující se k porušení § 259 ZZVZ vyjádřil v bodech 16. až 22. napadeného rozhodnutí.
24. Pokud žalobce namítá, že žalovaný v souvislosti s uvedeným postupem – zahájením správního řízení – porušil zásadu zákazu sebeobviňování, pak nad rámec shora uvedeného (tj. že správní řízení bylo zahájeno „oprávněně“) zdejší soud dodává, že zákaz sebeobviňování je coby zásada vykládán jako součást práva na spravedlivý proces plynoucí z čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a z čl. 37 odst. 1 Listiny základních práv a svobod a za porušení této zásady se konstantně nepovažuje uložení povinnosti předložit existující listiny, neboť adresátovi povinnosti nic nebrání se v řízení hájit a zpochybnit předložené listiny či význam, který jim správní orgán přiznal (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15.12.2016, č.j. 2 As 254/2016-39, a nález Ústavního soudu ze dne 30. 11. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 30/10).
25. Tím spíše nelze porušení zásady zákazu sebeobviňování dovozovat v případě, kdy zákon zadavateli – tu žalobci – výslovně povinnost poskytnout určité listiny – tu dokumentaci o veřejné zakázce – ukládá a její nesplnění považuje za přestupek (§ 120 odst. 1 písm. f/ ZVZ, resp. § 252 ve spojení s § 268 odst. 1 písm. e/ ZZVZ).

IV. c)

26. Žalobce dále namítá nezákonnost napadeného rozhodnutí z důvodu nezohlednění pozdější příznivější právní úpravy, konkrétně § 222 ZZVZ, který upravuje změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, neboť na zadání předmětné veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění je možné nahlížet jako na změnu původního závazku ve smyslu § 222 ZZVZ.
27. Žalobce byl shledán vinným ze spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že při zadávání předmětné veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění porušil § 21 odst. 2 ZVZ, 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) ZVZ. Předmětem původní smlouvy byl mimo jiné podle bodu 4.1.3. „[z]ávazek Dodavatele poskytnout MF plnění druhu „Podpora“, tj. *„dodávku služeb odborné IT podpory v rozsahu a způsobem popsáným v Příloze č. 3 této Smlouvy.“* Podle bodu 2.1. přílohy č. 3 smlouvy „[p]ředmětem plnění je závazek Dodavatele poskytnout rezervovanou kapacitu IT odborníků pro poskytování služeb odborné IT podpory MF ...“, což je dále specifikováno v bodu 2.2. této přílohy mimo jiné tak, že „[d]odavatel poskytne v rámci Servisní smlouvy (kterou je právě předmětná Příloha č. 3 Smlouvy – poznámka soudu) plnění: podporu uživatelů s provozovanými (naimplementovanými) částmi, funkcemi, SW produktu“. Předmětem smlouvy na veřejnou zakázku č. 1 uzavřené v rámci jednacího řízení bez uveřejnění je podle čl. I bodu 1. závazek dodavatele poskytnout MF služby specifikované v příloze č. 1 smlouvy – Specifikace předmětu a termínů plnění, podle jejíhož čl. 1 se dodavatel zavazuje „*vykonávat pro MF následující činnosti: aplikační podpora systému IISSP, bázeová podpora systému IISSP, řízení provozu systému IISSP realizace Požadaveků na změnu systému IISSP a Servisních změn systému IISSP, realizace Požadaveků na informaci systému IISSP, realizace Požadaveků na podporu systému IISSP*“. Identicky je vymezen i

předmět smlouvy na veřejnou zakázku č. 2 uzavřené v rámci jednacního řízení bez uveřejnění (čl. I. bod 1. smlouvy a čl. 1 přílohy č. 1 smlouvy – Specifikace předmětu a termínů plnění).

28. Proto nelze bezvýhradně přisvědčit názoru žalovaného, podle něhož se v dané věci nejedná o změnu závazku z původní smlouvy, nýbrž vzniká závazek zcela nový, neboť z citovaných pasáží smluv vyplývá, že účelem „navazující“ smlouvy bylo rozšířit předmět původní smlouvy, jejíž předmět v sobě zahrnoval i poskytování podpory. Podle zdejšího soudu v úvahu – jako pro žalobce příznivější pozdější právní úprava – přichází aplikace § 222 odst. 4, 5 nebo 6 ZZVZ, kde jsou stanoveny podmínky, za kterých může být závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku dodatečně, a to i opakovaně, měněn, aniž by se jednalo o podstatnou změnu smlouvy a aniž by tato změna musela být výsledkem samostatného zadávacího řízení (§ 222 odst. 1 ZZVZ).
29. Podle § 222 odst. 4 ZZVZ se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je a) nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a b) nižší než 10 % původní hodnoty závazku. Pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnot všech těchto změn. Podle § 222 odst. 5 ZZVZ se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažují dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou nezbytné a změna v osobě dodavatele a) není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení, b) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů a c) hodnota dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce. Podle § 222 odst. 6 ZZVZ se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna, a) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, b) nemění celkovou povahu veřejné zakázky a c) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce. Změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 odst. 5 a 6 ZZVZ jsou současně limitovány pravidlem podle § 222 odst. 9 ZZVZ, podle kterého se pro účely výpočtu hodnoty změny nebo cenového nárůstu původní hodnotou závazku rozumí cena sjednaná ve smlouvě na veřejnou zakázku upravená v souladu s ustanoveními o změně ceny, obsahuje-li smlouva na veřejnou zakázku taková ustanovení. Celkový cenový nárůst související se změnami podle odstavců 5 a 6 při odečtení stavebních prací, služeb nebo dodávek, které nebyly s ohledem na tyto změny realizovány, nesmí přesáhnout 30 % původní hodnoty závazku.
30. Nahlížet na změnu závazku z původní smlouvy na veřejnou zakázku smlouvami na veřejnou zakázku č. 1 a č. 2 coby změnu nepodstatnou podle § 222 odst. 4 ZZVZ nelze již proto, že souhrnná hodnota smluv na veřejnou zakázku č. 1 a č. 2 činí 234 996 410 Kč, což překračuje jak finanční limit podle § 222 odst. 4 písm. a) ZZVZ (finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku na služby s ohledem na postavení žalobce jako zadavatele podle § 4 odst. 1 písm. a) ZZVZ činí podle nařízení vlády č. 172/2016 Sb. částku 3 686 000 Kč), tak finanční limit podle § 222 odst. 4 písm. b) bodu 1. ZZVZ (10 % původní hodnoty závazku činí 214 993 430 Kč).
31. V úvahu nicméně stále přichází aplikace změny závazku z původní smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 odst. 5, resp. odst. 6 ZZVZ. V tomto ohledu žalovaný žádné úvahy nevedl (byl nesprávně veden úvodní úvahou, že nemohlo dojít ke změně původního závazku, nýbrž že vznikl závazek nový), přitom použití § 222 odst. 5, resp. odst. 6 ZZVZ prima vista vskutku vyloučeno není. V tomto ohledu zdejší soud dovozuje dílčí nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, což je důvodem jeho zrušení podle § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s. a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení podle § 78 odst. 4 s.ř.s.

32. Bude tedy na žalovaném, aby ve vztahu k předmětu veřejné zakázky č. 1 i veřejné zakázky č. 2 posoudil eventuální splnění zákonem stanovených podmínek pro změny závazku ze smlouvy bez nového zadávacího řízení (především podle § 222 odst. 5 a 6 ZZVZ), a dospěje-li k odůvodněnému závěru, že tyto podmínky jsou splněny (či nikoli), aby z toho vyvodil odpovídající celkový právní závěr.

IV. d)

33. Shora uvedené nebrání zdejšímu soudu vyjádřit se pro další řízení před žalovaným k dalším nosným částem žalobní argumentace, vyjma zpochybnění uložené pokuty; zdejší soud to naopak pokládá za účelné.
34. Žalobce v žalobě namítá, že žalovaný v řízení obrátil důkazní břemeno v neprospěch žalobce bez zákonné opory, v rozporu se základními zásadami správního řízení a judikaturou Nejvyššího správního soudu vztahující se k sankčním správním řízením.
35. Zdejší soud k této části žalobní argumentace nutně vychází z toho, že na základě aplikace zásady legality zakotvené v § 2 odst. 1 správního řádu postupuje správní orgán v souladu se zákony a ostatními právními předpisy, jakož i mezinárodními smlouvami, které jsou součástí právního řádu. Podle zásady materiální pravdy (§ 3 správního řádu) nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu. Zvláštní důraz na důkladné zjištění skutkového stavu je pak třeba klást v rámci řízení o potrestání za správní delikt (přestupek) zahajovaného z úřední povinnosti (z konstantní judikatury např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30.12.2010, č.j. 4 Ads 44/2010-132). Je třeba poukázat rovněž na aplikovatelnost zásady vyšetřovací ve smyslu § 50 odst. 3 věty druhé správního řádu, podle níž v řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, je správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena.
36. V řízeních, v nichž má být z moci úřední uložena povinnost (jako je tomu v nyní posuzované věci), která jsou ovládána výlučně zásadou vyšetřovací, je správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena, přičemž je to právě správní orgán, který nese odpovědnost za řádné soustředění podkladů pro rozhodnutí a případně i odpovědnost za nesplnění této povinnosti (z konstantní judikatury např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 30.6.2011, č.j. 2 As 78/2010-49, ze dne 18.1.2018, č.j. 7 Azs 385/2017-29, ze dne 31.7.2007, č.j. 4 Azs 44/2007-124, ze dne 27.12.2011, č.j. 7 As 82/2011-81, ze dne 24.6.2013, č.j. 5 As 160/2012-44, ze dne 7.4.2011, č.j. 5 As 7/2011-48, ze dne 19.6.2014, č.j. 2 As 52/2013-69). Tuto povinnost však může zvláštní právní úprava ze správního orgánu sejmout tím, že stanoví, že důkazní břemeno ohledně okolností svědčících ve prospěch toho, komu má být povinnost uložena, nese právě tato osoba a nikoli správní orgán (např. § 10 odst. 1 zákona č. 311/2006 Sb., o pohonných hmotách a čerpacích stanicích pohonných hmot a o změně některých souvisejících zákonů). ZVZ, ZZVZ ani žádný jiný na věc použitelný právní předpis však nic takového pro řízení před žalovaným nestanoví.
37. Žalovaný – na první pohled odlišně od právě uvedených východisek – v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí zastává názor, že „...důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na obviněném, jehož povinností je, aby doložil, že jednací řízení bez uveřejnění bylo v okamžiku zahájení zadávání veřejné zakázky jedinou možnou variantou a že předmět takto zadané zakázky nemohl být zadán v jiném druhu zadávacího řízení, které je oproti jednacímu řízení bez uveřejnění ze své podstaty transparentnější. Dochází tak ke výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě přestupků leží na správním orgánu, který musí zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na obviněném. V případech jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy

právě obviněný, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem a zvolil tedy tento druh zadávacího řízení oprávněně“, k čemuž žalovaný dále dodává, že „...povinnost zjištění skutkového stavu věci Úřadu se s ohledem na obrácené důkazní břemeno v souvislosti s doložením podmínek opravňujících použití jednacích řízení bez uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda obviněný toto důkazní břemeno unesl či nikoliv“. To žalovaný opírá o rozsudky Soudního dvora Evropské unie a tuzemských správních soudů.

38. Zdejší soud je s judikaturou Soudního dvora Evropské unie (žalovaným zmiňované rozsudky ze 10.3.1987, C-199/85, ze dne 28.3.1996, C-318/94, ze dne 14.9.2004, C-385/02, ze dne 18.5.1995, C-57/94, a nadto i rozsudky ze dne 17.11.1993, C-71/92, ze dne 10.4.2003, C-20/01, ze dne 10.4.2003, C-28/01) i tuzemských správních soudů (rozsudky zdejšího soudu ze dne 3.10.2013, č.j. 62 Af 48/2012-160, ze dne 13.1.2015, č.j. 62 Af 95/2013-74, ze dne 10.7.2014, č.j. 62 Af 93/2013-34, ze dne 28. 6. 2017, č.j. 31 Af 35/2015-80, a rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25.11.2015, č.j. 3 As 18/2015-32, ze dne 31.8.2015, č.j. 8 As 149/2014-68, a ze dne 11.1.2013, č.j. 5 Afs 42/2012-53), podle nichž důkazní břemeno ohledně existence okolností opravňujících k použití jednacích řízení bez uveřejnění leží na tom, kdo se jich dovolává, dobře seznámen a nemá v nejmenším úmyslu se od této judikatury v nyní posuzované věci jakkoli odchylovat.
39. Současně však zdejší soud – pokud jde o naplnění právě uvedených východisek – nemůže přehlédnout chronologický vývoj právního názoru žalovaného na tuto otázku. Zdejšímu soudu je z jeho činnosti známo, že žalovaný, který tehdy vycházel v zásadě výhradně z judikatury Soudního dvora Evropské unie, ve svém rozhodnutí ze dne 21.2.2012, č.j. ÚOHS-R215/2011/VZ-3094/2012/310/JSI/ASc, mimo jiné uvedl, že „...při použití jednacích řízení bez uveřejnění se uplatňují dvě hlavní zásady. Zaprvé nelze právní úpravu jednacích řízení bez uveřejnění vykládat jinak než striktně Zadruhé, je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro jeho použití (tamtéž)...“. V rozhodnutí ze dne 12.4.2012, č.j. ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé, žalovaný konstatoval, že „...[j]e na zadavateli, aby prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. V neposlední řadě je zadavatel rovněž povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacích řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná...“. V rozhodnutí ze dne 29.9.2016, č.j. ÚOHS-R0064/2016/VZ-39883/2016/323/KKř, již žalovaný zaujal – podle zdejšího soudu – citelně přísnější postoj, když uvedl, že postavení zadavatele „...je v důsledku přesunu důkazního břemene na jeho osobu do jisté míry oslabeno, resp. je mu ztížena obrana před orgánem dohledu. To však ničehož nemění na tom, že k takovému „zátížení“ zadavatele došlo „vědomě“, jako logický následek restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění...“. V naposledy citovaném rozhodnutí žalovaný dále uvedl, že „...[ú]řad přitom zcela jistě není povinen jakkoliv vyvracet tvrzení zadavatele o neporušení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť je to zadavatel, koho stihá povinnost tato tvrzení prokázat, a pokud je není schopen prokázat, pak se má za to, že v souladu se zákonem nepostupoval. Přísnost takové konstrukce je pak mimo jiné dána právě snahou o eliminaci používání tohoto druhu zadávacího řízení, a to v zájmu zachování co nejvíce transparentní hospodářské soutěže...“. Názorová evoluce, jež je patrna z právě uvedených rozhodnutí žalovaného, však nemůže vyústit v názor, že žalovaný může být v jím vedeném řízení zcela pasivní a že se i přes konkrétní tvrzení účastníka správního řízení (zadavatele) a konkrétní důkazní návrhy zadavatelovou situací, v níž jednacích řízení bez uveřejnění probíhalo, reálně nemusí zabývat. To by znamenalo popření zásady správního řízení trestní (sankční) povahy, a to bez jakékoli zákonné opory.
40. Řízení o přezkumu úkonů zadavatele spočívajících v zadávání veřejné zakázky prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění má, stejně jako tento druh zadávacího řízení samotný, určitá specifika. Jedním z nich je, že zadavatel může tento druh zadávacího řízení použít pouze v případě, že jsou splněny zákonné podmínky podle § 23 ZVZ, resp. § 63 až 66 ZZVZ, přičemž

tyto podmínky musejí být splněny k okamžiku zahájení jednacího řízení bez uveřejnění – jinak by takto zadavatel postupovat nemohl a jinak by o možnosti takto postupovat zadavatel nemohl ani vědět. Postupuje-li zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění, činí tak proto, že má k okamžiku zahájení tohoto zadávacího řízení za postavené najisto, že jsou na jeho straně dány konkrétní specifické důvody (odpovídající právě § 23 ZVZ, resp. § 63 až 66 ZZVZ), jež také zadavatel sám je schopen konkrétně pojmenovat – a to v okamžiku, kdy k jednacímu řízení bez uveřejnění přistoupí, a samozřejmě shodně kdykoli v budoucnu, bude-li třeba volbu jednacího řízení bez uveřejnění obhajovat. Volí-li zadavatel výjimečný postup, jenž spočívá v uzavření smlouvy na veřejnou zakázku bez jakéhokoli nutného uveřejnění (odtud „jednací řízení bez uveřejnění“), tedy bez reálné možnosti dodavatelů získat povědomí o zadávané veřejné zakázce, je to tedy právě on, kdo musí mít před zahájením takového postupu postaveno najisto, že jsou pro to naplněny konkrétní důvody. „Za zadavatele“ tedy takové důvody vskutku nikdo (ani žalovaný) sám domýšlet nemůže, jednoduše již proto, že konkrétní okolnosti na straně zadavatele zpravidla nemůže znát. Právě tato skutečnost (coby možné specifikum) nachází svůj odraz v konkrétních možnostech aktivity žalovaného ve správním řízení a je také důvodem shora uvedenou judikaturou (unijní i tuzemskou) dovozované povinnosti zadavatele být co do sdělení konkrétních důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění ve vztahu k žalovanému aktivní. Logicky věcně omezené možnosti aktivity žalovaného ohledně odhalování skutečných konkrétních důvodů na straně zadavatele pro použití jednacího řízení bez uveřejnění se však nemohou rovnat absolutní pasivitě.

41. S ohledem na charakter jednacího řízení bez uveřejnění jako jedné z výjimek z jinak povinného použití „otevřenějších“ zadávacích řízení, jak bylo opakovaně dovozeno shora citovanou judikaturou (formálně sice podle ZVZ ani podle ZZVZ nejde o „výjimku“, materiálně však jednací řízení bez uveřejnění „výjimkou“ z jinak povinného použití „otevřenějších“ zadávacích řízení je), je na zadavateli, aby v případě zahájení přezkumného řízení žalovanému nejen tvrdil, že podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění byly splněny, nýbrž současně v souladu s § 52 správního řádu důsledně (a při použití jednacího řízení bez uveřejnění o to důsledněji) splnil svoji povinnost označit důkazy na podporu svých tvrzení ohledně oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění. Na žalovaném pak je, aby tyto důkazy provedl a učinil závěr, zda z takto provedených důkazů naplnění konkrétních důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění v konkrétní zadavatelské situaci plyne či nikoli. Obecná zákonná i judikatorní východiska ohledně povahy a nositele důkazního břemena, resp. zásady vyšetřovací v sankčních správních řízeních, tak nejsou prolamována nikterak principiálně, pouze musí být zohledněno, že žalovaný v přezkumných řízeních týkajících se oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění nemůže rozhodovat o oprávněnosti konkrétních a přesně k proběhlému jednacímu řízení bez uveřejnění se vážících důvodů, aniž by je měl do všech nezbytných detailů od zadavatele předestřeny. Logicky pak nemůže žalovaný za zadavatele domýšlet eventuelní další důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, než na které se v dostatečné míře konkrétnosti spolu s označením důkazů na podporu svých tvrzení odvolává sám zadavatel, neboť žalovaný jeho konkrétní zadavatelskou situaci jednoduše nezná. Není tedy možné – a právě takto zdejší soud rozumí shora vyjmenované judikatuře – aby zadavatel, který využil výjimky z jinak „otevřenějších“ druhů zadávacích řízení na základě potenciálního splnění zákonných podmínek pro použití jednacího řízení, v přezkumném řízení žalovanému předložil toliko dokumentaci o veřejné zakázce a ve zbytku byl zcela pasivní s odkazem na potřebu respektu k pravidlům o uplatnění zásady vyšetřovací. Teprve na základě aktivity zadavatele při sdělení konkrétních důvodů, pro které k jednacímu řízení přistoupil, je na žalovaném, aby posoudil, zda byly splněny zákonné podmínky, přičemž splnění zákonných podmínek musí zadavatel nejen tvrdit, nýbrž i v souladu s § 52 správního řádu označit jasně a konkrétně (!) důkazy na podporu svých tvrzení – nemůže tak být pouze pasivní.

42. Z uvedeného tedy zdejší soud dovozuje, že žalovaný nemá povinnost skutečnosti, resp. důvody, které zadavatele opravňovaly k zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, sám vyhledávat – to by bylo v mnoha případech nejen složité, nýbrž mnohdy i nemožné, a mělo by to za následek faktické znemožnění přezkumu zadávání veřejných zakázek prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění. Podle zdejšího soudu se – záměrně velmi zjednodušeně řečeno – může ve vztahu k přezkumu postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění uplatnit konstrukce obdobná jako v případě trestného činu nevedení účetnictvím podle § 254 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku; i v tomto případě musí ten, kdo je k tomu ze zákona povinen, předložit účetnictví, jinak bude shledán vinným ze spáchání trestného činu, aniž by orgány činné v trestním řízení musely účetnictví dohledávat a prokazovat tak jeho neexistenci.
43. Na splnění povinnosti zadavatele konkrétní důvody pro použití jednacího řízení tvrdit a navrhnout důkazy k prokázání těchto tvrzení pak navazuje nutná aktivita žalovaného. Pokud zadavatel v přezkumném řízení splní povinnost uloženou mu § 52 správního řádu a označí konkrétní důkazy na podporu svých tvrzení o splnění konkrétních podmínek opravňujících jej zadat veřejnou zakázku prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, je jistě na žalovaném, aby označené důkazy provedl a pak je hodnotil. To respektování zásady vyšetřovací odpovídá. Tyto závěry vyplývají zdejšímu soudu i z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30.5.2014, č.j. 5 Afs 48/2013-272, kde kasační soud konstatoval, že *„...důkazní břemeno splnění zákonných podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění stíhá zadavatele, a orgán dohledu by tak v tomto směru rozhodně neměl akceptovat jeho naprostou důkazní pasivitu (tu v nyní souzené věci zadavatelé spravedlivě vytýkat nelze, neboť na jeho popud vypracovaná odborná stanoviska, i přes konstatované nedostatky, svědčí minimálně o snaze důkazní břemeno unést); na druhou stranu ovšem lze připustit, aby orgán dohledu podle potřeby doplnil důkazy sám, a to zejména tam, kde dospěl k důvodným pochybnostem o použitelnosti důkazních prostředků předložených účastníky...“*; a dále pak z rozsudku zdejšího soudu ze dne 28.6.2017, č.j. 31 Af 35/2015-80, kde zdejší soud uvedl, že *„...důkazní břemeno žalovaného stíhá tehdy, pokud chce zpochybnit skutečnosti, u kterých unesl své důkazní břemeno zadavatel...“*.
44. Zdejší soud je tedy toho názoru, že závěr ohledně neunesení důkazního břemena přichází v úvahu toliko v situaci, kdy zadavatel na podporu svých tvrzení ohledně naplnění podmínek opravňujících jej k použití jednacího řízení bez uveřejnění neoznačí žádné konkrétní relevantní důkazy anebo kdy provedením důkazů se tvrzení zadavatele ohledně splnění podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění nepotvrdí.
45. V nyní posuzované věci žalovaný vyzval žalobce výzvou ze dne 1.3.2017 zejména k zaslání dokumentace k veřejné zakázce, písemného vyjádření k obsahu podnětu a souvisejícího zdůvodnění použití jednacího řízení bez uveřejnění. Žalobce na tuto výzvu relativně stručně a obecně reagoval písemností ze dne 13.3.2017. Žalovaný následně oznámením o zahájení řízení o přestupku č.j. ÚOHS-S0318/2017/VZ-23061/2017/532/MOn ze dne 10.8.2017 zahájil se žalobcem správní řízení. Žalobce v rámci správního řízení ve svých vyjádření ze dne 17.8.2017, ze dne 21.8.2017 a zejména ze dne 31.8.2017 k naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění z technických důvodů podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, resp. § 63 odst. 3 písm. b) ZZVZ, uvedl, že přistoupil k zadání veřejných zakázek formou jednacího řízení bez uveřejnění kvůli probíhajícímu otevřenému výběrovému řízení na dodavatele služeb podpory IISSP pro roky 2014 a 2015 a na základě *„vyhodnocení všech technických souvislostí a rizik, kdy se prokázalo, že zakázka může z technických důvodů plněna pouze stávajícím dodavatelem IISSP“*, k čemuž žalobce dále uvedl, že *„případná změna dodavatele služeb podpory IISSP na přelomu roku 2013/2014 by znamenala výrazné riziko pro provozovatele IISSP z hlediska nezbytného přenastavení systému na nový rozpočtový rok, a v případě neschválení rozpočtu na rok 2014 i nezbytnost přistoupení k režimu rozpočtového provizoria“* a současně *„obrožení stabilního fungování IISSP by mělo významné negativní dopady na uživatele jak z MF, tak i ostatních rozpočtových kapitol a organizačních složek státu“*. Za tohoto stavu žalovaný vydal prvostupňové

rozhodnutí, kterým mimo jiné konstatoval, že „[o]bviněný však opětovně neuvádí, jaké konkrétní „nepřiměřené“ technické problémy by změna dodavatele služeb podpory při současně probíhající implementaci zbylých modulů IISPP vyvolala a jaká míra rizikovitosti by byla spojená s realizací předmětu šetřené veřejné zakázky jiným dodavatelem, přičemž tyto skutečnosti nevyplývají ani z dokumentace o veřejné zakázce, resp. z podkladů, které obviněný Úřadu předložil“, což jej vedlo k závěru, že „argumentace obviněného je tedy v tomto smyslu zcela nedostatečná, když se jedná o zcela obecná, nekonkrétní, neprokázaná a nepodložená tvrzení, která nemohou představovat relevantní podklad, na základě kterého by Úřad mohl konstatovat, že obviněný unesl důkazní břemeno a prokázal technické důvody pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění“.

46. Žalovanému dává zdejší soud za pravdu v tom ohledu, že žalobce ve smyslu § 52 správního řádu neoznačil žádné konkrétní důkazy na podporu svých tvrzení ohledně naplnění podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění z technických důvodů, přestože měl možnost se opakovaně ve správním řízení i před jeho samotným zahájením k těmto důvodům vyjádřit. I samotná jeho tvrzení byla vedena v nekonkrétní rovině. Tím spíše pokud se, jak sám žalobce uvádí, před zadáváním veřejných zakázek prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění „prokázalo“, že zakázky mohou být z technických důvodů plněny pouze dodavatelem „původní“ veřejné zakázky, nic žalobci nebránilo, aby toto „prokázání“ provedl i v rámci správního řízení před žalovaným, resp. aby žalovanému jasně uvedl, čím konkrétně se to podle žalobce prokázalo; za takové „prokázání“ přitom nelze považovat hypotetickou možnost, že by bylo nutné přistoupit k režimu rozpočtového provizoria. Pro naplnění důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ (nebo § 63 odst. 3 písm. b/ ZZVZ) nepostačuje pouhá obecná obava z existence nespecifikovaných „výrazných rizik“ spojených s případným zadáním veřejné zakázky v jiném „otevřenějším“ druhu zadávacích řízení, resp. poskytnutím požadovaného plnění jiným dodavatelem, nýbrž objektivní nemožnost splnění předmětu veřejné zakázky dodavatelem odlišným od dodavatele původní veřejné zakázky. V tomto ohledu tedy nelze na žalovaného nahlížet jako na správní orgán, jenž by rezignoval na posouzení konkrétních tvrzení, jež by žalobce uplatnil, popř. na provedení důkazů ke konkrétním skutkovým otázkám, jež by žalobce navrhoval.
47. Dovodil-li tedy žalovaný, že žalobce „neprokázal“, že byl v situaci, kdy byl oprávněn zadávat veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění (tedy k tomu, co měl prokázat, neunesl důkazní břemeno), jde o závěr správný. Vyjadřuje to, že se účastníkovi řízení (žalobci) nepodařilo úspěšně se dovolat konkrétních důvodů, jež jej k použití jednacím řízení vedly (a jichž se – podle shora uvedené unijní i tuzemské judikatury – musel v konkrétní rovině dovolávat právě on sám).
48. Pokud jde o související námitku žalobce směřující proti vadám výroku I. a II. prvostupňového rozhodnutí, kde bylo deklarováno neunesení důkazního břemena ze strany žalobce, pak mu ani v tomto ohledu zdejší soud nedává za pravdu.
49. Ani žalobní námitce ohledně absence poučení o „obrácení důkazního břemena“ zdejší soud nemůže přisvědčit, neboť povinnost, která stíhá zadavatele v řízení o přezkumu zadávání veřejné zakázky prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění, spočívá v označení důkazů na podporu jeho tvrzení v souladu s § 52 správního řádu, přičemž zákon neukládá správnímu orgánu – tu žalovanému – povinnost účastníka řízení o této skutečnosti poučovat.
50. Žalobce dále namítá, že žalovaný nebyl v rámci přezkumu ochoten akceptovat doplňující znalecký posudek, jenž měl podporovat oprávněnost použití jednacím řízení bez uveřejnění, avšak byl datovaný po datu zahájení zadávacím řízení, k čemuž uvádí, že zákon mu neukládá povinnost prokazovat oprávněnost použití jednacím řízení bez uveřejnění pouze posouzeními učiněnými do data zahájení zadávacím řízení.
51. Názoru žalobce, že neexistuje obecný zákaz argumentovat pro oprávněnost použití jednacím řízení bez uveřejnění i podklady vzniklémi po zahájení zadávacím řízení, dává zdejší soud za

pravdu. Okamžik pořízení důkazních prostředků není v tomto smyslu ZZVZ ani jiným zákonem limitován; žalobce byl oprávněn dovolávat se na podporu svého tvrzení ohledně oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění všech údajů a skutečností, které by mohly podle jeho názoru přispět ke zjištění stavu věci. Žalobcem označené důkazy nicméně musely prokazovat splnění zákonných podmínek opravňujících žalobce zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění před zahájením samotného zadávacího řízení, resp. v okamžiku jeho zahájení. Právě proto, že později pořízenými a žalobcem označenými důkazy mají být prokázány skutečnosti, které musely nastat v minulosti – před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění, resp. v okamžiku jeho zahájení – může být reálná možnost prokázání těchto skutečností pomocí takových důkazů spíše výjimkou, nelze to však a priori považovat za nemožné. Především tato omezená možnost zpětně prokazovat naplnění podmínek, od jejichž naplnění zadavatel odvozoval oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění v době, kdy toto zadávací řízení zahajoval, se vztahuje na expertní (především technické) posudky různého druhu; ty by totiž měl zadavatel primárně pořídit před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění, právě proto, aby na jejich základě mohl kvalifikovaně posoudit, zda jsou zákonné podmínky pro jeho použití naplněny či nikoli. Přípustnost důkazů pořízených až po okamžiku zahájení jednacího řízení bez uveřejnění, z nichž mohou plynout skutková zjištění ve prospěch oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, ostatně vyplývá mimo jiné z rozsudku zdejšího soudu ze dne 13.1.2015, č.j. 62 Af 95/2013-74; tam se zdejší soud takovými důkazy zabýval a hodnotil je, aniž by je pokládal za nepřijatelné.

52. Se žalobcem však nelze souhlasit v tom, že by se žalovaný předmětným znaleckým posudkem v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí nezabýval, což je zřejmé z bodů 61. až 74 napadeného rozhodnutí. Jestliže žalovaný dospěl k závěru, že znalecký posudek předložený žalobcem obsahuje ve skutečnosti jen stručný souhrn obecných tvrzení, která navíc upozorňují na potenciální obtíže, aniž by závěry tam obsažené přesahovaly pouhé konstatování, že tu daný důvod je, jde ze strany žalovaného o hodnocení velmi přílehavé. Technické důvody, k jejichž existenci měl posudek zjevně směřovat, by musely být ve znaleckém posudku jasně a přesně popsány, což, jak ostatně sám znalec uvedl, opravdu nejsou. S hodnocením žalovaného tedy zdejší soud souhlasí.

IV. e)

53. Zdejší soud uzavírá, že z důvodů uvedených v části IV. c) odůvodnění tohoto rozsudku považuje napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné pro neposouzení eventuálního splnění zákonem stanovených podmínek pro změny závazku ze smlouvy bez nového zadávacího řízení (především podle § 222 odst. 5 a 6 ZZVZ). Proto zdejší soud podle § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s. napadené rozhodnutí bez jednání zrušil a věc žalovanému vrátil k dalšímu řízení podle § 78 odst. 4 s.ř.s. V dalším řízení je žalovaný vázán právním názorem zdejšího soudu vysloveným v tomto rozhodnutí (§ 78 odst. 5 s.ř.s.). Osud prvostupňového rozhodnutí žalovaného závisí na úvaze předsedy žalovaného v dalším průběhu řízení o žalobcově rozkladu.

V. Náklady řízení

54. Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1 větu první s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, jež důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce měl ve věci plný úspěch, a proto má podle § 60 odst. 1 s.ř.s. právo na náhradu nákladů řízení, žádné nad rámec jeho běžné činnosti mu však podle obsahu spisu nevznikly. Proto bylo rozhodnuto, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává. Žalovaný ve věci úspěch neměl, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejblíže následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s.ř.s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 4. října 2019

David Raus v.r.
předseda senátu