



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Zdeňka Kühna, soudkyně Michaely Bejčkové a soudce Ondřeje Mrákoty v právní věci žalobkyně **Česká republika – Finanční analytický úřad**, Washingtonova 1621/11, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 6. 2. 2019, čj. ÚOHS-R0183/2018/VZ-03658/2019/323/PBI, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 1. 7. 2020, čj. 29 Af 31/2019 - 85,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (žalovaný) uložil České republice – Finančnímu analytickému úřadu (žalobkyně) svým rozhodnutím ze dne 24. 10. 2018 pokutu ve výši 250 000 Kč za přešůpek podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Žalobkyně podle něj při zadávání veřejné zakázky (nazvané *Dodávka SW pro technologickou základnu* a vzešlé z výzvy k jednání ze dne 2. 3. 2017) nedodržela podmínky jednacího řízení bez uveřejnění – konkrétně neprokázala, že by z technických důvodů neexistovala hospodářská soutěž – a tímto postupem mohla ovlivnit výběr dodavatele [§ 63 odst. 3 písm. b) a § 268 odst. 1 písm. a) a odst. 2 písm. a) tohoto zákona].

[2] Žalobkyně podala proti rozhodnutí rozklad, který však předseda žalovaného zamítl dne 6. 2. 2019.

[3] Žalobkyně napadla rozhodnutí o rozkladu žalobou. V ní namítla nepřezkoumatelnost rozhodnutí o rozkladu a formální vady výroku vydaného v prvním stupni; zpochybnila potřebné vzdělání oprávněné úřední osoby i kvalifikaci žalovaného k posuzování sporné otázky; zdůraznila, že požadovala jen hotové a homogenní softwarové řešení, a to jí byl schopen poskytnout právě

jen jeden dodavatel; a setrvala na tom, že splnila svou důkazní povinnost (k tomu odkázala na závěrečnou zprávu zachycující výsledky *Informační a komunikační strategie na období 2016–2020*, včetně dodatku, a na expertní hodnocení žádosti o dotaci).

[4] Krajský soud žalobu zamítl rozsudkem ze dne 1. 7. 2020. Neshledal žádné formální vady a i věcně dal za pravdu žalovanému.

II. Kasační stížnost žalobkyně a vyjádření žalovaného

[5] Proti rozsudku krajského soudu podala žalobkyně (stěžovatelka) kasační stížnost. Krajský soud uvedl, že závěrečná zpráva nebyla ke dni zadání veřejné zakázky již aktuální (*bod 30 rozsudku*). S tím stěžovatelka nesouhlasí, především ale tvrdí, že krajský soud neměl k takovému posouzení odborné znalosti, a měl proto ustanovit znalce. Není pravda, že naplnění podmínek jednacího řízení bez uveřejnění lze doložit jen listinami, které byly speciálně vytvořeny kvůli tomuto způsobu zadávacího řízení (*bod 30 rozsudku*): stěžovatelce by nemělo být k tíži, že použila obecnější dokument vzniklý již dříve (závěrečnou zprávu). Je fakt, že závěrečná zpráva neformulovala výslovně závěr, podle nějž byl vybraný dodavatel jediným možným dodavatelem (*bod 31 a 32 rozsudku*), ale k tomuto závěru vede výklad závěrečné zprávy a dodatku k ní (jeho bodu 3.2). Stěžovatelka souhlasí s krajským soudem v tom, že závěrečná zpráva neobsahuje jasný příkaz, nýbrž doporučení (*bod 32 rozsudku*); toto doporučení je však založeno na jednoznačných faktech. Hodlal-li krajský soud zpochybnit reprezentativnost průzkumu trhu uskutečněného při přípravě závěrečné zprávy (*bod 36 a 38 rozsudku*), měl si k tomu přibrat znalce. Konečně není vhodné bagatelizovat to, že ve výroku o přestupku chyběl údaj o místě spáchání (*bod 24 rozsudku*) – naopak pro tuto vadu nemělo správní rozhodnutí obstát.

[6] Žalovaný shrnul své dosavadní závěry, vyjádřil se k jednotlivým námitkám a navrhl, aby NSS kasační stížnost zamítl. Zdůraznil závažnost tohoto druhu přestupku a připomněl, že nadlimitní veřejná zakázka, o jakou šlo v této věci, by v otevřeném zadávacím řízení musela být uveřejněna v Úředním věstníku Evropské unie. Stěžovatelka však neveřejně oslovila jen osm dodavatelů (sedm z Česka, jednoho z Německa) a sama poté připustila, že šlo jen o reprezentativní vzorek dodavatelů. Svým výkladem závěrečné zprávy a dodatku k ní pak možný okruh dodavatelů dále zúžila jen na jednoho. Šlo však o její rozhodnutí vyvolané, jak sama podotkla, „*nepříznivými okolnostmi*“ (tj. potřebou zadat veřejnou zakázku tak, aby bylo možné výdaje na ni hradit z tzv. Norských fondů). To nelze vydávat za technickou nutnost, jakou zákon vyžaduje pro jednací řízení bez uveřejnění.

III. Právní hodnocení

[7] Kasační stížnost není důvodná.

Výrok rozhodnutí o přestupku

[8] Nejprve soud odpoví na námitku, podle níž nebyl v rozhodnutí žalovaného (v prvním stupni) dostatečně vymezen spáchaný přestupek, protože zde nebylo uvedeno místo spáchání.

[9] Stěžovatelka vznesla tuto námitku i v žalobě, byť ve stručnější podobě, a neuspěla s ní. V kasační stížnosti jí věnovala celé dvě a půl strany, na nichž cituje jednak judikaturu NSS (včetně usnesení jeho rozšířeného senátu ze dne 15. 1. 2008, čj. 2 As 34/2006 - 73, č. 1546/2008 Sb. NSS) a Městského soudu v Praze, jednak závěry komentářové literatury. Z judikatury i z doktríny podle ní plyne, že pokud orgán rozhodující o přestupku neuvedl ve výroku svého rozhodnutí místo spáchání přestupku, je jeho rozhodnutí nezákonné a soud je musí zrušit.

pokračování

[10] Tato námitka je podle NSS formalistická a svědčí o nepochopení jak závěrů judikatury, tak vlastního smyslu správního soudnictví.

[11] Rozšířený senát skutečně v roce 2008 vtělil své úvahy k podobě výroku rozhodnutí o správním trestu do právní věty, podle níž „výrok rozhodnutí o jiném správním deliktu (nyní přestupku) musí obsahovat popis skutku uvedením místa, času a způsobu spáchání, popřípadě i uvedením jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby nemohl být zaměněn s jiným“. Stěžovatelka by ostatně nemusela citovat jen tuto starší judikaturu: byla totiž potrestána za *přestupek*. Náležitosti výroku o přestupku stanoví přestupkový zákon (zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich) ve svém § 93 odst. 1; písmeno a) tohoto ustanovení žádá, aby výrok obsahoval *popis skutku s označením místa, času a způsobu jeho spáchání*.

[12] Obecná zákonná norma, stejně jako obecně formulovaný závěr rozšířeného senátu, vyjadřuje požadavky, které by zpravidla měly být splněny. Nelze však automaticky říci, že chybějící zmínka o místě, času či způsobu spáchání skutku vždy povede k nezákonnosti rozhodnutí. Vždyť i rozšířený senát ve svém usnesení zdůraznil, že smyslem řádného popisu skutku ve výroku je to, aby *sankcionované jednání nebylo zaměnitelné s jednáním jiným*. Úkolem správního soudu je pak dbát právě na to, aby nedostatečný popis skutku nevyvolával v adresátovi rozhodnutí pochyby o tom, za co je vlastně trestán, a aby v objektivní rovině nepůsobil právní nejistotu o totožnosti skutku (což by mohlo mít dopad na otázku prekluze, litispence či věci rozhodnuté). Ve věci, kterou řešil rozšířený senát, byl účastník potrestán za „*porušení ustanovení § 16 odst. 1 písm. a) (odpady zařazovat podle druhů a kategorií podle § 5 a § 6) zákona č. 185/2001 Sb., o odpadech*“. Z výroku rozhodnutí tedy byla jasná jen právní kvalifikace, ale ani jediná skutková okolnost, která by přestupek jakkoli konkretizovala.

[13] Krom toho bude u některých jednání právě údaj o *místě* ve skutečnosti málo významný, protože vytýkané jednání bude dostatečně charakterizováno i bez něj. Údaj o místě tak jen naplní formální literu zákona, ale nijak prakticky nepřispěje k odlišení skutku od skutků jiných.

[14] Tak je tomu i v nynější věci. Výroku rozhodnutí žalovaného^{*)} by jistě bylo možné vytknout nepřehlednost (způsobenou hlavně tím, že veškeré informace jsou vtěsnány do jediného souvětí), ale určitě ne to, že v něm chybí nějaká důležitá okolnost, která by byla nezbytná pro individualizaci trestaného jednání. Zde popsané jednání je nezaměnitelné s jiným: jde tu o konkrétní veřejnou zakázku, která je určena svým názvem; dnem zveřejnění výzvy k jednání; dnem zveřejnění a evidenčním číslem oznámení o výsledku zadávacího řízení; dnem uzavření a číslem kupní smlouvy s vybraným dodavatelem; a vyčerpávající charakteristikou dodavatele pomocí názvu, identifikačního čísla osoby i sídla.

[15] Už krajský soud stěžovatelce vysvětlil (bod 24 rozsudku), že podle údaje v závěru kupní smlouvy (kterou žalovaný ve výroku přesně popsal) byla smlouva uzavřena v Praze. Není to ostatně překvapivé, protože stěžovatelka i vybraný dodavatel v Praze sídlí. Těžko tedy lze uvěřit

^{*)} Výrok zněl takto: „*Ovčinný se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, tím, že při zadávání veřejné zakázky „DODÁVKA SW PRO TECHNOLOGICKOU ZÁKLADNU“ v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k jednání ze dne 2. 3. 2017, přičemž oznámení o výsledku zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 7. 4. 2017 pod ev. č. Z2017-008662 a v Úředním věstníku Evropské unie téhož dne pod ev. č. 2017/S 069-130140, nedodržel pravidlo stanovené v § 55 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na § 63 odst. 3 písm. b) citovaného zákona, aniž by k tomu byly splněny zde stanovené podmínky, neboť ovčinný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů, v jejichž důsledku neexistuje hospodářská soutěž, realizovat pouze jediný dodavatel, ačkoliv na základě tohoto důvodu předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění zadal, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a ovčinný uzavřel dne 3. 4. 2017 se společností TOVEK, spol. s r.o., IČO 49687981, se sídlem U Nikolajky 820/4, 150 00 Praha, kupní smlouvu č. 17029L „DODÁVKA SW PRO TECHNOLOGICKOU ZÁKLADNU“.*

tomu, že stěžovatelka coby organizační složka státu si nebyla jista tím, o jakou smlouvu tu jde a kde ji uzavřela. Z ničeho není zřejmé ani to, že by tu mohl být ohrožen onen objektivní zájem na právní jistotě – tj. že by snad hrozila záměna s jiným skutkem, dvojí trestání za totéž a podobně. I NSS tak uzavírá, že výrok rozhodnutí žalovaného obstojí.

Věcné námitky

[16] Dále se soud věnoval námitkám věcným.

[17] Podle § 63 odst. 3 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek může zadavatel *použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž*. Pro jednací řízení bez uveřejnění platí zásady, kterých se soud ve své judikatuře drží dlouhodobě (z poslední doby viz shrnutí v rozsudku ze dne 24. 2. 2021, čj. 2 As 251/2019 - 52, body 21 a 22). Jednací řízení bez uveřejnění (ať už z jakýchkoli důvodů povolených zákonem) je výjimkou z pravidla otevřených zadávacích řízení, protože vždy omezuje žádoucí hospodářskou soutěž. Tuto výjimku je proto třeba vykládat úzce.

[18] Stěžovatelka v nynější věci si přála řešení homogenní (takové společné řešení, které splní funkční vlastnosti v rozsahu všech požadovaných úloh) a hotové (takové, které bude mít dodavatel už připraveno a nebude je muset vyvíjet na míru). V červnu 2016 si nechala od třetí osoby (společnosti Tribase Networks, s. r. o.) zpracovat závěrečnou zprávu k informační a komunikační strategii, kterou v srpnu 2016 doplnil dodatek od téhož zpracovatele.

[19] Zpracovatel oslovil devět subjektů, které vybral podle svých zkušeností; osm zareagovalo a nabídlo mu řešení. V závěrečné zprávě byla jako vhodná hodnocena řešení od společností Tovek, spol. s r. o., a Profinit, s. r. o. Obě společnosti nabízely homogenní řešení (viz bod 7.1.1, 7.1.2 a str. 94–95 zprávy). Řešení společnosti Tovek označil zpracovatel za „kompletně hotové“ bez potřeby rozsáhlejších úprav; v množině homogenních řešení je tato varianta optimální. Kladně zpracovatel hodnotil i řešení společnosti Profinit, které podle něj rovněž plně splňuje definici standardů provozního prostředí. To je složeno částečně z *open source* produktů, částečně z vlastního vyvinutého produktu. Poměrně obsáhlá část bude muset být vyvinuta na míru, k tomu však dodavatel přislíbil nasadit dostatečný vývojový tým.

[20] V dodatku pak zpracovatel konstatoval (bod 3.2 a str. 13 dodatku) – na základě „analýzy matice parametrů potenciálních řešení uvedených v závěrečné zprávě“ – že v ČR i na území EU existuje jediný možný dodavatel, který je schopen plnit veřejnou zakázku v požadovaném rozsahu.

[21] Stěžovatelka namítla, že krajský soud neměl sám odborně posuzovat aktuálnost závěrečné zprávy ani reprezentativnost průzkumu trhu uskutečněného při přípravě závěrečné zprávy, a měl k tomu ustanovit znalce. Podle NSS však k tomu nebyl důvod. V bodech 30, 36 a 38 rozsudku, proti nimž má stěžovatelka výhrady, vedl krajský soud jen právní úvahy, k nimž znalec nepotřeboval.

[22] Úvahu v bodě 30 založil krajský soud (stejně jako před ním žalovaný) na tom, že závěrečná zpráva hodnotila stav „připravenosti“ jednotlivých oslovených dodavatelů v červnu 2016, ovšem samotné zadávací řízení bylo zahájeno až v březnu 2017. V dokumentu nazvaném *Shrnutí činnosti* a sepsaném v listopadu 2018 uvádí zpracovatel zprávy, že některé požadované funkcionality měly být v případě Profinitu hotové snad až v srpnu 2016, což ale bylo dávno po uzavěření zprávy. K tomu krajský soud správně připomněl, že výjimka v podobě jednacího řízení bez uveřejnění musí být vykládána úzce, a tedy i podmínky této výjimky musejí

pokračování

prokazatelně existovat v době zahájení zadávacího řízení, nikoli dříve v minulosti. Z dokumentů, které stěžovatelka předložila žalovanému, plyne, že společnost Profinit na požadovaných funkcionalitách pracovala. Je v pořádku, že zpráva z června 2016 upozornila na to, že řešení Profinitu ještě v té době nebylo hotové. Stěžovatelka však měla o tři čtvrtě roku později sama zvážit, zda i nadále může tuto společnost fakticky vyloučit ze zadávacího řízení jen na základě takto neaktuálních informací. Tato úvaha krajského soudu je logická.

[23] V bodech 36 a 38 rozsudku poukázal krajský soud na to, že závěrečná zpráva byla vypracována nikoli pro potřeby zadávacího řízení, ale za účelem získání dotace z Norských fondů. Mohla tedy pro stěžovatelku být užitečným nástrojem, ale nezbavovala ji odpovědnosti za to, aby k výběru dodavatele dospěla zákonnou cestou. Průzkum trhu, který provedl zpracovatel pro účely zprávy, tak mohl stěžovatelce zjednat praktický přehled o tržní nabídce, protože zpracovatel sám vytipoval subjekty, které podle jeho soukromého úsudku byly nejvhodnější. Kritéria tohoto soukromého úsudku ale nejsou ve zprávě nijak popsána. Jedna z takto oslovených společností se vzápětí rozhodla na nabídku nereagovat, protože ve své nabídce neměla žádný vhodný produkt. To tedy – jak na to upozornil krajský soud – ukazuje, že úsudek zpracovatele nemusel být správný: zahrnul-li zpracovatel do výběru někoho nevhodného, stejně tak dobře se mu mohlo stát, že nezahrnul někoho vhodného.

[24] Svou zmínkou o dalších společnostech, které se podle veřejně dostupných webových informací specializují na „*vytěžování*“ a analýzu dat, krajský soud jen reagoval na podnět k přezkoumání způsobu zadání veřejné zakázky, který je součástí správního spisu. Zdůraznil, že ze samotné specializace, zkušeností a někdy i nadnárodního charakteru těchto společností neplyne, zda by společnosti dokázaly nabídnout to správné řešení pro stěžovatelku. Zároveň ale stěžovatelka ničím neprokazuje, že by se o tuto možnost nemohly ucházet a třeba i uspět.

[25] Krajský soud tak správně uzavřel, že za takové situace měla stěžovatelka volit otevřenější formu zadávacího řízení: v něm by bez rizika porušení zákona získala odpověď na otázku, který dodavatel na evropském trhu dokáže nejlépe splnit podmínky zakázky. Na druhé straně tu bylo riziko, že stěžovatelka nestihne zadat a uhradit zakázku natolik včas, aby na ni mohla čerpat dotaci. Že stěžovatelka přizpůsobila svůj postup obavě z tohoto rizika, je lidsky pochopitelné (viz bod 42 rozsudku krajského soudu i vlastní stěžovatelčina vyjádření v kasační stížnosti, podle nichž pro ni bylo jednacím řízením bez uveřejnění „*východiskem ze svízelné situace, v níž se jí nedostávalo prostoru k otevřenému řízení*“, a byla k němu „*dotlačena nepříznivými okolnostmi*“). Nemůže to ale stěžovatelku zbavit odpovědnosti za přestupkové jednání.

[26] Stěžovatelka krajskému soudu neprávem vytýká, že by jako důkaz o správnosti jejího postupu uznal jen listiny, které by byly speciálně vytvořeny kvůli tomuto způsobu zadávacího řízení. Důvodem, pro který krajský soud (v bodě 30 rozsudku) hodnotil závěrečnou zprávu a dodatek k ní jako nedostatečné, nebylo to, že vznikly ve značném předstihu před započatím zadávacího řízení a byly vypracovány za jiným účelem. Není vyloučeno, že i taková listina by mohla obstát coby důkaz oprávněnosti jednacím řízením bez uveřejnění. Prakticky to ale bude problematické, protože – jak ukazuje právě i tento případ – jakýkoli užší výběr možných dodavatelů, který vzejde z úvahy určitého odborníka, a nikoli z prostředí běžného zadávacího řízení, je nutně výběrem subjektivním. A například právě v prostředí informačních technologií, v němž je obvyklé nemít požadované řešení „na skladě“, ale vyvíjet je přímo na míru klientovi, bude pro zadavatele obtížné doložit, že do případného otevřeného řešení by se jistě nepřihlásil ani takový zájemce, který přitom už byl předběžně osloven a na požadovaném řešení pak delší dobu pracoval (viz bod [22] shora).

[27] Stěžovatelka dále připouští, že závěrečná zpráva nepřináší jednoznačný závěr a má spíše povahu doporučení. Je však třeba ji vykládat ve spojitosti s dodatkem, který už jednoznačný je.

[28] I zde se NSS shoduje se žalovaným a krajským soudem. Podstatné pasáže ze závěrečné zprávy i z dodatku citoval NSS v bodech [19] a [20] shora. Jak Tovek, tak Profinit nabízely homogenní řešení. Profinit neměl své řešení v červnu 2016 ještě hotové – ale jak už uvedl krajský soud, požadavek na hotové řešení může být reakcí na „svízelnou situaci“ zadavatele, nikoli ovšem *technickým důvodem*, pro který by v dané věci *neexistovala hospodářská soutěž*. Speciálním důvodem, který by usnadňoval cestu k jednacímú řízení bez uveřejnění, nemůže být ani povaha činnosti konkrétního zadavatele, zde tedy odhalování legalizace výnosů z trestné činnosti a financování terorismu. Stěžovatelka chtěla spolehlivé technologické řešení, a chtěla ho rychle, protože považuje své úkoly za důležité. Její úkoly jistě důležité jsou, ale to platí i o dalších státních orgánech či obecně veřejných zadavatelích.

[29] Závěrečná zpráva byla podložena kritérii, která jsou v ní popsána, a výslovně neoznačila žádného z dodavatelů jako jediného možného. Dodatek sdělil (bez uvedení jména), že možný dodavatel je jen jeden, ale kritéria pro takový závěr tu chybí a závěr zde popírá širší doporučení závěrečné zprávy. Požadavek na hotové řešení pak jako případné kritérium nemůže obstát.

IV. Závěr a náklady řízení

[30] Stěžovatelka se svými námitkami neuspěla, a NSS proto kasační stížnost zamítl. Stěžovatelka nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti, neboť ve věci neměla úspěch; žalovanému nevznikly náklady řízení vymykající se z běžné úřední činnosti.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 19. dubna 2022

Zdeněk Kühn
předseda senátu