



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Zdeňka Kühna, soudkyně Michaely Bejčkové a soudce Ondřeje Mráky 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 14. 12. 2017, čj. ÚOHS-R0176/2017/VZ-36556/2017/322/KTr, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 4. 10. 2019, čj. 62 Af 15/2018-217,

t a k t o :

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 4. 10. 2019, čj. 62 Af 15/2018-217, **se ruší a věc se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (žalovaný) uložil České republice – Ministerstvu financí (žalobkyně) svým rozhodnutím ze dne 25. 9. 2017 pokutu ve výši 250 000 Kč za přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (*žadavatel nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, čímž podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku*). Přestupku se žalobkyně dopustila tím, že sice v lednu 2014 zadala zakázku na softwarové služby (nazvanou *Další rozvoj informačního systému auditního orgánu III*) vzešlou z jednacího řízení bez uveřejnění, ale neprokázala splnění zákonných podmínek, za nichž může být tento druh zadávacího řízení použit – tj. že by to bylo nutné z technických důvodů nebo kvůli ochraně výhradních práv dodavatele [§ 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách].

[2] Žalobkyně podala proti rozhodnutí úřadu rozklad, který však předseda úřadu zamítl svým rozhodnutím ze dne 14. 12. 2017.

[3] Žalobkyně napadla rozhodnutí o rozkladu žalobou, které krajský soud vyhověl a napadené rozhodnutí zrušil svým rozsudkem ze dne 4. 10. 2019. Souhlasil s úřadem v tom, že je na zadavateli (a nikoli na úřadu coby orgánu dohledu), aby prokázal okolnosti, které jej oprávnily k použití jednacího řízení bez uveřejnění. Úřad nemůže tyto okolnosti domýšlet za zadavatele, a zadavatel tak musí být v řízení o přestupku přiměřeně aktivní a dostatečně označit důkazy ve svůj prospěch. Úřad pak má zhodnotit tvrzení zadavatele, provést důkazy a vyvodit z toho právní závěr. To ale úřad v nynější věci neudělal, a jeho rozhodnutí je tak nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Úřad musí nyní rozlišit, zda žalobkyně

- už při zadávání původní veřejné zakázky (v roce 2008), ačkoli musela rozumně předpokládat, že v budoucnu bude potřeba zadat navazující veřejné zakázky, přijala taková smluvní ujednání, která vylučují, aby budoucí zakázku mohl splnit někdo jiný než původní dodavatel; nebo
- nemohla předvídat budoucí potřebu zadávat navazující zakázky, avšak v důsledku objektivní změny okolností musela takovou zakázku zadat (a k tomu použít jednací řízení bez uveřejnění).

Významným parametrem pro rozlišení bude podle krajského soudu to, že informační systém byl původně poptáván jen na období let 2007–2013. Bezvýznamné však není ani postavení žalobkyně v legislativním procesu. Pro potřebu dalšího řízení krajský soud upozornil na to, že bude-li chtít žalobkyně úspěšně argumentovat efektivností při nakládání s veřejnými prostředky, musí úřadu předložit kvalifikovanou ekonomickou analýzu.

II. Kasační stížnost úřadu a vyjádření žalobkyně

[4] Proti rozsudku krajského soudu podal úřad (stěžovatel) kasační stížnost. Je přesvědčen, že se při svém rozhodování řídil východisky shrnutými samotným krajským soudem. Jestliže dal tedy krajský soud za pravdu žalobkyni, hodnotil spornou právní otázku nesprávně (a rozhodl jinak než ve skutkově stejné věci 62 Af 20/2018). Pominul totiž, že žalobkyně byla povinna nejen uvést argumenty a důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, ale také označit důkazy na podporu svých tvrzení. Žalobkyně uváděla, že nemohla předjímat nutnost úprav informačního systému kvůli legislativním změnám; že postupovala v souladu s dlouholetou praxí v celé státní správě; a že rozšířená nadstandardní práva k autorskému dílu by byla významně dražší. Svá tvrzení ale neprokázala. Stěžovatel nadále tvrdí, že žalobkyně měla legislativní změny předvídat (ostatně změny probíhaly již od roku 2008, jak plyne z dílčích smluv o dílo doložených žalobcem). Krom toho žalobkyně nezdůvodnila ani technické důvody pro svůj postup (jen tvrdila nadbytečné výdaje), ani důvody autorskoprávní (zde poskytla jen svá interní stanoviska).

[5] Žalobkyně setrvala na svém postoji. Je sice gestorem zákona o finanční kontrole, ale nemůže jí být dáno k tíži, že neočekávala změny práva Evropské unie. Interní stanoviska považuje žalobkyně za účelná, zákon nestanoví povinnost obstarat si znalecký posudek před zadáním veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Krom toho úřad nevyslyšel návrh žalobkyně a nenechal zpracovat znalecký posudek ve správním řízení.

pokračování

Žalobkyně nesouhlasí s pojetím obrácené důkazní povinnosti (str. 6–11 vyjádření ke kasační stížnosti), jak je popsal stěžovatel i krajský soud; z tohoto důvodu považuje rozsudek krajského soudu za nezákonný. (Pozn.: jelikož jde o věc správního trestání, soud tu místo pojmu „důkazní břemeno“ používá vhodnější pojem „důkazní povinnost“. K tomu viz usnesení rozšířeného senátu ze dne 14. 1. 2014, čj. 5 As 126/2011-68, č. 3014/2014 Sb. NSS, bod 29.) Rovněž nesouhlasí s tím, že správní řízení bylo vedeno z podnětu, za který nebyl ve smyslu § 259 zákona o veřejných zakázkách uhrazen poplatek (str. 11–15 vyjádření ke kasační stížnosti).

III. Právní hodnocení

[6] Kasační stížnost je důvodná.

Žalobkyně byla aktivně legitimována k podání žaloby

[7] Stěžovatel se v úvodu kasační stížnosti věnoval otázce aktivní legitimace žalobkyně. Byl si vědom, že o této otázce probíhá řízení před rozšířeným senátem, a považoval za potřebné na to upozornit. Protože zmíněné řízení skončilo už před delší dobou, uvádí zde NSS spíše pro připomenutí, že podle rozšířeného senátu je stát jako právnická osoba (veřejnoprávní korporace) aktivně legitimován k podání žaloby proti rozhodnutí správního orgánu, pokud v posuzovaném veřejnoprávním vztahu nevystupoval ve vrchnostenském postavení. Pro aktivní legitimaci státu je bez významu, zda napadené rozhodnutí bylo vydáno při správním trestání (viz usnesení rozšířeného senátu ze dne 18. 2. 2020, čj. 8 Afs 128/2018-46, č. 4006/2020 Sb. NSS).

Rozsah kasačního přezkumu určuje stěžovatel

[8] Nejprve se soud vyjádří k rozsahu kasačního přezkumu. Pokládá to za potřebné kvůli obsáhlému vyjádření žalobkyně ke kasační stížnosti, které se zabývalo několika odlišnými otázkami.

[9] Krajský soud se v napadeném rozsudku věnoval šesti otázkám, které žalobkyně vtělila do svých žalobních námitek. Šlo o:

1. nepřezkoumatelnost rozhodnutí stěžovatele;
2. zahájení řízení na základě podnětu, za který nebyl uhrazen poplatek;
3. otázku, zda není pozdější právní úprava příznivější a zda ji stěžovatel neměl použít;
4. obrácenou důkazní povinnost a podotázku, zda se v této věci stěžovatel dostatečně zabýval tvrzeními a důkazními návrhy žalobkyně;
5. vady výroku rozhodnutí vydaného v prvním stupni;
6. otázku, zda lze oprávněnost jednacího řízení bez uveřejnění prokazovat i podklady vzniklémi po zahájení zadávacího řízení.

Námítky 1, 2, 3 a 5 neshledal krajský soud důvodnými. Naopak za důvodnou považoval námitku 4, resp. podnámitku týkající se stěžovatelovy reakce na tvrzení a důkazní návrhy žalobkyně, a kvůli ní také napadené rozhodnutí zrušil. Důvodná byla podle krajského soudu i námitka 6, ta však neměla přímý dopad na výrok jeho rozsudku. Reakce soudu na ni měla sloužit jen jako vodítko pro další stěžovatelův postup v řízení.

[10] Protože krajský soud zrušil stěžovatelovo rozhodnutí jen kvůli námitce 4, zaměřil se stěžovatel v kasační stížnosti na argumentaci soudu k ní [kromě toho se i věcně vyjadřoval k tomu, nakolik se žalobkyni podařilo tvrdit a doložit technické důvody či důvody ochrany výhradních práv ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách]. Právě tím určil rozsah kasačního přezkumu. Ten však nelze rozšiřovat na základě výhrad toho z účastníků, jemuž je rozsudek krajského soudu ku prospěchu, zde tedy žalobkyně, k jejíž žalobě bylo napadené rozhodnutí zrušeno.

[11] Žalobkyně ve svém vyjádření ke kasační stížnosti nejen oponovala stěžovateli v otázce, zda byla ve správním řízení řádně hodnocena všechna její tvrzení a důkazní návrhy, ale také nesouhlasila s obecným pojetím obrácené důkazní povinnosti a s tím, že řízení bylo vedeno z podnětu, za který nebyl uhrazen poplatek. Jak nesprávné pojetí důkazní povinnosti, tak fakt, že krajskému soudu nevadilo vedení správního řízení bez poplatku uhrazeného za podnět, činí podle žalobkyně rozsudek krajského soudu nezákonným.

[12] Těmito jejími argumenty se však NSS nemůže zabývat. Žalobkyně se ve svém vyjádření neomezila na reakci ke kasačním tvrzením protistrany, ale sama přináší vlastní (od stěžovatele odlišné) důvody, pro něž považuje rozsudek krajského soudu za nezákonný. To jí však její procesní postavení v řízení před NSS neumožňuje. Úkolem druhého z účastníků kasačního řízení, který není stěžovatelem, není formulovat vlastní výhrady proti (rušícímu) rozsudku krajského soudu, ale reagovat na kasační námitky formulované stěžovatelem. Není-li přípustná kasační stížnost stěžovatele, který brojí jen proti důvodům (a nikoli proti výroku) rozhodnutí krajského soudu (viz usnesení rozšířeného senátu ze dne 1. 7. 2015, čj. 5 Afs 91/2012-41, č. 3321/2016 Sb. NSS), tím méně může NSS přezkoumávat napadené rozhodnutí na základě námitek, které rovněž napadají jen důvody rozhodnutí, a navíc jsou obsaženy pouze ve vyjádření ke kasační stížnosti jiného účastníka (viz rozsudek NSS ze dne 13. 8. 2015, čj. 9 Ads 270/2014-31).

Žalobkyni se nepodařilo prokázat svá tvrzení

[13] Jedinou spornou otázkou, které se NSS věnovat může a má, je tak to, zda se stěžovatel dostatečně zabýval tvrzeními a důkazními návrhy žalobkyně.

[14] Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách může zadavatel *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.*

[15] Krajský soud v bodech 33–40 svého rozsudku obecně shrnul dosavadní přístup soudů k otázce důkazní povinnosti účastníka, který ve správním řízení obhájí možnost zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Krajský soud uvedl ve shodě s judikaturou Soudního dvora EU (shrnutou přehledně také např. v rozsudku NSS ze dne 31. 8. 2015, čj. 8 As 149/2014-68, bodě 38), Nejvyššího správního soudu i svou vlastní judikaturou, že ten, kdo se dovolává existence okolností opravňujících k použití jednacího řízení bez uveřejnění, nese v tomto ohledu také důkazní povinnost (takto již rozsudek NSS

pokračování

ze dne 11. 1. 2013, čj. 5 Afs 42/2012-53, č. 2790/2013 Sb. NSS). Zdůraznil, že nikdo nemůže domýšlet za zadavatele konkrétní důvody, které jej vedly k použití tohoto druhu zadávacího řízení, a zadavatel je tak v případném sankčním řízení povinen být vůči úřadu aktivní. Musí tak nejen tvrdit, že splnil podmínky stanovené zákonem, ale také označit důkazy na podporu svých tvrzení. Na úřadu pak je, aby tyto důkazy provedl a vyvodil z nich závěr.

[16] Krajský soud poté (body 41 a 42 napadeného rozsudku) popsal průběh správního řízení a uzavřel, že stěžovatel dostatečně nevypořádal argumentaci, kterou mu žalobkyně předložila. S tím ale NSS nesouhlasí. Jak na tvrzení žalobkyně, tak i na její návrh, aby stěžovatel ustanovil znalce, reagoval stěžovatel dostatečně a úměrně tomu, jaké povinnosti žalobkyni tíží v tomto typu řízení. Žádné důkazy (které by současně nebyly jen jejími vlastními subjektivními vyjádřeními) pak žalobkyně nepředložila, takže v tomto směru neměl stěžovatel ani co hodnotit.

[17] V řízení na prvním stupni odpověděla žalobkyně na stěžovatelovu výzvu dne 20. 6. 2017. Popsala licenční podmínky plynoucí z původní smlouvy mezi ní a zhotovitelem informačního systému a to, že časem nastaly legislativní změny, které nemohla předvídat a které si vynutily rozsáhlou změnu informačního systému. Podotkla, že rozšířená nadstandardní práva k autorskému dílu (která by jí umožnila nakládat se zdrojovým kódem a zadat do budoucna další zakázku na úpravu informačního systému komukoli) by byla výrazně dražší než pouhá licence; navíc její postup při uzavírání smlouvy odpovídal setrvalé praxi ve státní správě. K tomu žalobkyně doložila vyjádření auditního orgánu Ministerstva financí ze dne 9. 9. 2016 (*Odůvodnění postupu zadavatele při realizaci zakázek na vývoj, resp. údržbu, informačního systému ISAO v rámci jednacích řízení bez uveřejnění podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách*).

[18] Když stěžovatel dne 1. 8. 2017 vyzval žalobkyni, aby ke svým tvrzením navrhla důkazy, zmínila se žalobkyně ve své odpovědi ze dne 8. 8. 2017 o některých konkrétních nových evropských pravidlech a zopakovala obsah stanoviska auditního orgánu. Krom toho navrhla, aby stěžovatel ustanovil znalce.

[19] To stěžovatel neudělal a dne 25. 9. 2017 uložil žalobkyni pokutu za správní delikt. V rozhodnutí uvedl (body 76 a 77), že žalobkyně nesplnila svou důkazní povinnost. Vytkl žalobkyni, že již před zadáním veřejné zakázky měla mít jasno v tom, že jedací řízení bez uveřejnění je jediná cesta: to se zde ovšem nestalo, protože žalobkyně dokládala správnost svého postupu jen dokumenty vzniklými až v pozdější době, konkrétně stanoviskem auditního orgánu. Tato stěžovatelova úvaha by mohla působit dojmem, že stěžovatel se nijak nezabýval věcným obsahem tvrzení žalobkyně a doloženého stanoviska auditního orgánu – a že jí nevyhověl jen kvůli (nesprávnému) přesvědčení, podle něž by žalobkyně měla k možnému odvrácení pokuty předložit výlučně podklady vzniklé před zadáním veřejné zakázky. Tento dojem je ale mylný. V bodech 119–121 svého rozhodnutí totiž stěžovatel shrnul postoj žalobkyně a věcně na něj reagoval. Zdůraznil také odlišnost tohoto případu od výše citované věci řešené pod sp. zn. 5 Afs 42/2012 (*pozn.: spolu s rozsudkem ve věci 5 Afs 43/2012 vydaným téhož dne jde o jediný soud známý případy pokut za jedací řízení bez uveřejnění, v nichž bylo výsledkem řízení před NSS zrušení rozhodnutí o pokutě*).

[20] Žalobkyně se proti rozhodnutí bránila rozkladem. V části II bodu 3 rozkladu se věnovala hlavně otázce datace auditního stanoviska, nezdůrazňovala jeho věcný obsah. V části II bodu 5 zase obecně popisovala technické důvody, které mohou vést k jednacímú řízení bez uveřejnění, ale nedovedla tuto pasáž k závěru, jaké technické důvody *prokazatelně* svědčily jí samotné. Konečně v části II bodě 11 rozkladu žalobkyně tvrdila (k otázce ochrany výhradních práv dodavatele), že nemohla předpokládat změny na úrovni Evropské komise – ale i zde ponechala stranou otázku důkazní povinnosti (tj. jako by osobě podezřelé z tohoto deliktu stačilo jen tvrdit a úřad by musel tvrzením uvěřit).

[21] V rozhodnutí o rozkladu stěžovatel uvedl (bod 40), že žalobkyně předložila jen subjektivní analýzu (stanovisko vlastního auditního orgánu, který je součástí Ministerstva financí), nikoli nezávislou autorskoprávní analýzu. Stěžovatel neopomněl podotknout, že toto stanovisko bylo vyhotoveno až později; přesto je tu obsaženo i věcné hodnocení argumentů žalobkyně (dále také v bodech 42 a 50). To, že stěžovatel žalobkyni vytkl pozdější dataci auditního stanoviska, neznamena, že je vůbec nečetl a s jeho obsahem se neseznámil. Z rozhodnutí vydaných v obou stupních je naopak patrné, že stěžovatel byl se stanoviskem obeznámen, jen s ním věcně nesouhlasil a důvody svého nesouhlasu srozumitelně vyjádřil.

[22] Krajský soud tak nemohl stěžovateli vytknout nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů. Podle NSS krajský soud nedostatečně rozlišil mezi povinností tvrzení a povinností důkazní, které obě spočívají na žalobkyni. V bodě 42 svého rozsudku krajský soud uvedl, že žalobkyně označila konkrétní skutečnosti, které nemohla podle svých tvrzení předvídat při zadávání původní veřejné zakázky na informační systém, a že bylo na stěžovateli, aby tuto potenciálně klíčovou argumentaci vypořádal. Pokud je však jednacé řízení bez uveřejnění výjimkou z pravidla, která má být právě proto vykládána úzce, a zadavatel zde musí nejen tvrdit, ale i prokázat splnění zákonných podmínek (srov. z pozdější doby např. rozsudek ze dne 28. 3. 2018, čj. 2 As 292/2017-34, bod 18 a judikaturu tam citovanou, nebo bod 31), nemohla by ani detailní *tvrzení* zadavatele, na něž by úřad detailně reagoval, zadavateli prospět, pokud by je zadavatel současně *neprokazoval*.

[23] V nynější věci poskytla žalobkyně stěžovateli dost podrobná tvrzení o tom, proč přistoupila k jednacímú řízení bez uveřejnění. Tato tvrzení lze shrnout takto: při sjednávání smlouvy na původní zakázku vycházela žalobkyně z toho, že v předešlém období se příliš neměnila pravidla pro poskytování finančních prostředků z Evropské unie a pro audit samotný. Proto žalobkyně nepředpokládala, že do systému bude třeba výrazně zasahovat, její předpoklad se však časem ukázal jako mylný – a v té chvíli už měl původní dodavatel informačního systému „zaručenou“ exkluzivitu a jiný postup než jednacé řízení bez uveřejnění by byl komplikovaný právně, finančně i technicky. Je pravda, že stěžovatel na tuto argumentaci (obsaženou nejen ve vlastních vyjádřeních žalobkyně, ale také ve stanovisku jejího auditního orgánu) reagoval spíše stručně. To je však podle NSS pochopitelné, protože jakkoli detailní byla tvrzení žalobkyně, přesto zůstávala jen tvrzeními. Stačilo-li by jen tvrdit, pozbýval by smyslu i pojem důkazní povinnosti. Přitom je nepochybné, že zadavatel, který využívá výjimečný zadávací postup, musí jeho oprávněnost nejen tvrdit, ale i prokázat.

pokračování

[24] Prostředkem, který je k prokázání tvrzení vhodný, pak nemůže být stanovisko vlastní součásti příslušné organizační složky žalobkyně, zde auditního orgánu Ministerstva financí. Jak správně podotkl stěžovatelův předseda, takové stanovisko je jen subjektivní analýzou – tj. vlastně tvrzením samotného účastníka, které z povahy věci není způsobilé nic prokázat. Soudu je známo, že judikatura řešila i případy, kdy zadavatel, který použil jednací řízení bez uveřejnění, jen předložil úřadu zadávací či smluvní dokumentaci a ke splnění zákonných podmínek se vyjádřil velmi obecně (*např. ve věcech 2 As 292/2014 nebo 10 As 372/2019; tento druhý případ se týkal samotné žalobkyně*). S těmito případy není nynější věc srovnatelná co do úsilí žalobkyně vysvětlit stěžovateli rozhodné okolnosti. Jak už však soud uvedl, jen podrobně tvrdit nestačí.

[25] Je naopak obvyklé, že zadavatelé pro tento účel pořizují externí odborné posudky, např. i v oboru práva nebo informačních technologií (*tak ve věcech 8 As 149/2014, 1 As 256/2015 nebo 3 As 18/2015*). Takové posudky zpracované třetí stranou pak úřad hodnotí věcně – a může je vyhodnotit jako nedostatečné z pohledu výjimky upravené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách (*to byl případ všech tří zmíněných věcí*). Tedy ani pouhá skutečnost, že posudek zpracovala nezávislá třetí osoba, ještě neznamená, že úřad shledá závěry posudku přiléhavými a že je nevyvrátí. Ovšem nepředložit žádný důkazní prostředek – jako v této věci – znamená, že cesta k procesnímu neúspěchu je prakticky jistá. Žalobkyně tak neprokázala ani zvláštní autorskoprávní a technické důvody, ani to, že v roce 2008 nemohla předvídat potřebu zásadních změn informačního systému (ačkoli všechny tyto okolnosti detailně tvrdila).

[26] K návrhu na ustanovení znalce se stěžovatel vyjádřil v bodě 74 svého rozhodnutí v prvním stupni a v bodě 37 svého rozhodnutí o rozkladu. NSS s ním souhlasí v tom, že má-li zadavatel důkazní povinnost, má ji plnit především svými prostředky. Ustanovení znalce ve správním řízení by bylo namístě až v situaci, kdy by stěžovatel potřeboval odborně vyhodnotit důkazní prostředky předložené zadavatelem. Taková situace tu ale nenastala.

[27] NSS tedy shrnuje, že stěžovatel reagoval na procesní podání žalobkyně dostatečně. Jeho rozhodnutí netrpí nedostatkem důvodů a krajský soud je neměl rušit.

IV. Závěr a náklady řízení

[28] Stěžovatel se svými námitkami uspěl. NSS proto zrušil napadené rozhodnutí krajského soudu a věc mu vrátil k dalšímu řízení, v němž bude krajský soud vázán právním názorem vysloveným v tomto rozsudku.

[29] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti rozhodne krajský soud.

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

V Brně dne 31. března 2021

Zdeněk Kühn
předseda senátu