



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Zdeňka Kühna, soudce Ondřeje Mrákoty a soudkyně Michaely Bejčkové v právní věci žalobkyně: **Česká republika - Ministerstvo financí**, se sídlem Letenská 15, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 25. 1. 2018, čj. ÚOHS-R0199/2017/VZ-01909/2018/321/EDy, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 17. 10. 2019, čj. 62 Af 30/2018-101,

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.

Odůvodnění:

[1] Žalovaný rozhodnutím ze dne 18. 10. 2017 dospěl k závěru, že žalobkyně spáchala správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, a to tím, že při zadávání veřejné zakázky „*Vývoj IS CEDR MF, modul EHP a Norské fondy*“ dne 26. 2. 2015 zadala tuto veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, v rozporu s § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Žalobkyně totiž neprokázala, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč (ASD Software, s.r.o.). Důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořila sama žalobkyně, a to postupem při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění veřejné zakázky v polovině 90. let dvacátého století. Za to žalovaný uložil žalobkyni pokutu ve výši 101 000 Kč. Rozklad žalobkyně předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 25. 1. 2018 zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

[2] Žalobkyně se proti rozhodnutí předsedy žalovaného bránila žalobou u krajského soudu. Krajský soud sice některé dílčí závěry rozhodnutí předsedy žalovaného korigoval, žádný ze žalobních bodů však neshledal důvodným, a proto žalobu zamítl.

[3] Žalobkyně (stěžovatelka) podala proti rozsudku krajského soudu obsáhlou kasační stížnost z důvodů dle § 103 odst. 1 písm. a), b) s. ř. s. V ní opakuje a dále rozvíjí žalobní body. Žalovaného kritizuje za svévoli s nakládáním s podněty – měl prý důsledně rozlišovat mezi podněty, u kterých byla splněna poplatková povinnost, a podněty, u kterých tato povinnost splněna nebyla. V dané situaci poplatek zaplacen nebyl, žalovaný proto k podnětu neměl přihlížet. Dále stěžovatelka nesouhlasí s výkladem důkazního břemene tak, jak jej provedl žalovaný a v návaznosti na něj též krajský soud.

[4] Žalovaný se ve vyjádření ztotožňuje s rozsudkem krajského soudu a vysvětluje, v čem se stěžovatelka v kasační stížnosti mylí. Navrhuje kasační stížnost zamítnout.

[5] NSS při posuzování přípustné kasační stížnosti dospěl k závěru, že kasační stížnost má požadované náležitosti, byla podána včas a osobou oprávněnou. Důvodnost kasační stížnosti posoudil NSS v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.); neshledal přitom vady, jimiž by se musel zabývat i bez návrhu.

[6] K označení stěžovatelky lze uvést, že žalobu i kasační stížnost podala Česká republika, reprezentovaná Ministerstvem financí jako svou organizační složkou (k tomu naposledy srov. usnesení rozšířeného senátu ze dne 18. 2. 2020, čj. 8 Afs 128/2018-46, body 38 a násl.).

[7] Kasační stížnost je sice velmi dlouhá, používá dokonce i různé literární a historické paralely, pravdou však zůstává, že ve své většině je pouhým tvrdošíjným, byť sofistikovaným opakováním nesouhlasu se závěry žalovaného a krajského soudu. NSS proto nepovažuje za účelné opětovně přesvědčovat stěžovatelku o nesprávnosti její argumentace. Proto NSS dále jen stručně rekapituluje závěry, ke kterým došel ve svém rozsudku krajský soud; podrobněji se bude věnovat jen argumentům, které nově zazněly jako kritika rozsudku krajského soudu.

[8] Kasační stížnost není důvodná.

[9] V první námitce stěžovatelka opakuje, že žalovaný postupoval nezákonně, neboť řízení zahájil na základě podnětu, i když za podnět nebyl uhrazen poplatek podle § 259 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

[10] V § 259 zákona o zadávání veřejných zakázek, ve znění do 25. 11. 2019, byl upraven správní poplatek za podání podnětu k zahájení správního řízení z moci úřední ve výši 10 000 Kč. Podle § 259 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek platilo, že nebyl-li s podáním podnětu poplatek ve lhůtě dle odstavce 3 zaplacen, *podnět se nevyřizuje*.

[11] K tomu NSS odkazuje na přesvědčivé závěry krajského soudu v bodech 20 až 24 rozsudku. Krajský soud vysvětlil, že „nevyřizování“ podnětu neznámá, že by žalovaný nemohl skutečnosti obsažené v podnětu samostatně či ve spojení s dalšími skutečnostmi využít v rámci své činnosti, kupř. při úvahách ohledně zahájení řízení z moci úřední. Stejným způsobem již ostatně judikoval též NSS, viz krajským soudem správně cit. rozsudek ze dne 17. 1. 2019, čj. 3 As 184/2017-73 (tento rozsudek byl sice následně zrušen nálezem ze dne 19. 11. 2019, sp. zn. II. ÚS 1270/19, ovšem z důvodu protiústavnosti

pokračování

samotného § 259 zákona o zadávání veřejných zakázek, a právě proto, že podnět nebyl vyřízen formálně, viz bod 19 nálezu).

[12] Stěžovatelka tvrdí, že též Ústavní soud dospěl k závěru, dle něhož užití informací z podnětu, u kterého nebyla splněna poplatková povinnost, je nezákonné. Odkazuje v tom na body 38, 46 a 48 nálezu ze dne 30. 10. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 7/19 (č. 309/2019 Sb.), kterým Ústavní soud zrušil § 259 zákona o zadávání veřejných zakázek jako protiústavní. Z nálezu prý plyne, že se žalovaný informacemi získanými z podnětu, který nebyl zaplacen, vůbec nemá zabývat.

[13] NSS k tomuto argumentu jen krátce uvádí, že Ústavní soud ve stěžovatelkou citovaných pasážích rozhodně nehodlal založit ústavně konformní výklad zákona. Právě naopak. Ústavní soud v oněch pasážích nastiňoval, k jakým (protiústavním) koncům může § 259 zákona o zadávání veřejných zakázek vést. A právě proto cit. ustanovení zrušil. V tomto kontextu je kasační námitka absurdní: stěžovatelka vlastně tvrdí, že žalovaný měl postupovat protiústavně a měl informace z podnětu ignorovat, jakkoliv právě takovýto postup Ústavní soud v nálezu Pl. ÚS 7/19 a navazujícím nálezu II. ÚS 1270/19 (viz bod [11] shora) kritizoval.

[14] V druhém obsáhlém okruhu kasačních námitek stěžovatelka kritizuje, že žalovaný a krajský soud dovodili „de facto *povinnost se vyvinut z obvinění ze spáchání přestupku*“, jakkoliv takováto povinnost není v žádném právním předpisu výslovně zakotvena. Upozorňuje, že obviněný může ve věcech správního trestání zůstat zcela nečinný a nemusí se nijak vyvíňovat. Je to správní orgán, kdo musí vinu bez důvodných pochybností prokázat. Žalovaný však v tomto řízení zůstal pasivní a čekal, co stěžovatelka založí do správního spisu, čímž na ni přenesl veškerou procesní aktivitu. Spis neobsahuje jiné podklady a dokumenty než ty, které předložila sama stěžovatelka. To je porušení zásady vyšetřovací dle § 50 odst. 2 správního řádu. Krajský soud přesto přenesení důkazního břemene na stěžovatelku ospravedlnil (slovy stěžovatelky jako „*deus ex machina*“). Tím prý soud právo nevykládá, ale sám utváří, což stěžovatelka doplňuje právněteoretickými úvahami o roli soudu v kontinentálním právním řádu.

[15] NSS k tomu uvádí, že stěžovatelka zde hrubě dezinterpretuje závěry krajského soudu v bodech 32 a násl. napadeného rozsudku. Ten se stěžovatelce snažil vysvětlit, že zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění má určitá specifika. Jedním z nich je, že zadavatel mohl tento druh zadávacího řízení použít pouze v případě, že byly splněny zákonné podmínky vymezené v § 23 zákona o veřejných zakázkách (nyní § 63 až 66 zákona o zadávání veřejných zakázek). Postupoval-li zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění, činil tak proto, že měl za to, že jsou na jeho straně dány specifické zákonné důvody, odpovídající již § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách (zde důvod ochrany výhradních práv). Zvolil-li zadavatel výjimečný postup, jenž spočívá v uzavření smlouvy na veřejnou zakázku bez uveřejnění, tedy bez reálné možnosti dodavatelů získat povědomí o zadávané veřejné zakázce, je to právě zadavatel, kdo musí mít před zahájením takového postupu postaveno najisto, že jsou pro to naplněny konkrétní důvody. Za zadavatele takové důvody vskutku nikdo (ani žalovaný) sám domýšlet nemůže, jednoduše již jen proto, že nikdo konkrétní okolnosti na straně zadavatele nemůže znát. Právě to nachází odraz v konkrétních možnostech aktivity žalovaného ve správním řízení (bod 32 napadeného rozsudku).

[16] NSS podotýká, že polemika soudu, žalovaného i stěžovatelky o „důkazním břemenu“ ve správním trestání není terminologicky zcela přesná. V těchto věcech nelze hovořit o „důkazním břemenu“, ale spíše o důkazní povinnosti či povinnosti k objasnění skutkového stavu věci (viz usnesení rozšířeného senátu ze dne 14. 1. 2014, čj. 5 As 126/2011-68, č. 3014/2014 Sb. NSS, bod 29, s odkazem na PÚRY, F. Existuje důkazní břemeno v trestním řízení? in: FENYK, J. (ed.) *Pocta Dagmar Císařové k 75. narozeninám*, Praha 2007, s. 104 a násl.).

[17] Jistě platí, že v řízení o přestupku postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu potřebném pro rozhodnutí o přestupku (cit. usnesení rozšířeného senátu 5 As 126/2011). Obviněný z přestupku není povinen se hájit, zejména není povinen uvádět na svou obhajobu jakákoliv tvrzení, ani o nich nabízet a předkládat správnímu orgánu důkazy, ledaže zákon ve specifických situacích stanoví jiné pravidlo (srov. např. § 21 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, který takto specificky upravuje zproštění odpovědnosti právnické osoby za přestupek). Využije-li však obviněný práva mlčet, nelze extenzivním výkladem uložit správnímu orgánu povinnost, aby za obviněného „domyslel“ všechna myslitelná nebo třeba i nepravděpodobná tvrzení a v rozhodnutí se s nimi vypořádal (cit. usnesení rozšířeného senátu 5 As 126/2011, bod 21).

[18] Závěry krajského soudu jsou s těmito tezemi souladné. Specifické zadávací řízení, ve kterém se stěžovatelka dopustila správního deliktu (přestupku), bylo založeno na určitých skutečnostech, které z podstaty věci mohl znát jen zadavatel (stěžovatelka). Proto byl v souladu se zákonem postup žalovaného, který po stěžovatce požadoval údaje, z jakého důvodu zvolila právě tento typ zadání. Je to právě stěžovatelka, která mohla a měla vysvětlit žalovanému důvody, pro které zvolila tento specifický způsob zadávacího řízení. Jistě stěžovatelku nebylo možné nutit, aby se žalovaným spolupracovala. To však neznamená, že stěžovatelka v přezkumném řízení mohla žalovanému předložit toliko dokumentaci o veřejné zakázce, popř. předestřít velmi rámcovou argumentaci v zásadě jen parafrázující zákonné důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Pokud by naopak stěžovatelka tvrdila konkrétní důvody, pro které k tomuto typu zadávacího řízení přistoupila, žalovaný by musel posoudit, zda byly splněny zákonné podmínky pro použití § 23 zákona o veřejných zakázkách (bod 34 napadeného rozsudku).

[19] Pokud proto stěžovatelka v řízení netvrdila žádné konkrétní skutkové okolnosti, které by postup dle § 23 zákona o veřejných zakázkách opodstatnily, nemohlo správní řízení skončit jinak, než skončilo, tedy vyslovením závěru o naplnění skutkové podstaty přestupku. Těžko totiž mohl žalovaný namísto stěžovatelky hledat jemu neznámé důvody, které (snad) stěžovatelku mohly vést k zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem. Jak lapidárně shrnul krajský soud, žalovaný nemůže „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“ (bod 33 napadeného rozsudku, podobně již cit. bod 21 usnesení rozšířeného senátu 5 As 126/2011).

[20] Obdobné závěry krajského soudu jsou v souladu s dogmatikou správního trestání (srov. podobně k téže problematice rozsudek ze dne 30. 5. 2014, čj. 5 Afs 48/2013-272,

pokračování

č. 3142/2015 Sb. NSS, věc *ŠKODA TRANSPORTATION*). Rozhodně nejde o žádný zásah správního soudu jako *deus ex machina*, jak poněkud nejapně tvrdí stěžovatelka. Jak plyne ze shora cit. judikatury, dokazování ve věcech správního trestání rozhodně neprobíhá podle nějakých jednoduchých mechanických formulek typu „vše dokazuje žalovaný“. Naopak platí, že správní orgán dokazuje to, co dle povahy věci mu je nebo může být známo. Je nabíledni, že v různých typech správního trestání mohou být správnímu orgánu známy různé okolnosti. Jinak tomu bude např. v přestupcích dopravních, jinak tomu může být v řízení o přestupcích v oblasti veřejných zakázek (a jistě i tam budou dle povahy dané různé typové věci, vyžadující různé rozdělení aktivity při dokazování přestupku).

[21] Konečně v poslední stížnostní námitce, která se skrývá v rámci druhého okruhu námitek v samém závěru, v bodech 21 a 22 kasační stížnosti, stěžovatelka polemizuje s výkladem § 23 zákona o veřejných zakázkách. NSS k tomu jen stručně uvádí, že s těmito námitkami se velmi obsáhle krajský soud vypořádal v bodech 38 až 56. S těmito pasážemi stěžovatelka fakticky nepolemizuje, jen vyjadřuje frustraci nad tím, že v roce 1995 nemohla předpokládat přísné podmínky práva veřejných zakázek o dvě desítky let později. Nadto prý výklad krajského soudu znemožnil jakékoliv zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. I s touto argumentací stěžovatelky v žalobě se krajský soud velmi pečlivě vypořádal. Vysvětlil, že soudem zaujatý výklad nečiní z § 23 zákona o veřejných zakázkách prázdnou množinu (bod 51), a upozornil na specifika nynější věci, kde původ exkluzivity dodavatele software sahá až do roku 1995, kdy ovšem platilo zcela jiné právo veřejných zakázek než v roce 2015. Protože stěžovatelka krom několika glos proti těmto závěrům krajského soudu nesnáší žádnou relevantní oponenturu, lze odkázat na tento závěr krajského soudu, s nímž se NSS plně ztotožňuje: rozumnému pohledu na zadavatelské prostředí by se přičila „*akceptace stavu exkluzivity, »navždy« (po několik desetiletí) trvající, jen proto, že nově vznikající smlouvy navazují na smlouvy uzavřené »kdysi dávno«*“ (bod 44).

[22] S ohledem na vše výše uvedené proto NSS zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 věta poslední s. ř. s.).

[23] O náhradě nákladů řízení rozhodl podle § 60 odst. 1 za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatelka nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti, neboť ve věci neměla úspěch; žalovanému náklady řízení nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly.

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

V Brně dne 12. března 2020

Zdeněk Kühn
předseda senátu