



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Petra Šebka a soudců Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D., a Mgr. Filipa Skřivana 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-R0207/2017/VZ-02961/2018/323/PMo ze dne 30.1.2018

takto:

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R0207/2017/VZ-02961/2018/323/PMo ze dne 30.1.2018 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 č.j. ÚOHS-R0207/2017/VZ-02961/2018/323/PMo ze dne 30.1.2018, kterým byl zamítnut rozklad a potvrzeno prvostupňové rozhodnutí žalovaného č.j. ÚOHS-S0356/2017/VZ-31319/2017/513/IHl ze dne 25.10.2017.
2. Žalovaný dospěl k závěru, že se žalobce dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), tím, že při zadávání veřejné zakázky „Zajištění podpory a provozu IS ARES“ nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 ZVZ, když 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 žalobce neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč; tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a žalobce uzavřel dne 2.9.2013 s vybraným uchazečem smlouvu. Za to byla žalobci uložena pokuta ve výši 50 000 Kč.
3. Podstata závěru žalovaného je vystavěna na argumentaci, podle níž žalobce pouze tvrdí existenci technických důvodů pro oprávněné použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, tato tvrzení však nedokládá. Jelikož žalobce neupřesnil (a neprokázal) konkrétní technické důvody, pro které bylo nutno veřejnou zakázku zadat vybranému uchazeči v jednacím řízení bez uveřejnění, neunesl důkazní břemeno. Dovolával-li se žalobce zásady hospodárnosti (plnění od jiného dodavatele by vyvolalo výrazně vyšší finanční náklady) a rizika nefunkčnosti již pořízeného majetku, pak zásadu hospodárnosti nelze podle žalovaného stavět nad zásadu otevřenosti a žalobce neprokázal, že by neexistoval žádný jiný dodavatel kromě vybraného uchazeče, který by byl schopen převzít stávající řešení (žalobce nespecifikoval, jaká konkrétní technická omezení jsou dána pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, jakými nástroji disponuje pouze vybraný uchazeč, v čem je IS ARES unikátní a jakým způsobem tato technická jedinečnost omezuje plnění předmětu veřejné zakázky ze strany jiných dodavatelů).

II. Shrnutí procesního postoje žalobce

4. Žalobce považuje napadené rozhodnutí za nezákonné proto, že žalovaný zahájil správní 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.
5. Dále žalobce namítá nezákonné obrácení důkazního břemena (jeho přenesení na žalobce). Žalovaný v řízení nemohl dovozovat žalobcovo důkazní břemeno; to není v žádném právním předpisu výslovně zakotveno, naopak se vymyká standardnímu pojetí správního trestání. K tomu

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 prvostupňového rozhodnutí, kde žalovaný výslovně neprokázání rozhodných skutečností, resp. splnění podmínek pro použití jednacího 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.

6. 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 provést dokazování podle návrhu žalobce (nutil žalobce bez zákonné opory vynakládat peněžní prostředky na znalecké posudky).
7. Pokud jde o podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění, tu žalovaný podle žalobcovy argumentace nesprávně dovozuje vytvoření stavu exkluzivity; v posuzované věci se nejednalo o důsledky vytvoření stavu exkluzivity, nýbrž o důsledky toho, že do předchozích „otevřených“ zadávacích řízení se přihlásil pouze jeden dodavatel. Posouzení technických důvodů v napadeném rozhodnutí chybí.
8. Žalobce konečně namítá nepřezkoumatelnost části napadeného rozhodnutí týkající se odůvodnění výše pokuty a považuje ji za nepřiměřeně vysokou; ve vztahu k pokutě žalobce namítá i nezohlednění pozdější výhodnější právní úpravy.
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 postoje žalovaného

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

IV. Průběh řízení před soudem

11. Zdejší soud o žalobě již jednou rozhodoval a rozsudkem č.j. 62 Af 34/2018-223 ze dne 21.10.2019 zrušil napadené rozhodnutí žalovaného pro nepřezkoumatelnost spočívající v nedostatku skutkových důvodů rozhodnutí; dle názoru zdejšího soudu se žalovaný nezabýval zcela podstatnými skutkovými důvody, v nichž žalobce spatřoval oprávnění (fakticky jedinou možnost) poptávat plnění na nezbytně nutnou dobu v jednacím řízení bez uveřejnění a ohledně nichž tvrdil, že je nezavinil. Nejvyšší správní soud se s právním názorem zdejšího soudu neztotožnil a rozsudkem č.j. 6 As 229/2019-42 ze dne 13.4.2021 shora nadepsaný rozsudek zdejšího soud zrušil, neboť napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným neshledal. Zdejší soud je v souladu s § 110 odst. 4 s.ř.s. právním názorem vysloveným Nejvyšším správním soudem vázán.

V. 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 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; soud přitom rozhodoval bez jednání za splnění podmínek podle § 76 odst. 1 s.ř.s.

V. a)

14. Žalobce obšírnou argumentací zpochybňuje zahájení řízení na základě podnětu, aniž by byl za podnět uhrazen poplatek podle § 259 ZZVZ; to považuje za nezákonnost.
15. 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.
16. 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 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).
17. „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.
18. „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 znamenají, 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.

19. 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 niče 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 „odbřemenění“ žalovaného a nikoliv zadavatelů od možného přezkumu zadávacích procedur, resp. povinností, které se pro ně z povinných zadávacích procedur vyplývají.
20. 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.
21. 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. 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 nálezy Ústavního soudu ze dne 30. 11. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 30/10).
22. 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).

V. b)

23. Žalobce též velmi podrobně argumentuje proti tomu, jak žalovaný ve správním řízení přistoupil k otázce důkazního břemena.
24. 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.

25. 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 sejmut 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.
26. Žalovaný – na první pohled odlišně od právě uvedených východisek – v odůvodnění obou po době jdoucích rozhodnutí zastává poměrně silně vyjadřovaný názor, že důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na žalobci, jehož povinností je, aby doložil, že jednacím řízením 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 jednacím řízením bez uveřejnění ze své podstaty transparentnější. Dochází tak k 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 žalobci. V případech jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě obviněný (tu tedy žalobce), kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se ZVZ a zvolil tedy tento druh zadávacího řízení oprávněně, a povinnost zjištění skutkového stavu věci ze strany žalovaného se s ohledem na obrácené důkazní břemeno v souvislosti s doložením podmínek opravňujících použití jednacích řízení bez uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda obviněný (tu tedy žalobce) toto důkazní břemeno unesl či nikoliv. To žalovaný opírá o rozsudky Soudního dvora Evropské unie a tuzemských správních soudů.
27. 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 odchýlovat.

28. 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 Zadrubé, 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 – 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 „ztížení“ 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...*“. 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 jednací řízení bez uveřejnění probíhalo, reálně nemusí zabývat. To by znamenalo popření zásady správního řízení trestní (sankční) povahy, a to bez jakékoli zákonné opory.
29. Řízení o přezkumu úkonů zadavatele spočívajících v zadávání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího 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. nyní § 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.

30. 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 předešlény. Logicky pak nemůže žalovaný za zadavatele domýšlet eventuální 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, eventuálně doplněnou o obecná tvrzení v zásadě parafrázující zákonný text podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, 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.
31. 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.
32. Na splnění povinnosti zadavatele konkrétní (!) důvody pro použití jednacího řízení tvrdit a navrhnout konkrétní (!) 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 jisté 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 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 tehdy, pokud chce zpochybnit skutečnosti, u kterých unesl své důkazní břemeno zadavatel...*“.

33. 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.
34. 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), nejednalo by se o vadu, pokud by tento závěr měl oporu ve skutkových důvodech, o něž se obě po sobě jdoucí rozhodnutí opírala. Závěr v tom směru, že „žalobce neprokázal“ důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, by vyjadřoval to, že 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 v konkrétní rovině dovolávat právě on sám).
35. Pokud jde o související námitku žalobce směřující proti vadám výroku prvostupňového rozhodnutí, kde bylo deklarováno neunesení důkazního břemena ze strany žalobce, pak mu ani v tomto ohledu zdejší soud nedává za pravdu; pokud by vskutku žalovaný vypořádal veškerou argumentaci žalobce, o kterou oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění opíral, a odůvodněně dospěl k závěru, že tato argumentace podepřená důkazy neosvědčuje důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, pak by závěr o neunesení důkazního břemena, který by se takto promítl i do výroku rozhodnutí, měl své opodstatnění.
36. Ani související 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.
37. Pokud jde konečně o otázku dokazování (v tom směru, že žalovaný nebyl „ochoten“ opatřit si sám znalecký posudek), ani tu zdejší soud nedává žalobci za pravdu. Žalobce totiž měl dostatek procesního prostoru k tomu, aby k důvodům, pro které použil jednací řízení bez uveřejnění, označoval odpovídající důkazy. Mohly to být jednak listiny dokládající vývoj dosavadního smluvního instrumentaria týkajícího se pořizování, provozu a vývoje IS ARES (to žalobce také činil) a dále pak i nejrůznější odborná posouzení – a to jak z doby, kdy žalobce jednací řízení bez uveřejnění vedl, tak z doby pozdější, pokud by se k tehdejším důvodům vyjadřovaly (to žalobce nečinil).

38. Pokud jde o dobu, z níž by takové důkazy měly pocházet, pak okamžik porřízení 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 porřizenými 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 porřizených 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 nepřípustné, přitom žalovanému je tento pohled soudu dobře znám, neboť byl účastníkem uvedeného soudního řízení.
39. Pokud jde o aktivitu při opatrování důkazů, žalobce žádný znalecký posudek (coby důkazní prostředek, s nímž by se měl žalovaný povinnost vypořádávat) nepředložil. Bylo přitom 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). Nebylo tedy na žalovaném, aby si listiny (kupř. i znalecký posudek) opatroval sám. Nemůže proto obstát žalobní argumentace, podle které žalovaný žalobce nezákonně nutí k tomu, aby „utrácel za znalecké posudky“.

V. c)

40. Pokud jde o samotné hmotněprávní posouzení důvodů, které žalobce vedly k použití jednacího řízení bez uveřejnění, tu zdejší soud vychází z toho, že podmínkou postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ je prokázání skutečnosti, že objektivně existuje pouze jediný dodavatel, který je plnění schopen (v požadované kvalitě, v požadovaném rozsahu, v požadovaných specifikacích a v požadovaném čase) realizovat, tj. že předmět veřejné zakázky (jehož vymezení samo osobě není nekorektní kupř. tím, že bezdůvodně vylučuje ze soutěže o získání veřejné zakázky určitý okruh dodavatelů) je natolik specifický, že umožňuje realizaci výlučně jedním konkrétním dodavatelem, a to z důvodů technických či z důvodů potřeby ochránit existující výhradní práva. Takto důvodná ochrana výhradních práv připadá v úvahu typicky v situaci, kdy zadavatel v minulosti nezískal licenční oprávnění, které je nezbytné pro porřízení dalšího přímo souvisejícího či navazujícího plnění, a (stávající) dodavatel není schopen či ochoten licenci poskytnout. Důvody technické mohou souviset s oprávněným požadavkem zadavatele na zajištění nutné kompatibility, na minimalizaci rizika nefunkčnosti již porřizeného plnění, eventuálně na zabránění prokazatelnému enormnímu nárůstu nákladů zadavatele. V obou případech jde o situace, v nichž je naprosto jasné, že by vedení jakéhokoli „otevřenějšího“ zadávacího řízení nevyvolalo širší hospodářskou soutěž (o získání veřejné zakázky) ani ekonomicky příznivější výsledek pro zadavatele; obojí právě proto, že objektivně existuje pouze jediný dodavatel. Vše právě uvedené však platí pouze tehdy,

pokud takový stav je prokazatelně dán důvody, které zadavatel nemohl vůbec předvídat a které nejsou přičitatelné samotnému zadavateli, včetně jeho postupu v minulosti – ať už protiprávnímu či z pohledu navazujících zadavatelských procedur neprozíravému.

41. Žalovaný obě postupně vydaná rozhodnutí vystavěl na argumentaci, která se zabývala obecným přístupem k posuzování splnění důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění (body 65. – 74. prvostupňového rozhodnutí) a poté se věnovala technickým důvodům (body 77., 78., 81. – 91. prvostupňového rozhodnutí, body 28. – 30. napadeného druhostupňového rozhodnutí), o nichž žalovaný tvrdí, že jsou žalobcem uváděny pouze v obecné rovině. S těmito dílčími závěry žalovaného zdejší soud souhlasí. Žalobce se tu, pokud jde o ryze technické důvody, omezil na obecná tvrzení ohledně vyšších nákladů, ohledně rizika nefunkčnosti a ohledně rizika nedodržení potřebného časového rámce s tím, že plnění není schopen zajistit vlastními zaměstnanci. Nic specifického ve vztahu k předmětu (v jednacím řízení zadávané) veřejné zakázky žalobce skutečně netvrdil. Pak tedy žalovaný oprávněně uzavřel (souhrnně bod 29. napadeného rozhodnutí), že žalobce ve správním řízení uváděl pouze vlastní (a velmi povšechná, jak by dodal zdejší soud) tvrzení, přičemž dokumentace neobsahovala žádné relevantní podklady prokazující, že šetřená veřejná zakázka mohla být z technických důvodů realizovaná pouze vybraným uchazečem (žalobce nepředložil žádné listiny, které by obsahovaly odbornou technickou analýzu, popř. jiné konkrétní a podrobné technické posouzení věci týkající se nemožnosti plnit šetřenou veřejnou zakázku jiným dodavatelem než vybraným uchazečem, resp. nedoložil jím tvrzenou hospodárnost svého postupu předložením ekonomické analýzy či jiného relevantního podkladu).
42. Žalobce dále konstantně tvrdil, že potřebu použití jednacího řízení bez uveřejnění vyvolalo předchozí neúspěšné vedení otevřených řízení, do nichž se opakovaně „hlásil“ (popř. v nich „zbyl“) pouze jeden dodavatel. V průběhu celého správního řízení žalobce poukazoval na historii zadávání této veřejné zakázky, mimo jiné poukazoval na to, že dne 22.6.2011 byla uzavřena mezi žalobcem coby zadavatelem a dodavatelem IS ARES smlouva č. j. 332/069/2011, na základě které žalobce získal oprávnění upravovat IS ARES prostřednictvím třetích osob, aby se vybraný dodavatel nenacházel ve stavu exkluzivity. Poté se snažil zadávat veřejnou zakázku odpovídající předmětu nyní posuzované veřejné zakázky v otevřeném řízení. Dne 25.10.2012 žalobce ve Věstníku veřejných zakázek uveřejnil oznámení otevřeného řízení na veřejnou zakázku „Zajištění a podpora provozu IS ARES na dobu 60 měsíců“, žalobci byly doručeny dvě nabídky, jeden z uchazečů byl pro nesplnění zadávacích podmínek vyloučen a podle tehdy účinného § 84 odst. 1 písm. e) ZVZ byl žalobce povinen zadávací řízení zrušit, protože k hodnocení zbyla jen jedna nabídka. Následně žalobce realizoval jednací řízení bez uveřejnění pro zajištění fungování IS ARES po přechodnou dobu, než bude v otevřeném řízení vybrán dodavatel na delší období. Proto žalobce dne 27.3.2013 odeslal výzvu k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona vybranému uchazeči na veřejnou zakázku „Zajištění a podpora provozu IS ARES na dobu 5 měsíců“ s dobou plnění od 1.2.2013 do 30.6.2013. Následovalo otevřené řízení „Zajištění a podpora provozu IS ARES na dobu 60 měsíců“ uveřejněné ve Věstníku veřejných zakázek dne 5.4.2013. Žalobci byla doručena pouze jedna nabídka, proto žalobce opět zadávací řízení zrušil podle tehdy účinného § 84 odst. 1 písm. e) ZVZ. Žalobce se znovu nacházel v situaci, kdy musel na nezbytnou dobu zajistit podporu provozu IS ARES jinak – a zvolil tedy jednací řízení bez uveřejnění, které je předmětem nyní posuzované věci, a poté zahájil další otevřené zadávací řízení (v němž rovněž byla podána pouze jediná nabídka, a tedy zadávací řízení bylo zrušeno) a poté další otevřené řízení, které již rušit nemusel.
43. Žalobce tedy svou věcnou a veskrze důvěryhodnou argumentací poukazoval na to, že ačkoli sám zajistil, aby se dříve vybraný uchazeč ve vztahu k IS ARES nenacházel ve stavu exkluzivity, a snažil se plnění odpovídající nyní (v jednacím řízení bez uveřejnění) zadávané veřejné zakázce soutěžit v otevřeném řízení. Žalobce tedy žalovanému přinesl ucelenou argumentaci o tom, že

jednací řízení bez uveřejnění vedl v situaci, kdy opakovaně využil veškeré zákonné možnosti k zadání veřejné zakázky v otevřeném řízení; pokud takové otevřené řízení nevedlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, žalobce nemůže nést odpovědnost za to, že zákonodárce přidal do vnitrostátní úpravy veřejných zakázek nikoli zcela prozíravé pravidlo, které znemožňovalo zadání veřejné zakázky, pokud zadavatel obdržel jednu nabídku, popř. pokud zadavateli k hodnocení zbyla jen jedna nabídka.

44. Tuto argumentaci žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí (body 16 – 29) zrekapituloval a následně se k ní vyjádřil v bodu 110 prvostupňového rozhodnutí. Tam uvedl, že sice „*vnímá, že jde o specifickou situaci, kdy zadavatel nejprve (podvakerát) vyhlásil otevřená zadávací řízení, avšak těch se účastnil buď pouze jeden uchazeč, nebo k hodnocení zbyla pouze jedna nabídka*“, nicméně „*výše uvedené skutečnosti samy o sobě nemohou být důvodem pro ospravedlnění postupu zadavatele v JŘBÚ, neboť se netýkají přímo přezkoumávané veřejné zakázky, avšak jedná se o skutkové okolnosti natolik zásadní, že od nich Úřad nemůže odblédnout, a zohlednil je proto při stanovení výše pokuty. ... Samotná skutečnost, že zadavatel obdržel jedinou nabídku v otevřeném řízení, tedy nemůže nikdy sama o sobě svědčit o tom, že jsou dány důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Proto ani zadavatel, který neprokáže existenci technického důvodu podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, se nemůže nikdy „vyvinut“ tím, že by pouze odkázal na svůj dosavadní postup v předchozích zadávacích řízeních „adresovaných“ neomezenému okruhu dodavatelů*“.
45. Zdejší soud musí dát žalovanému zapravdu v tom, že ani shora popsané okolnosti, byť žalobcem nezaviněné a fakticky neumožňující mu zadat veřejnou zakázku v otevřeném řízení, nemohou samy o sobě legitimizovat zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění; pro zákonnost takového postupu je nutné naplnit některý z důvodů podle § 23 ZVZ.
46. Jde-li o naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, pak žalobce v žalobě i v průběhu správního řízení tvrdil, že postupoval v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu, že veřejná zakázka mohla být z technických důvodů splněna pouze určitým dodavatelem (§ 23 odst. 4 b/ ZVZ). Současně však žalobce zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění zdůvodnil nezbytností zadat veřejnou zakázku v krajně naléhavém případě, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, a z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení (§ 23 odst. 4 b/ ZVZ); právě naplněním této podmínky se přitom dle názoru žalobce žalovaný zcela opomněl zabývat.
47. Ze správního spisu se podává, že žalobce konstantně ve svých podáních (být v rámci správního řízení před vydáním prvostupňového rozhodnutí obecně) upozorňoval na časové souvislosti daného případu, neboť uvedl, že s ohledem na zrušení otevřeného řízení byl nucen „*realizovat jednací řízení bez uveřejnění pro zajištění fungování IS ARES po přechodnou dobu*“ (doplnění stanoviska ARES ze dne 21.6.2017); obdobně se žalobce vyjádřil i v podání „Odpověď na žádost o doplnění stanoviska IS ARES“ ze dne 10.7.2017. Konečně žalobce v rozkladu tuto argumentaci rozvinul (zejména bod 34 až 36) a upozornil na její nezohlednění žalovaným v prvostupňovém rozhodnutí. Konkrétně žalobce uvedl, že „*[z] rozhodnutí však plyne, že Úřad se vůbec nezabýval zjišťováním skutečností ve prospěch zadavatele. Úřad se nijak nezabýval tím, zda nebyly v daném případě naplněny časové důvody, jak byly v dané době zakotveny v § 23 odst. 4 písm. b) ZVZ. ... Jak vyplývá z Odůvodnění šetřené veřejné zakázky ze dne 17.7.2013 veřejná zakázka navazuje na otevřené zadávací řízení ve věci veřejné zakázky „Zajištění a podpora provozu IS ARES na dobu 60 měsíců“. Toto zadávací řízení bylo zadavatelem dne 28.5.2013 zrušeno podle § 84 odst. 1 písm. e) ZVZ. Dále je v tomto dokumentu uvedeno, že: „Stávající smlouva na zajištění podpory a provozu IS ARES MF č. 3302/028/2013 ze dne 30. dubna 2013 a firmou Assec CE, je uzavřena na dobu určitou do 30. června 2013.“ Z uvedeného je zřejmé, jaké mimořádné naléhavé časové důvody, které zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze ani přičítat, a pro které nemohl dodržet lhůty pro otevřené řízení, vedly zadavatele k využití jednacího řízení bez uveřejnění. Pro zajištění bezproblémového provozu IS ARES bylo nebytné do doby ukončení opakovaného otevřeného zadávacího řízení*

uzavřít smlouvu se stávajícím dodavatelem IS ARES. ... Zadavatel využil jednacího řízení bez uveřejnění, aby zajistil plnění základních povinností a činností pro výkon vyhledávacích, kontrolních, pátracích a analytických činností finanční správy, celní správy a Finančního analytického úřadu v neveřejné části IS ARES. ... Je třeba si uvědomit, že denně tento informační systém zprostředkuje až 2,5 mil. dotazů. Zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění proto bylo absolutně nezbytné“.

48. Žalovaný však v napadeném rozhodnutí na tuto (srozumitelnou a relevantní) argumentaci nereagoval a ponechal ji zcela stranou své pozornosti. Odůvodnění napadeného rozhodnutí přitom (zejména v části týkající se interpretace a aplikace ochrany autorských práv jako důvodu pro užití jednacího řízení bez uveřejnění) zcela míjí (nejen) rozkladovou argumentaci žalobce, ale i skutkové okolnosti posuzované věci a vyvolává dojem „prefabrikovaného“ odůvodnění rozhodnutí; naproti tomu žalobcem formulovaná tvrzení o krajní naléhavosti případu ve smyslu § 23 odst. 4 písm. b) ZVZ zůstaly bez odezvy žalovaného.
49. V tomto ohledu proto zdejší soud považuje napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, což je důvodem k jeho zrušení bez jednání podle § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s. a k vrácení věci žalovanému 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. Za tohoto stavu se již zdejší soud nezabýval zbytkem žalobní argumentace.

VI. Náklady řízení

50. Výrok o náhradě nákladů řízení o žalobě i kasační stížnosti se opírá o § 60 odst. 1 větu první a § 110 odst. 3 s.ř.s. Žalobce měl ve věci plný úspěch, a proto má podle § 60 odst. 1 s.ř.s. právo na náhradu nákladů řízení, žádné náklady 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 5.8.2021

Petr Šebek v.r.
předseda senátu