



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-R0216/2017/VZ-02960/2018/323/PMo ze dne 30.1.2018

**takto:**

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

## Odůvodnění:

### I. Shrnutí podstaty věci

1. Žalobce se žalobou domáhá zrušení rozhodnutí předsedy žalovaného č.j. ÚOHS-R0216/2017/VZ-02960/2018/323/PMo ze dne 30.1.2018, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno prvostupňové rozhodnutí žalovaného č.j. ÚOHS-S0369/2017/VZ-32816/2017/533/BKu ze dne 7.11.2017.
2. Žalovaný potrestal žalobce pokutou ve výši 121 000 Kč za spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“). Toho se měl žalobce dopustit tím, že porušil § 21 odst. 2 ZVZ, neboť veřejnou zakázku „Technická podpora produktů Oracle“ zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, aniž by k tomu byly splněny podmínky uvedené v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, neboť žalobce neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv realizovat pouze vybraný uchazeč, a žalobce mohl veřejnou zakázku zadat v jiném druhu zadávacího řízení umožňujícím soutěž dodavatelů; tento postup žalobce mohl podle žalovaného ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, žalobce uzavřel dne 14.6.2013 s vybraným uchazečem smlouvu.
3. Žalovaný argumentuje v tom směru, že žalobce pouze obecně tvrdil údajnou existenci technických důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, to ale nikterak nedoložil. Žalobce tedy podle žalovaného neunesl důkazní břemeno ohledně důvodů spočívajících v ochraně výhradních práv vybraného uchazeče a důvodů technických, vybraný uchazeč podle žalovaného nebyl jediným možným dodavatelem předmětu veřejné zakázky, a tedy veřejnou zakázku mohl plnit i jiný dodavatel než vybraný uchazeč (plnění veřejné zakázky mohlo být zajištěno přeprodejním obchodním modelem, čímž by bylo podle žalovaného vytvořeno alespoň určité soutěžní prostředí a hospodářská soutěž by tak nebyla zcela vyloučena); podle žalovaného se žalobce nemůže účinně dovolávat existence důvodu ochrany výhradních práv vybraného uchazeče, jelikož tyto důvody zapříčinil vlastním předchozím postupem.

### II. Shrnutí procesního postoje žalobce

4. Žalobce se domáhá toho, aby napadené rozhodnutí bylo 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, aniž by byl za podnět uhrazen poplatek; žalovaný se podle § 259 odst. 4 ZZVZ takovým podnětem neměl vůbec zabývat. Pokud k tomu žalovaný uvádí, že řízení bylo zahájeno z vlastní iniciativy, resp. 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, žalovaný 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 nerespektoval zásadu zákazu sebeobviňování podle čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a svobod.
5. Dále žalobce namítá, že žalovaný v řízení nemohl dovozovat žalobcovo důkazní břemeno; přenos tohoto břemena směrem k žalobci (účastníkovi správního řízení zahájeného z moci úřední pro podezření ze spáchání přestupku) není v žádném právním předpisu výslovně zakotven, 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, ze dne 30.12.2010, č.j. 4 Ads 44/2010-132, a ze dne 23.9.2004, č.j. 6 A 173/2002-33. Žalovaný podle

žalobce nesprávně posoudil otázku existence obráceného důkazního břemena a rezignoval na odpovídající zjištění skutkového stavu.

6. V této souvislosti žalobce poukazuje i na vady výroku I. prvostupňového rozhodnutí, kde žalovaný výslovně neprokázání rozhodných skutečností, resp. splnění podmínek pro použití jednacního řízení bez uveřejnění, zmiňuje, aniž by toto hledisko skutková podstata přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ obsahovala. Takto formulovaný výrok je podle názoru 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 neprovedl znalecký posudek podle žalobcova návrhu a že se žalovaný bez zákonné opory rozhodl neakceptovat jakékoli důkazy, které by byly z doby po zahájení jednacního řízení bez uveřejnění.
8. Žalobce dále trvá na tom, že jakožto zadavatel všechny zákonné podmínky pro použití jednacního řízení bez uveřejnění naplnil; podle žalobce neexistoval jiný dodavatel, který by byl schopen poptávané plnění poskytnout. Zmiňuje-li žalovaný jiná zadávací řízení (jiných zadavatelů) s více dodavateli, jednalo se o zadávací řízení realizovaná v jiné době (později).
9. Žalobce konečně namítá nepřezkoumatelnost části napadeného rozhodnutí týkající se odůvodnění výše pokuty a považuje ji za nepřiměřeně vysokou. Současně namítá nezákonnost a nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, jelikož žalovaný nezohlednil pro žalobce příznivější pozdější úpravu ve vztahu k uložené pokutě.
10. Žalobce tedy navrhuje zrušení napadeného rozhodnutí. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejší soudem, i na jednání soudu.

### III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

11. Žalovaný se žalobou nesouhlasí, argumentuje důvody obsaženými v napadeném rozhodnutí a navrhuje zamítnutí žaloby. Taktéž žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před zdejší soudem, i na jednání soudu.

### IV. Posouzení věci

12. 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.).
13. Zdejší soud napadené rozhodnutí přezkoumal 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 není důvodná.

#### IV. a)

14. 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.
15. 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 plyne, z jakých podkladů žalovaný vycházel, jak na ně nahlížel i na základě jaké argumentační linie dospěl ke svým závěrům; základ argumentace žalovaného lze shrnout tak,

že plnění veřejné zakázky mohlo být zajištěno „alespoň“ přeprdejším obchodním modelem. Správnost náhledu na podklady, na břemeno jejich předkládání a 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.

16. 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 nedotýká ani okrajově. Znakem skutkové podstaty přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ je podstatné ovlivnění nebo možnost podstatným ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky a touto otázkou se zabývalo rozhodnutí prvostupňové (především body 85. a 88.); názor žalovaného, podle něhož neexistovala-li soutěž o získání veřejné zakázky, ačkoli existovat měla, vedlo to k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, je zřetelný. 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). To platí tím spíše v situaci, kdy obě po sobě jdoucí rozhodnutí jsou vystavěna na témže argumentačním základu a opírají se o tentýž skutkový podklad a především kdy žalobce prvostupňové závěry žalovaného o naplnění tohoto znaku skutkové podstaty v rozkladu konkrétně nenamítal. Pak tedy nebylo zapotřebí v napadeném rozhodnutí závěry prvostupňového rozhodnutí opakovat.
17. Žalobce dále namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí z důvodu nezohlednění příznivější pozdější právní úpravy. Ani tu zdejší soud se žalobcem nesouhlasí. Žalovaný se totiž v rámci odůvodnění prvostupňového rozhodnutí zabýval otázkou pozdější příznivější právní úpravy od bodu 86. a předseda žalovaného tyto úvahy pokládal za správné (bod 56. napadeného rozhodnutí). Názor žalovaného i na tuto otázku je tedy z jeho rozhodnutí jasný.
18. Z uvedených důvodů tedy napadené ani jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí žalovaného nepřezkoumatelným není.

#### IV. b)

19. Žalobce dále obsáhle zpochybňuje zahájení řízení na základě podnětu, aniž by byl za podnět uhrazen poplatek podle § 259 ZZVZ; to považuje za nezákonnost. Zdejší soud se žalobcem nesouhlasí, a to i přes jeho „varování“, že nebude-li zdejší soud se žalobcem souhlasit, podá žalobce kasační stížnost.
20. 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.
21. 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 nejširším 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 odchýlovat, tím spíše ne s ohledem na souhlas s uvedeným názorem vyjádřeným v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 17.1.2019, č.j. 3 As 184/2017-73.

22. „Nevyřízením“ („nevyřizováním“) 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; „nevyřízením“ („nevyřizováním“) podnětu nemůže znamenat, že skutečnosti, na které bylo v podnětu, jenž nebyl „vyřízen“, poukazováno, mají zůstat navždy mimo dohled žalovaného, a to tím spíše ne, 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.
23. „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.
24. 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 i nadále určité pochybnosti ohledně jeho odůvodněnosti, korektnosti a obecné bezvýhradné přijatelnosti, jak je vyjádřil už v rozsudku ze dne 7.6.2017, č.j. 62 A 82/2017-169 – mělo být „odtěmenění“ žalovaného a nikoliv zadavatelů od možného přezkumu zadávacích procedur, resp. povinností, které se pro ně z povinných zadávacích procedur vyplývají.
25. Správní řízení tedy bylo zahájeno v souladu s právními předpisy, důkazy v něm shromážděné nelze z důvodu nezákonného zahájení řízení hodnotit jako nezákonné, resp. získané či provedené

v rozporu se zákonem, a tudíž nepoužitelné, a napadené rozhodnutí je v tomto ohledu i rozhodnutím přezkoumatelným (předseda žalovaného se rozkladové argumentaci žalobce vztahující se k porušení § 259 ZZVZ srozumitelně vyjádřil v bodech 39. až 41. napadeného rozhodnutí).

26. Pokud žalobce namítá, že se žalovaný v souvislosti s uvedeným postupem – zahájením správního řízení – dopustil porušení zásady zákazu sebeobviňování, ani v tomto ohledu mu zdejší soud za pravdu nedává. Kromě toho, že správní řízení bylo z moci úřední zahájeno zákonně, jak shora uvedeno, zákaz sebeobviňování je konstantně 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. Za porušení zásady zákazu sebeobviňování nelze považovat 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, např. nález Ústavního soudu ze dne 30.11.2010, sp. zn. Pl. ÚS 30/10). Tím spíše nelze porušení zásady zákazu sebeobviňování dovozovat v situaci, kdy zákon konkrétní osobě – tu žalobci coby zadavateli – výslovně povinnost poskytnout určité listiny – tu dokumentaci o veřejné zakázce – ukládá a její nesplnění označuje za přestupek (§ 120 odst. 1 písm. f/ ZVZ, resp. § 252 ve spojení s § 268 odst. 1 písm. e/ ZZVZ). Žalovaný k žádnému sebeobviňování žalobce nenutil.

#### IV. c)

27. Nosná část žaloby je založena na argumentaci žalobce, 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.
28. 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.
29. 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, a 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 ani žádný jiný na věc použitelný právní předpis však nic takového pro řízení před žalovaným nestanoví.

30. Žalovaný – na první pohled odlišně od právě uvedených východisek – v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí zastává názor, že důkazní břemeno leží zcela na zadavateli, 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 z podstaty transparentnější. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě správních deliktů 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 zadavatele. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě zadavatel, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem, a povinnost zjištění skutkového stavu věci ze strany žalovaného se s ohledem na obrácené důkazní břemeno v souvislosti s doložením podmínek opravňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda zadavatel toto důkazní břemeno unesl či nikoli. To žalovaný opírá o rozsudky Soudního dvora Evropské unie a tuzemských správních soudů.
31. 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 jednacího 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.
32. 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 jednacího řízení bez uveřejnění se uplatňují dvě hlavní zásady. Zaprvé nelze právní úpravu jednacího 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 jednacího 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 – pole 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 „ztažení“ zadavatele došlo „vědomě“, jako logický následek restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacího 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...*“.

33. 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 jednacím řízení bez uveřejnění probíhalo, reálně nemusí zabývat. To by znamenalo popření zásady správního řízení trestní (sankční) povahy, a to bez jakékoli zákonné opory. K tomu však v posuzované věci podle zdejšího soudu nedošlo.
34. Řízení o přezkumu úkonů zadavatele spočívajících v zadávání veřejné zakázky prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění má, stejně jako tento druh zadávacím řízení samotný, určitá specifika. Jedním z nich je, že zadavatel může tento druh zadávacím řízení použít pouze v případě, že jsou splněny zákonné podmínky podle § 23 ZVZ, resp. nyní § 63 až 66 ZZVZ, přičemž tyto podmínky musejí být splněny k okamžiku zahájení jednacím 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 zadávacím řízení za postavené najisto, že jsou na jeho straně dány konkrétní specifické důvody (odpovídající právě § 23 ZVZ, resp. nyní § 63 až 66 ZZVZ), jež také zadavatel sám je schopen konkrétně pojmenovat – a to v okamžiku, kdy k jednacím řízení bez uveřejnění přistoupí, a samozřejmě shodně kdykoli v budoucnu, bude-li třeba volbu jednacím řízení bez uveřejnění obhajovat. Volí-li zadavatel výjimečný postup, jenž spočívá v uzavření smlouvy na veřejnou zakázku bez jakéhokoli nutného uveřejnění (odtud „jednacím 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 jednacím řízení bez uveřejnění ve vztahu k žalovanému aktivní. Logicky věcně omezené možnosti aktivity žalovaného ohledně odhalování skutečných konkrétních důvodů na straně zadavatele pro použití jednacím řízení bez uveřejnění se však nemohou rovnat absolutní pasivitě.
35. S ohledem na charakter jednacím řízení bez uveřejnění jako jedné z výjimek z jinak povinného použití „otevřenějších“ zadávacím řízení, jak bylo opakovaně dovozeno shora citovanou judikaturou, je na zadavateli, aby v případě zahájení přezkumného řízení žalovanému nejen tvrdil, že podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění byly splněny, nýbrž současně v souladu s § 52 správního řádu důsledně (a při použití jednacím řízení bez uveřejnění o to důsledněji) splnil svoji povinnost označit důkazy na podporu svých tvrzení ohledně oprávněnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění. Na žalovaném pak je, aby tyto důkazy provedl a učinil závěr, zda z takto provedených důkazů naplnění konkrétních důvodů pro použití jednacím řízení bez uveřejnění v konkrétní zadavatelské situaci plyne či nikoli.
36. 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 jednacím řízení bez uveřejnění nemůže rozhodovat o oprávněnosti konkrétních a přesně k proběhlému jednacím 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 jednacím 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.
37. Není tedy možné – a právě takto zdejší soud rozumí shora vyjmenované judikatuře – aby zadavatel, který využil výjimky z jinak „otevřenějších“ druhů zadávacím 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 důkazy na podporu svých tvrzení – nemůže tak být pouze pasivní.

38. 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 – 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.
39. 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 jasně a konkrétně (!) označí 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 podle své úvahy 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 zadavateli 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 tebdy, pokud chce zpochybnit skutečnosti, u kterých unesl své důkazní břemeno zadavatel...*“.
40. Závěr ohledně neunesení důkazního břemena tak 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.
41. V nyní posuzované věci založil žalovaný svůj závěr na nosném argumentu, že stav „exkluzivity“ k vybranému uchazeči, o který žalobce důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění opírá, si žalobce způsobil sám, a tedy důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění se oprávněně dovolávat nemůže. Žalobce podle žalovaného rezignoval na jakoukoli snahu vytvořit (byť jen omezené) soutěžní prostředí při pořizování následné technické podpory softwarových produktů, na jejichž základě fungují systémy, které žalobce provozuje. To podle žalovaného není postupem toliko „nešikovným“. Veřejná zakázka tak byla podle žalovaného zadávána v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv autora, to však pramení z exkluzivity, která je přičitatelná samotnému žalobci, a tvrzení žalobce o existenci technických důvodů jsou podle žalovaného tvrzeními nepodloženými.

42. Žalobce podle listin, které žalovanému předložil (písemná zpráva zadavatele a „Žádost o zadání veřejné zakázky“), vycházel v době, kdy jednací řízení bez uveřejnění vedl, ze své potřeby zajistit technickou podporu softwarových produktů Oracle, které žalobce provozoval, a z toho, že nebyla-li by tato technická podpora zajištěna od Oracle Czech s.r.o., došlo by k porušení jejích autorských práv. Z toho tedy žalovaný podle zdejšího soudu správně dovodil, že klíčovým důvodem pro použití jednacího řízení byl podle žalobce důvod autorskoprávní. I žalobcem tvrzené technické důvody se vázaly k jedinečnosti plnění od Oracle Czech s.r.o.; jiným směrem, pokud jde o technické důvody, žalobce v řízení před žalovaným neargumentoval. Žalovaný tedy podle zdejšího soudu správně dovodil, že žalobce v rámci správního řízení nad rámec důvodů ochrany výhradních práv, které jsou jako jediné uvedeny v dokumentaci o veřejné zakázce, zmiňoval rovněž technické důvody, avšak těmi se žalobce blíže věcně nezabýval a nekonkretizoval je.
43. Žalobce žalovanému předložil „Prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o.“ ze dne 26.3.2013, podle něhož je Oracle Czech s.r.o. jediným zástupcem Oracle Corporation v České republice, který distribuuje práva duševního vlastnictví k softwarovým produktům Oracle Corporation v České republice, a jediným autorizovaným poskytovatelem služeb technické podpory produktů Oracle Corporation na území České republiky. Argumentováno bylo obchodní politikou Oracle Corporation, která neumožňovala poskytovat technickou podporu určitých svých produktů prostřednictvím jiných dodavatelů. Proto podle žalobce existoval jen jeden dodavatel, který byl schopen předmět plnění veřejné zakázky realizovat, a důvody byly podle žalobce nezávislé na jeho vůli. Opíral-li žalobce své přesvědčení o jediném dodavateli o „Prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o.“, pak žalovaný podle zdejšího soudu správně dovodil, že jde o podklad pro oprávněné využití jednacího řízení bez uveřejnění nedostačující, a to ze dvou důvodů: 1. ani skutečnost, že Oracle Czech s.r.o. sama potvrdila, že je jediným zástupcem Oracle Corporation v České republice, který distribuuje práva duševního vlastnictví k softwarovým produktům Oracle Corporation v České republice, a jediným autorizovaným poskytovatelem služeb technické podpory produktů Oracle Corporation na území České republiky, ještě neznamená, že veřejnou zakázku nemohl plnit i jiný dodavatel než původně vybraný uchazeč na základě využití tzv. přeprodejního obchodního modelu (tím spíše, když v jiných žalovaným zmiňovaných „otevřenějších“ zadávacích řízeních bylo tohoto modelu využito), a 2. to, co Oracle Czech s.r.o. ve svém prohlášení uvedla, nemusí být pokládáno za objektivní popis situace na trhu co do možného „otevření“ soutěže o navazující plnění, už proto, že to nevyklučuje využití tzv. přeprodejního obchodního modelu. Pokud jde v této souvislosti o další vyjádření Oracle Czech s.r.o. pro žalovaného v rámci správního řízení (dne 19.7.2017), v němž sdělila, že v červnu 2013 byla jedinou společností, která měla všeobecnou autorizaci pro distribuci obnov služeb technické podpory produktů Oracle Corporation, jakož i pro poskytování těchto služeb koncovým uživatelům na území České republiky, ani to nevyklučuje, že žalobce mohl vyvinout aktivitu, aby zjistil, zda Oracle Czech s.r.o. může udělit autorizaci k poskytování konkrétní technické podpory jinému subjektu nebo zda lze plnění „přeprodávat“. Skutečně přitom nelze vyloučit, že by toho v posuzované věci jiní dodavatelé dosáhnout mohli, neboť prověřoval-li žalovaný reálnou existenci alternativ, které žalobce měl (tj. zda existují jiní alternativní dodavatelé plnění, které žalobce poptával), zjistil (právě od Oracle Czech s.r.o.), že pro služby technické podpory produktů Oracle Corporation se v České republice využívá „přeprodejní“ model (přeprodejce tuto službu přeprodává koncovému zákazníkovi za předpokladu, že k tomu Oracle Czech s.r.o. udělí přeprodejní společnosti autorizaci) a že v období před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění v nyní posuzované věci taková autorizace reálně udělena byla. Pak není nelogický a skutkovým zjištěným neodpovídající závěr žalovaného, že v posuzované věci bylo možno dosáhnout toho, aby se o tuto veřejnou zakázku mohl ucházet větší počet dodavatelů (v „otevřenějším“ druhu zadávacího řízení), pakliže by žalobce svůj záměr poptávat toto plnění uveřejnil (tedy pakliže by postupoval jinak než „bez uveřejnění“). Argumentace žalovaného v tom

směru, že dodavatelé by mohli vstoupit do jednání s Oracle Czech s. r. o. a získat autorizaci k možnosti splnění veřejné zakázky, pokud by již sami v té době takovou autorizací nedisponovali, rovněž nepostrádá logiku.

44. Jestliže tedy žalovaný dovodil, že žalobce nevyvinul žádnou snahu prolomit exkluzivitu, o kterou důvody pro jednací řízení bez uveřejnění opíral, jde o závěr oprávněný – věcně správný. Úvahy ohledně jiných „otevřenějších“ zadávacích řízení na plnění obdobné tomu, které žalobce poptával v jednacím řízení bez uveřejnění, jsou úvahami podstatnými; byť se mohlo jednat o zadávací řízení z doby pozdější, jak žalobce namítá, jejich vedení, byť pozdější, nevylučuje, že obdobně mohl postupovat žalobce v nyní posuzované věci. Veškerá navazující disputeace o tom, zda obdobná plnění jsou poptávána „i“ v jednacích řízeních bez uveřejnění a „proč“ žalovaný za obdobný postup nepostihl i jiné zadavatele takto postupující, je za tohoto stavu bezpředmětná.
45. Už na základě právě uvedeného ob stojí závěr žalovaného, že objektivní důvody pro použití jednacího řízení nebyly v posuzované věci splněny. Další úvahy žalovaného pokládá zdejší soud za již nadbytečné. Žalobce vycházel z omezení pramenících z předchozí spolupráce (a tím také podrobně argumentoval ve správním řízení i nyní v řízení před zdejším soudem), aniž by se jakkoli snažil uvedená omezení prolomit (konkrétní argumenty ohledně eventuálních marných pokusů o prolomení žalobce nepřinesl), přitom tato omezení prolomitelná byla, a tedy ob stojí závěr žalovaného, že se žalobce nenacházel v situaci, v níž by mohl oprávněně použít jednací řízení bez uveřejnění, neboť se nenacházel v situaci, v níž by mohl oprávněně argumentovat (především) důvody autorskoprávními.

#### IV. d)

46. Pokud jde o námitku žalobce směřující proti vadám výroku I. prvostupňového rozhodnutí, pak mu zdejší soud ani v tomto ohledu nedává za pravdu. Touto žalobní námitkou napadenou částí výroku I. prvostupňového rozhodnutí žalovaný konstatoval, že žalobce porušil § 21 odst. 2 ZVZ, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, neboť žalobce neprokázal splnění těchto podmínek. Takto formulovaný výrok obsahuje veškeré zákonem požadované náležitosti výroku o spáchání správního deliktu (přestupku). Uvedení skutečnosti, že účastník řízení (žalobce) neunesl důkazní břemeno, podle zdejšího soudu ve shora uvedeném kontextu nepředstavuje žádnou vadu; odpovídá to totiž shora dovozenému pojetí nutné aktivity zadavatele při přezkumu jednacích řízení bez uveřejnění a vyjadřuje to závěr, podle něhož se účastníkovi řízení (žalobci) nepodařilo úspěšně se dovolat konkrétních důvodů, jež jej k použití jednacího řízení vedly (a jichž se – podle shora uvedené unijní i tuzemské judikatury – musel dovolávat právě on sám). Žalobci nelze přisvědčit ani v tom, že z takto formulovaného výroku není zřejmé, kdy ke spáchání protiprávního jednání došlo, neboť je jde o okamžik zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění – k tomu okamžiku byly podle žalovaného naplněny znaky skutkové podstaty podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.
47. 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 jednacího 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.
48. Žalobce dále namítá, že žalovaný nebyl v rámci přezkumu ochoten akceptovat doplňující znalecký posudek, jenž měl podporovat oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění, avšak byl by datovaný po datu zahájení zadávacího řízení, k čemuž uvádí, že zákon mu neukládá povinnost prokazovat oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění pouze posouzeními učiněnými do data zahájení zadávacího řízení.

49. Názoru žalobce, že neexistuje obecný zákaz argumentovat pro oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění i podklady vzniklémi po zahájení zadávacího 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 nepřipustné, přitom žalovaný to dobře ví, neboť byl účastníkem uvedeného řízení před zdejším soudem.
50. Podstatné však je, že žalobce žádný doplňující znalecký posudek (coby důkazní prostředek, s nímž by se nad rámec shora uvedeného měl žalovaný povinnost vypořádávat) nepředložil. Přestože zdejší soud nenalézá žádný důvod, pro který by nebylo možno dokazovat listinami vzniklémi po zahájení jednacího řízení bez uveřejnění, dokládaly-li by stav, v němž se žalobce nacházel na počátku jednacího řízení bez uveřejnění (dokládaly-li by především důvody, které žalobce k tomuto postupu vedly), je toho názoru, že bylo na žalobci, aby konkrétní důvody vedoucí jej k postupu v jednacím řízení bez uveřejnění žalovanému doložil (kupř. i znalecky). Žalobce má povinnost disponovat veškerými podklady, ze kterých (především jemu) bylo patrné, že postup v jednacím řízení bez uveřejnění byl oprávněný, a tedy bylo na něm, aby to osvědčil, kupř. právě znaleckým posudkem (obdobně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11.1.2013, č.j. 5 Afs 42/2012-53). Za shora popsáného stavu nebylo na žalovaném, aby si listiny (kupř. i znalecký posudek) opatřoval sám, popř. aby směrem k žalobci vyvíjel jakoukoli aktivitu, jejímž výsledkem by bylo dodatečné předložení takových listin ze strany žalobce, a to tím spíše, nezpochybňoval-li žalovaný žalobcovo tvrzení o situaci, v níž se nacházel, nicméně dovozoval, že si ji žalobce zavínil sám.

#### IV. e)

51. Žalobce také brojí proti výši pokuty, samotnému odůvodnění uložené pokuty i nezohlednění zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „přestupkový zákon“), který upravuje proces ukládání pokut s ohledem na zásadu absorpce coby pozdější pro žalobce příznivější právní úpravu.
52. Tvrdí-li žalobce, že žalovaný v rámci trestání absorboval tresty, které v době vydání napadeného rozhodnutí již plynuly z předchozích rozhodnutí žalovaného, a tedy že měl žalovaný porušit zásadu zákazu dvojího trestání za tentýž čin, pokud nyní ukládaný trest fakticky navýšil o ty, které jsou již pravomocně uložené, nemá pravdu. Žalovaný se k předchozím trestům vyjadřoval (a zohledňoval je) proto, aby trest ukládaný prvostupňovým rozhodnutím v nyní posuzované věci ani v součtu s již uloženými tresty nepřekročil hranici pro maximální možnou výši uložené pokuty

(od bodu 120. prvostupňového rozhodnutí). K žádnému reálnému sčítání (či jinému navyšování) pokut nedošlo.

53. Se žalobcem zdejší soud nesouhlasí ani v tom ohledu, že by uložená pokuta představovala excesivní vybočení z praxe žalovaného v neprospěch žalobce. Ze samotného porovnávání výše uložených pokut v různých věcech nelze žádné vybočení zpravidla dovozovat, neboť úvaha o výši pokuty je úvahou individuální, jež může být založena i na přesvědčení o správnosti postupného (průběžného) navyšování výše pokut. Dovožovat porušení zásady obdobného zacházení v obdobných věcech výlučně na základě porovnání procentní výše ve vztahu k maximálnímu možnému potrestání, aniž by bylo detailně argumentováno naprostou skutkovou totožností, zdejší soud nehodlá. Byla-li pokuta uložena ve výši 121 000 Kč v situaci, kdy horní hranice pokuty dosahovala téměř 500 000 Kč a žalobce byl trestán za to, že žádné „otevřené“ zadávací řízení vůbec neproběhlo, ačkoli proběhnout mělo, pak se žalobce nemůže oprávněně dovolávat příznivějšího zacházení. Nadto žalovaný v bodu 55. napadeného rozhodnutí rekapituluje své rozhodování ve věcech obdobných, z něhož zdejšímu soudu plyne, že k potrestání žalobce v nyní posuzované věci došlo pro něj příznivěji než ve věcech jiných. Že by se nejednalo o věci obdobné, to žalobce nezpochybňuje. Že pokuta není pro žalobce likvidační, je bez dalšího nasnadě (k tomu bud 124. prvostupňového rozhodnutí).
54. Ani argumentu žalobce, podle něhož žalovaný porušil právo na spravedlivý proces tím, že neprojednal přestupky, za něž byl žalobce již předtím potrestán, společně s přestupkem, který byl předmětem nyní posuzované věci, nedává zdejší soud za pravdu. Především žalovaný přestupkový zákon aplikoval (především od bodu 124. prvostupňového rozhodnutí) a nevedl-li společné řízení, jeho postup nebyl postupem k tíži žalobce v tom směru, že by došlo ke sčítání (nebo jinému obdobnému navyšování) trestů, jak již shora uvedeno. Pokud jde o aplikaci § 88 odst. 1 přestupkového zákona, tj. důsledky nevedení společného řízení, tu lze poukázat na prejudikaturu k právní úpravě obdobné § 88 odst. 1 přestupkového zákona (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18.6.2009, č.j. 1 As 28/2009-62); tam bylo dovozeno, že porušení § 57 odst. 1 předchozího zákona o přestupcích, který stanovil obdobné pravidlo, které nyní vyplývá z § 88 odst. 1 přestupkového zákona, nelze považovat za takovou vadu řízení, která by mohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí správního orgánu, neboť tam obsažené procesní pravidlo je pouhou procesní cestou vedoucí k dodržení zásady absorpce sbíhajících se přestupků. Nehraje roli, kdy všechny sbíhající se přestupky vyjdou najevo a kdy je o nich vedeno řízení, a tedy pro trestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, nýbrž principiální absorpce. To bylo v nyní posuzované věci podle zdejšího soudu dodrženo.
55. Nedovodil-li zdejší soud nepřiměřenost uložené pokuty, tím spíše ji nepovažuje za zjevně nepřiměřenou. Pouze v takovém případě by mohl zdejší soud podle § 78 odst. 2 s.ř.s. přistoupit k in eventum navrhované moderaci. Proto zdejší soud k moderaci nepřistoupil.

#### IV. f)

56. Zdejší soud proto dospěl k závěru, že žaloba není důvodná. Žalovaný podle zdejšího soudu aplikoval správný právní předpis, v jeho mezích správnou právní normu, přitom pochybení, jež by mělo vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, se nedopustil ani při její aplikaci na zjištěný skutkový stav. Zdejší soud tak neshledal žádný z uplatněných žalobních bodů důvodným a nad rámec těchto uplatněných žalobních bodů nezjistil žádnou vadu, jež by atakovala zákonnost napadeného rozhodnutí a k níž by musel přihlížet z úřední povinnosti. Proto byla žaloba podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítnuta.

#### V. Náklady řízení

57. O nákladech řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, a proto mu nenáleží právo na náhradu nákladů řízení, to by náleželo procesně úspěšnému

účastníkovi – žalovanému. Zdejší soud však nezjistil, že by žalovanému v souvislosti s řízením vznikly náklady přesahující rámec její běžné úřední činnosti, a proto mu náhrada nákladů řízení nebyla přiznána.

#### **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). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší 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 17. října 2019

David Raus v.r.  
předseda senátu