



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Aleše Roztočila a soudců JUDr. Jiřího Pally a Mgr. Petry Weissové v právní věci žalobce: **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 22. 12. 2017, č. j. ÚOHS-R0185/2017/VZ-37582/2017/322/AHo, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 12. 6. 2020, č. j. 62 Af 20/2018 – 168,

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 kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Přehled dosavadního řízení

[1] Předseda žalovaného v záhlaví uvedeným rozhodnutím (dále též „rozhodnutí o rozkladu“) zamítl rozklad žalobce a potvrdil prvostupňové rozhodnutí žalovaného ze dne 3. 10. 2017, č. j. ÚOHS-S0318,S0325/2017/VZ-28607/2017/532/MOn.

[2] Žalovaný výrokem I. prvostupňového rozhodnutí rozhodl, že žalobce spáchal přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „ZVZ“), tím, že při zadávání veřejné zakázky „Zajištění podpory provozu Integrovaného informačního systému Státní pokladny (IISSP) pro rok 2013“ (dále jen „veřejná zakázka č. 1“) porušil § 21 odst. 2 ZVZ, protože veřejnou zakázku zadal z technických důvodů v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, neboť neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč (IBM Česká

republika, spol. s r. o.), přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a žalobce uzavřel dne 22. 3. 2013 smlouvu. Výrokem II. prvostupňového rozhodnutí žalovaný rozhodl o spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že žalobce při zadávání zakázky „Zajištění podpory provozu Integrovaného informačního systému Státní pokladny (IISSP) pro první čtvrtletí 2014“ („veřejné zakázky č. 2“) porušil § 21 odst. 2 ZVZ, protože veřejnou zakázku zadal z technických důvodů v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, neboť neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč (IBM Česká republika, spol. s r. o.), přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a žalobce uzavřel dne 17. 1. 2014 smlouvu. Za spáchání uvedených přestupků uložil žalovaný žalobci podle § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ pokutu ve výši 820.000 Kč.

[3] Žalobce podal proti rozhodnutí předsedy žalovaného žalobu, v níž namítl nezákonnost postupu žalovaného spočívající v zahájení správního řízení v rozporu s § 259 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále též „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. Dále namítl nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí pro nedostatek důvodů, neboť žalovaný v něm nespecifikoval, v čem spatřuje naplnění skutkové podstaty podle § 120 odst. 1 písm. a) ZZVZ. Žalovaný nezohlednil § 222 ZZVZ coby pozdější pro žalobce příznivější právní úpravu, pročez je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné. Žalovaný v řízení nemohl dovozovat žalobcovo důkazní břemeno; to není v žádném právním předpisu výslovně zakotveno, naopak se vymyká standardnímu pojetí správního trestání. Podle žalobce žalovaný nesprávně posoudil otázku obráceného důkazního břemene na straně žalobce a rezignoval na odpovídající zjištění skutkového stavu.

[4] Ve vztahu k tvrzenému obrácení důkazního břemene žalobce dále namítl, že jej měl žalovaný o jeho existenci poučit v oznámení o zahájení správního řízení, což neučinil, a neučinil tak navíc ani následně v průběhu správního řízení. Žalovaný nadto nebyl ochoten v řízení akceptovat podklady, doplňující analýzy a posouzení, jež měly podporovat oprávněnost použití jednacím řízení bez uveřejnění, datované po zahájení zadávacího řízení, přičemž zákon žalobci neukládá povinnost disponovat veškerými podklady o oprávněnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění již před jeho zahájením. Žalovaný také nesprávně posoudil právní otázku naplnění technických podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Dále žalobce namítl nepřezkoumatelnost části napadeného rozhodnutí týkající se odůvodnění výše pokuty, přičemž ji považoval za nepřiměřeně vysokou.

[5] Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 4. 10. 2019, č. j. 62 Af 20/2018 - 126, rozhodnutí o rozkladu zrušil, neboť dospěl k závěru, že je nepřezkoumatelné pro neposouzení eventuálního splnění zákonem stanovených podmínek pro změny závazku ze smlouvy bez nového zadávacího řízení (především podle § 222 odst. 5 a 6 ZZVZ).

[6] Žalovaný podal proti tomuto rozsudku krajského soudu kasační stížnost, v níž namítl jeho nepřezkoumatelnost spočívající v tom, že krajský soud považoval smlouvu na

pokračování

veřejnou zakázku č. 1 za změnu původní smlouvy i přes to, že závazek, jehož obsahem byla povinnost poskytovat technickou podporu, byl po zániku závazku z původní smlouvy upraven ještě smlouvou z roku 2011. Nepřezkoumatelnost rozsudku krajského soudu pro nesrozumitelnost žalovaný spatřoval i v tom, že z úvahy soudu není logicky srozumitelné, proč krajský soud považoval právní úpravu dle § 222 ZZVZ za pozdější a příznivější pro projednávaný případ. Krajský soud dále případ nesprávně posoudil po právní stránce, když uzavřel, že smlouvy na veřejnou zakázku č. 1 a 2 vedou ke změnám závazků.

[7] Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 6. 3. 2020, č. j. 4 As 397/2019 – 55, uvedený rozsudek krajského soudu zrušil a věc vrátil tomuto soudu k dalšímu řízení, neboť krajský soud dospěl k nesprávnému právnímu závěru, dle kterého mohlo dojít ke změně závazku ze smlouvy mezi žalobcem a dodavatelem z roku 2011, který však zanikl před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku č. 1.

[8] Krajský soud následně nadepsaným rozsudkem žalobu zamítl. Krajský soud dal žalobci za pravdu, že předseda žalovaného se otázky intenzity porušení zákona v napadeném rozhodnutí vskutku nedotýká ani okrajově. Znakem skutkové podstaty podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ spočívajícím v podstatném ovlivnění nebo možném podstatném ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky se však důkladně zabýval žalovaný v bodech 125. až 129. odůvodnění prvostupňového rozhodnutí. Řízení v prvním stupni a řízení o rozkladu však tvoří jeden celek 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 (viz např. rozsudek NSS ze dne 31. 10. 2014, č. j. 6 As 161/2013 - 25), a to tím spíše v situaci, kdy obě po sobě jdoucí rozhodnutí jsou vystavěna na téže argumentačním základu a opírají se o týž skutkový podklad a kdy žalobce prvostupňové závěry žalovaného o naplnění tohoto znaku skutkové podstaty v rozkladu konkrétně nenamítal. O vadu napadeného rozhodnutí tudíž nejde. Krajský soud nepřisvědčil ani namítané nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí z důvodu nezohlednění příznivější pozdější právní úpravy, neboť žalovaný se v rámci odůvodnění prvostupňového rozhodnutí zabýval otázkou pozdější příznivější právní úpravy v bodu 131.

[9] K nezákonnosti spatřované žalobcem v tom, že řízení bylo zahájeno na základě podnětu, za který nebyl uhrazen poplatek podle § 259 ZZVZ, krajský soud v první řadě uvedl, že toto ustanovení ZZVZ, byť po vydání rozhodnutí žalovaného, bylo zrušeno nálezem Ústavního soudu ze dne 30. 10. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 7/19, č. 309/2019 Sb. Už proto nelze žalovanému postup, kdy zahájil správní řízení bez uhrazení poplatku, vytýkat jako nezákonný. Kromě toho i v době účinnosti § 259 ZZVZ mohl žalovaný správní řízení vést i bez uhrazení uvedeného poplatku. Krajský soud neshledal důvodu odchýlit se od závěrů, k nimž dospěl v rozsudku ze dne 7. 6. 2017, č.j. 62 A 82/2017 - 169, v němž konstatoval, 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. Ke stejnému závěru navíc dospěl i NSS v rozsudku ze dne 17. 1. 2019, č. j. 3 As 184/2017 - 73, a to bez ohledu na důvody, které Ústavní soud vedly ke zrušení samotného § 259

ZZVZ. Správní řízení tedy bylo zahájeno v souladu s právními předpisy, a důkazy v něm shromážděné proto nelze hodnotit jako nezákonné.

[10] K namítanému porušení zákazu sebeobviňování krajský soud uvedl, že za porušení této zásady se 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 (viz např. rozsudek NSS ze dne 15. 12. 2016, č. j. 2 As 254/2016 - 39, a náleží Ústavního soudu ze dne 30. 11. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 30/10). Tím spíše nelze porušení zásady zákazu sebeobviňování dovozovat v případě, kdy zákon zadavateli (žalobci) výslovně povinnost poskytnout určité listiny (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].

[11] Žaloba není důvodná ani co do namítané nezákonnosti rozhodnutí žalovaného z důvodu nezohlednění pozdější příznivější právní úpravy, konkrétně § 222 ZZVZ, neboť Nejvyšší správní soud v zrušujícím rozsudku č. j. 4 As 397/2019-55 dospěl k jasnému závěru, že nemohlo dojít ke změně závazku z původní smlouvy (v režimu § 222 ZZVZ), protože tento závazek zanikl už před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku č. 1.

[12] K námitce obrácení důkazního břemene v neprospěch žalobce bez zákonné opory, v rozporu se základními zásadami správního řízení a judikaturou NSS vztahující se k sankčním správním řízením, krajský soud poukázal na judikaturu Soudního dvora Evropské unie a NSS, podle níž důkazní břemeno ohledně existence okolností opravňujících k použití jednacího řízení bez uveřejnění leží na tom, kdo se jich dovolává. Není tedy možné, aby zadavatel v řízení o přestupku žalovanému předložil toliko dokumentaci o veřejné zakázce a ve zbytku byl zcela pasivní s odkazem na zásadu vyšetřovací. Krajský tak dovodil, 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 nemožné, a mělo by to za následek faktické znemožnění výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění.

[13] Krajský soud souhlasil se žalovaným, že žalobce ve smyslu § 52 správního řádu neoznačil žádné konkrétní důkazy na podporu svých tvrzení ohledně naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění z technických důvodů, přestože měl možnost se opakovaně ve správním řízení i před jeho samotným zahájením k těmto důvodům vyjádřit. Krajský soud nepřisvědčil ani související žalobní námitce ohledně absence poučení o „obrácení důkazního břemene“, neboť zákon neukládá žalovanému poučovat jej o označování důkazů na podporu jeho tvrzení podle § 52 správního řádu. Žalobce nemá pravdu ani v tom, že by se žalovaný po obsahové stránce nezabýval žalobcem předloženým znaleckým posudkem. Žalovaný znalecký posudek přiléhavě vyhodnotil jako stručný souhrn obecných tvrzení, která navíc upozorňují na potenciální obtíže, aniž by závěry tam obsažené přesahovaly pouhé konstatování, že tu technický důvod je. Postup žalovaného při ukládání pokuty respektoval absorpční zásadu a uložená pokuta nepředstavuje excesivní vybočení z praxe žalovaného v neprospěch žalobce.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalovaného

pokračování

[14] Proti naposledy uvedenému rozsudku krajského soudu podal žalobce (dále též „stěžovatel“) včas kasační stížnost, v níž krajskému soudu vytknul, že rozhodnutí žalovaného měl zrušit z důvodu postupu žalovaného, který v odůvodnění svých rozhodnutí uvedl, že důkazní prostředek na obhajobu užití jednacímho řízení bez uveřejnění musí nutně pocházet z období před zadáním veřejné zakázky. Stěžovatel totiž nesouhlasí se závěrem krajského soudu, že tento nesprávný právní názor žalovaného není důvodem pro zrušení jeho rozhodnutí. Uvedený přístup žalovaného ve spojení s aplikací doktríny „obráceného důkazního břemene“ v zásadě odrazoval stěžovatele od efektivní (resp. nákladnější) obhajoby svého postupu, tj. od vypracování znaleckého posudku.

[15] Podle stěžovatele krajský soud nesprávně posoudil námitky týkající se výše sankce. Žalovaný totiž dostatečně neodůvodnil výši uložené sankce a z ničeho neplyne, že by se při jejím ukládání zabýval individuálními okolnostmi případu. Rozhodnutí žalovaného mělo být zrušeno pro nepřezkoumatelnost z důvodu nedostatečného odůvodnění způsobu užití zásady absorpce při stanovení sankce. V prvostupňovém rozhodnutí žalovaný uvedl, že zohlednil předchozí uložené pokuty, přičemž ale neuvádí, jakým způsobem je zohlednil. Žalovaný pouze uvádí, že při stanovení výše sankce použil zásadu absorpce, přičemž zohlednil dvě jiná rozhodnutí v obdobných věcech ve vztahu ke stěžovateli, která ve chvíli vydání rozhodnutí nebyla pravomocná.

[16] Stejně jako již v žalobě stěžovatel namítl, že dovození „obráceného důkazního břemene“ ve vztahu k jednacímho řízení bez uveřejnění je nezákonné, neboť žádný právní předpis jej explicitně nestanoví. Zahájení správního řízení o přestupku ze strany žalovaného bylo nezákonné, neboť v době, kdy žalovaný zjišťoval okolnosti zadání veřejné zakázky, byl vázán § 259 ZZVZ a podle nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 7/19 neměl tento podnět vyřizovat, neboť nevyřízení podnětu je nutno vnímat tak, že se jím žalovaný neměl vůbec zabývat.

[17] Žalovaný se ve vyjádření ke kasační stížnosti ztotožnil se závěry krajského soudu a ke stěžovatelem vypracovanému znaleckému posudku uvedl, že jím nebyla prokázána oprávněnost vedení jednacímho řízení bez uveřejnění. Stěžovateli nic nebránilo, aby pořídil jakkoliv nákladný či podrobný posudek. Skutečnost, že důkazy pořízené až po okamžiku zahájení jednacímho řízení bez uveřejnění jsou přípustné k prokázání oprávněnosti tohoto zadávacímho řízení, vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 13. 1. 2015, č. j. 62 Af 95/2013 – 74. Stěžovatel tak nemůže tvrdit, že byl postupem žalovaného jakkoliv odrazen od pořízení nákladnějšího a podrobnějšího znaleckého posudku.

III. Posouzení kasační stížnosti

[18] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil zákonné náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná, a za stěžovatele v souladu s § 105 odst. 2 s. ř. s. jedná zaměstnanec s vysokoškolským právnickým vzděláním. Poté Nejvyšší správní soud přezkoumal důvodnost kasační stížnosti v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů. Neshledal vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

[19] Kasační stížnost není důvodná.

[20] Podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, *zadavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.*

[21] Stěžovatel v kasační stížnosti nejprve namítal, že krajský soud měl rozhodnutí žalovaného zrušit, neboť žalovaný v odůvodnění svých rozhodnutí uvedl, že důkazní prostředek na obhajobu užití jednacím řízení bez uveřejnění musí nutně pocházet z období před zadáním veřejné zakázky.

[22] K této námitce stěžovatele Nejvyšší správní soud v první řadě konstatuje, že žalovaný k otázce existence důkazních prostředků na obhajobu užití jednacím řízení bez uveřejnění v rozhodnutí o rozkladu v bodech 70 až 73 uvedl, že zadavatel má povinnost ještě před tím, než se rozhodne zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění pečlivě, detailně a objektivně posoudit, zda jsou naplněny zákonem stanovené důvody pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. Nelze postupovat tak, že se nejdříve pro tento druh zadávacího řízení zadavatel rozhodne a následně odůvodňuje opodstatněnost svého rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že uvedené posouzení musí být objektivní, není z povahy věci možné, aby jej učinil zadavatel sám bez zhodnocení třetí osobou. Znalecký posudek by tak měl mít zadavatel k dispozici ještě před tím, než učiní rozhodnutí zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel si předmětný znalecký posudek nechal vypracovat v měsíci říjnu 2017, přičemž zadávací řízení na veřejné zakázky byla zahájena v roce 2013. Před zadáním veřejných zakázek a rovněž po dobu od odeslání výzvy vybranému uchazeči do vydání prvostupňového rozhodnutí žalovaného si stěžovatel nenechal vypracovat znalecký posudek, na základě kterého by mohl zhodnotit, zda jsou splněny podmínky pro postup podle § 23 odst. 4 písm. a) ZZVZ.

[23] V prvostupňovém rozhodnutí žalovaný uvedl, že nemůže za stěžovatele plnit povinnost doložit existenci objektivních důvodů k použití jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. Není proto možné po žalovaném požadovat zajištění podkladů o oprávněnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění, zvláště měl-li těmito podklady zadavatel disponovat již před zahájením zadávacího řízení na předmětné veřejné zakázky. Je zcela na stěžovateli, aby předložil doklady prokazující zákonnost jeho postupu v jednacím řízení bez uveřejnění. S poukazem na závěry uvedené v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015 – 80, žalovaný dále vyslovil, že povinností stěžovatele je jeho postup v jednacím řízení bez uveřejnění řádně a relevantním způsobem prokázat, odůvodnit a dokladovat ještě před vlastním započítím zadávání v takovém zadávacím řízení. Doklady prokazující oprávněnost použití jednacím řízení tak musí být obsaženy v dokumentaci veřejné zakázky a zadavatel by je měl doložit společně s dokumentací o veřejné zakázce. Úmyslem zákonodárce totiž nebylo, aby se zadavatel svůj postup snažil legitimizovat, a to až poté, co již samotná situace nastala, tj. kdy již byla uzavřena smlouva v jednacím řízení bez uveřejnění, nebo dokonce až v situaci, kdy veřejná zakázka zadávaná postupem v jednacím řízení bez uveřejnění byla zrealizována.

pokračování

[24] Z výše uvedených závěrů uvedených v rozhodnutích žalovaného vyplývá ve vztahu ke způsobu, jakým má zadavatel prokázat oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění toliko to, že zadavatel má mít prokázanou oprávněnost jednacího řízení bez uveřejnění ještě před tím, než učiní rozhodnutí zadat veřejnou zakázku a má v tomto směru disponovat potřebnými podklady. Tento závěr považuje Nejvyšší správní soud za zcela správný, neboť jednací řízení bez uveřejnění představuje výjimečný postup, a zadavatel proto má mít již při zahájení tohoto zadávacího řízení postaveno na jisto, že nastaly konkrétní specifické důvody pro tento druh zadávacího řízení. Z rozhodnutí žalovaného však nevyplývá (jak to tvrdí stěžovatel v kasační stížnosti), že by žalovaný formuloval závěr, že důkazní prostředek na obhajobu užití jednacího řízení bez uveřejnění musí nutně pocházet z období před zadáním veřejné zakázky. Pokud tedy stěžovatel krajskému soudu vytýká, že měl pro tento závěr rozhodnutí žalovaného zrušit, jedná se o námitku neopodstatněnou.

[25] Stěžovateli v průběhu správního řízení nic nebránilo v předkládání důkazů, tj. i vypracování a předložení znaleckého posudku, ostatně stěžovatel znalecký posudek také v řízení o rozkladu předložil a žalovaný se s ním věcně vypořádal, aniž by vyšel např. z toho, že jde o důkaz nepřípustný. Také námitce stěžovatele, že závěry žalovaného odrazovaly stěžovatele od efektivní (resp. nákladnější) obhajoby svého postupu, tj. od vypracování znaleckého posudku, proto Nejvyšší správní soud nepřisvědčil. Zmínku stěžovatele ohledně nákladnosti vypracování znaleckého posudku nepovažuje Nejvyšší správní soud za přesvědčivou s přihlédnutím k výši finančních prostředků, které má stěžovatel ke své činnosti k dispozici ze státního rozpočtu.

[26] Ve vztahu ke stěžovatelem namítanému pochybení krajského soudu spočívajícímu v nesprávném posouzení postupu žalovaného při stanovení a odůvodnění výše sankce Nejvyšší správní soud nejprve připomíná, že z ustálené judikatury zdejšího soudu (srov. usnesení rozšířeného senátu ze dne 12. 10. 2004, č. j. 5 Afs 16/2003 – 56, a např. rozsudky ze dne 28. 12. 2007, č. j. 4 As 48/2007 – 80, ze dne 26. 3. 2008, č. j. 9 As 64/2007 – 98, či ze dne 29. 11. 2012, č. j. 4 Ads 97/2012 – 66) vyplývá, že rozhodnutí správních orgánů prvního a druhého stupně tvoří z hlediska soudního přezkumu jeden celek. To platí tím spíše, když odvolací orgán vychází ze stejného spisového materiálu, resp. stejných skutkových zjištění jako správní orgán prvního stupně (srov. rozsudek NSS ze dne 10. 5. 2017, č. j. 7 Azs 86/2017 – 33).

[27] Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí nejprve v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod vyhodnotil, která právní úprava je pro stěžovatele výhodnější, ověřil, zda nedošlo k zániku odpovědnosti za přestupky, při uložení pokuty aplikoval zásadu absorpce a zohlednil, že jednání stěžovatele představuje jedno z nejzávažnějších porušení zákona, neboť jsou jím popřeny základní zásady, na nichž je ZVZ postaven. Jako polehčující okolnosti naproti tomu vyhodnotil, že stěžovatel dne 18. 4. 2014 na základě otevřeného řízení uzavřel smlouvu na poskytování služeb podpory IISSP na další období s novými dodavateli a dobu uplynulou od spáchání přestupku. Žalovaný zohlednil rovněž ekonomickou situaci stěžovatele, když poukázal na skutečnost, že stěžovatel podle schváleného rozpočtu předpokládá v roce 2017 příjmy ve výši 601.215.119 Kč. Uvedené zdůvodnění výše uložené sankce považuje Nejvyšší správní soud za rozdílné od stěžovatele za

zohledňující individuální okolnosti případu, konkrétní, dostačující a souladné s § 37 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich.

[28] Žalovaný dále v bodech 168 až 169 prvostupňového rozhodnutí poukázal na závěry uvedené v rozsudku NSS ze dne 16. 8. 2016, č. j. 6 As 245/2015 – 33, a uvedl, že přestupky v projednávané věci spáchané dne 22. 3. 2013 a 17. 1. 2014 jsou v souběhu s delikty, které byly spáchány dne 25. 5. 2012, 29. 4. 2013 a 16. 9. 2014, o nichž bylo rozhodnuto v rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 6. 2017, č. j. ÚOHS-S0186/2017/VZ-19607/2017/553/MBu (které dosud nenabýlo právní moci), přičemž pokuta ve výši 200.000 Kč byla uložena za spáchání přestupku, kterého se stěžovatel dopustil dne 29. 4. 2013, a v souběhu s přestupkem, který byl projednán rozhodnutím žalovaného ze dne 25. 9. 2017, č. j. ÚOHS-S0275/2017/VZ-27845/2017/512/VZe, který byl stěžovatelem spáchán dne 30. 1. 2014 a za který byla žalovaným uložena pokuta ve výši 250.000 Kč. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí v rámci analogického použití institutu souhrnného trestu zohlednil předchozí uloženou pokutu za delikty, jež jsou s projednávanými přestupky v souběhu. Navázal, že stěžovateli uložil za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. rozhodnutí pokutu ve výši 820.000 Kč, a to při respektování veškerých polehčujících a přitěžujících okolností a absorpční zásady ve formě analogického použití institutu souhrnného trestu.

[29] V bodu 92 rozhodnutí o rozkladu (a bodě 169 až 171 prvostupňového rozhodnutí) pak žalovaný uvedl, že v rámci uložení sankce za projednávaný přestupek zohlednil předchozí uložené pokuty za delikty projednávané v souběhu, s přihlédnutím k veškerým polehčujícím a přitěžujícím okolnostem, uplatnění absorpční zásady ve formě analogického použití institutu souhrnného trestu. Uvedené závěry žalovaného ve vztahu k výši uložené sankce považuje Nejvyšší správní soud za řádně zdůvodněné, zohledňují konkrétní skutkové okolnosti posuzované věci, přesvědčivé, logické, a tudíž správné. Nejvyšší správní soud proto neshledal důvodnou námitku stěžovatele, že žalovaný dostatečně neodůvodnil výši uložené sankce a z ničeho neplyne, že by se při jejím ukládání zabýval individuálními okolnostmi případu.

[30] Z výše uvedených závěrů žalovaného je dále zřejmé, jaké důvody ho vedly k analogické aplikaci souhrnného trestu a užití zásady absorpce a jakým způsobem při aplikaci těchto zásad ukládání trestů postupoval. Také tyto závěry žalovaného považuje Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem za konkrétní, logické, srozumitelné a řádně odůvodněné, nikoli nepřezkoumatelné, jak tvrdí stěžovatel v kasační stížnosti, neboť je z nich zřejmé, jaké další delikty, sankce za ně a rozhodnutí žalovaný v posuzované věci zohledňoval při aplikaci souhrnného trestu a stanovení výše sankce. Stejně tak není důvodná námitka stěžovatele, že žalovaný zohlednil předchozí uložené pokuty, přičemž ale neuvádí, jakým způsobem je zohlednil, neboť z prvostupňového rozhodnutí žalovaného je zřejmé, že předchozí pokuty zohlednil v souladu s absorpční zásadou při stanovení výše pokuty. Skutečnost, že žalovaným zmíněná rozhodnutí (v době vydání nyní přezkoumávaného rozhodnutí) nenabýla právní moci, není podstatná a nezakládá jakékoli pochybení žalovaného, neboť v posuzované věci se nejednalo o trestní věc, ale o analogickou aplikaci principů souhrnného trestu ve správním řízení o přestupcích stěžovatele.

pokračování

[31] Stěžovatel dále namítal, že dovozování „obráceného důkazního břemene“ ve vztahu k jednacímu řízení bez uveřejnění je nezákonné, neboť žádný právní předpis jej explicitně nestanoví. Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem k tomu konstatuje, že z judikatury Soudního dvora EU a NSS vyplývá, že povinnost doložit existenci okolností opravňujících k použití jednacího řízení bez uveřejnění má ten, kdo se jich dovolává. Poukázat lze např. na bod 40 rozsudku ze dne 31. 8. 2015, č.j. 8 As 149/2014 – 68, v němž NSS konstatoval, že bylo na žalobci (zadavateli veřejné zakázky), aby prokázal, že předmětné veřejné zakázky mohly být splněny z technických důvodů pouze vybranými uchazeči. Výstižně k tomu zdejší soud v rozsudku ze dne 12. 3. 2020, č. j. 10 As 372/2019 – 56, bod 17 a násl., uvedl: *„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 stěžovateli 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). 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. (...) 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, 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 nábíledni, 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).“*

[32] Stejně tak ustáleně judikuje i Soudní dvůr EU, že použití jednacího řízení bez uveřejnění představuje výjimku z povinnosti zadat veřejnou zakázku v některém ze základních druhů zadávacího řízení. Tato výjimka proto musí být vykládána restriktivně a je nutno trvat na tom, že povinnost prokázat důvody ohledně existence výjimečných podmínek pro uplatnění této výjimky má ten, kdo se jich dovolává, tedy veřejný zadavatel (srov. rozsudek Soudního dvora EU ze dne 14. 9. 2004, *Komise proti Itálii*, C-385/02, Sb. rozh., s. I-08121, bod 19, a tam citovaná další judikatura).

[33] Z výše uvedeného vyplývá, že závěr krajského soudu, že s ohledem na charakter jednacího řízení bez uveřejnění, je na zadavateli, aby nejen tvrdil konkrétní skutkové či

právní okolnosti, z nichž by vyplývalo, že podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění byly splněny, nýbrž současně označil důkazy, které by tyto okolnosti prokazovaly, je zcela správný. Nejvyšší správní soud se plně ztotožňuje také s navazujícími úvahami krajského soudu, že 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 (stěžovatel), a že žalovaný nemá povinnost skutečnosti, resp. důvody, které zadavatele opravňovaly k zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, sám vyhledávat.

[34] Také ve vztahu k námitce stěžovatele, že zahájení řízení bylo nezákonné s ohledem na § 259 ZZVZ a že žalovaný se podnětem neměl vůbec zabývat, se Nejvyšší správní soud plně ztotožňuje se řádně a důkladně zdůvodněnými závěry krajského soudu, který uvedl, že zahájení řízení žalovaným nelze považovat za nezákonný postup. Je třeba poukázat na to, že uvedené ustanovení ZZVZ bylo zrušeno nálezem Ústavního soudu ze dne 30. 10. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 7/19, vyhl. pod č. 309/2019 Sb. Ke zcela identické námitce se právě v návaznosti na nálezu sp. zn. Pl. ÚS 7/2019 NSS zabýval v již citovaném rozsudku č. j. 10 As 372/2019 – 56, kde v bodech 12 a 13 uvedl: „*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. 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.*“ Lze tedy uzavřít, že žalovaný by nepochybil při zahájení řízení o přestupcích stěžovatele, ani pokud by použil informace, které se dozvěděl z podnětu, za nějž nebyl uhrazen poplatek dle § 259 ZZVZ ve znění účinném do 25. 11. 2019.

IV. Závěr a rozhodnutí o nákladech řízení

[35] Nejvyšší správní soud shledal nedůvodnými všechny stěžovatelem uplatněné námitky, kasační stížnost je proto nedůvodná. Nejvyšší správní soud tedy dle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. kasační stížnost zamítl.

[36] Zároveň Nejvyšší správní soud rozhodl o nákladech řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl v řízení úspěch, a právo na náhradu nákladů řízení proto nemá. Procesně úspěšnému žalovanému pak nevznikly v řízení náklady přesahující rámec nákladů jeho běžné úřední činnosti.

pokračování

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 10. prosince 2020

Mgr. Aleš Roztočil
předseda senátu