



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu JUDr. Filipa Dienstbiera, soudkyně Mgr. Lenky Bahýľové a soudce JUDr. Tomáše Langáška v právní věci žalobce: **Česká republika - Ministerstvo financí**, sídlem Letenská 525/15, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, týkající se rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 30. 1. 2018, č. j. ÚOHS-R0207/2017/VZ-02961/2018/323/PMo, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 21. 10. 2019, č. j. 62 Af 34/2018 - 223,

t a k t o :

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 21. 10. 2019, č. j. 62 Af 34/2018 - 223, **se ruší** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci a dosavadní průběh řízení

[1] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže rozhodnutím (ÚOHS) ze dne 25. 10. 2017, č. j. ÚOHS-S0356/2017/VZ-31319/2017/513/IH1 (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“), uložil žalobci pokutu ve výši 50 000 Kč za přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“). Tohoto přestupku se měl žalobce dopustit tím, že při zadávání veřejné zakázky „Zajištění podpory a provozu IS ARES“ nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, 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) zákona o veřejných zakázkách; 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. Prvostupňové rozhodnutí potvrdil a rozklad žalobce zamítl předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 30. 1. 2018, č. j. ÚOHS-R0207/2017/VZ-02961/2018/323/PMo (dále jen „napadené rozhodnutí“).

[2] Krajský soud v Brně (dále jen „krajský soud“) napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Krajský soud nejprve neshledal důvodnou námitku žalobce, že správní řízení bylo zahájeno na základě podnětu, aniž byl za podnět uhrazen poplatek podle § 259 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“). Nepřisvědčil ani argumentaci žalobce týkající se přenosu důkazního břemene v tomto řízení. S odkazem na judikaturu Nejvyššího správního soudu uvedl, že 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 jednacního řízení bez uveřejnění, je na žalovaném, aby označené důkazy provedl a pak je hodnotil (viz rozsudek ze dne 30. 5. 2014, č. j. 5 Afs 48/2013 - 272). Závěr ohledně neunesení důkazního břemena přichází podle krajského soudu v úvahu toliko v situaci, kdy zadavatel na podporu svých tvrzení ohledně naplnění podmínek opravňujících jej k použití jednacního řízení bez uveřejnění neoznačí žádné konkrétní relevantní důkazy anebo kdy provedením důkazů se tvrzení zadavatele ohledně splnění podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění nepotvrdí. Podle krajského soudu *„pokud by vskutku žalovaný vypořádal veškerou argumentaci žalobce, o kterou oprávněnost použití jednacního řízení bez uveřejnění opíral, a odůvodněně dospěl k závěru, že tato argumentace podepřená důkazy neosvědčuje důvody pro použití jednacního řízení bez uveřejnění, pak by závěr o neunesení důkazního břemena, který by se takto promítl i do výroku rozhodnutí, měl své opodstatnění“*.

[3] V rámci hmotněprávního posouzení důvodů, které žalobce vedly k použití jednacního řízení bez uveřejnění, krajský soud vyšel z toho, že podmínkou postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách 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 je natolik specifický, že umožňuje realizaci výlučně jedním konkrétním dodavatelem, a to z důvodů technických či z důvodů potřeby ochránit existující výhradní práva. Zatímco důvody technické mohou souviset s oprávněným požadavkem zadavatele na zajištění nutné kompatibility, na minimalizaci rizika nefunkčnosti již pořízeného plnění, eventuálně na zabránění prokazatelnému enormnímu nárůstu nákladů zadavatele, důvodná ochrana výhradních práv připadá v úvahu typicky v situaci, kdy zadavatel v minulosti nezískal licenční oprávnění, které je nezbytné pro pořízení dalšího přímo souvisejícího či navazujícího plnění, a (stávající) dodavatel není schopen či ochoten licenci poskytnout. Jde tedy 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“*. Uvedené však platí pouze tehdy, je-li takový stav 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.

pokračování

[4] Krajský soud následně uvedl, že pokud jde o ryze technické důvody, žalobce se 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. Stěžovatel (jako žalovaný) tedy podle krajského soudu oprávněně uzavřel, že žalobce ve správním řízení uváděl pouze vlastní tvrzení, přičemž dokumentace neobsahovala řádné relevantní podklady prokazující, že šetřená veřejná zakázka mohla být z technických důvodů realizována 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).

[5] Krajský soud nicméně nepovažoval argumentaci žalobce za řádně vypořádanou, což byl důvod, pro který přistoupil ke zrušení napadeného rozsudku. Poukázal na argumentaci žalobce, že jednacím řízení bez uveřejnění vedl v situaci, kdy opakovaně využil veškeré možnosti k zadání veřejné zakázky v otevřeném řízení. Dále krajský soud uvedl, že žalovaný tuto argumentaci sice nepřehlédl, avšak vůbec se k ní nevyjádřil. Ve zjištění, že 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, krajský soud shledal vadu nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí pro nedostatek skutkových důvodů.

II. Obsah kasační stížnosti

[6] Žalovaný (dále též jen „stěžovatel“) v kasační stížnosti uplatnil důvody vymezené v § 103 odst. 1 písm. a) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“), a navrhl, aby byl napadený rozsudek zrušen. Na úvod svého vyjádření stěžovatel odkázal na relevanci otázky předložené rozšířenému senátu usnesením ze dne 14. 6. 2019, č. j. 8 Afs 128/2018 – 37, neboť považuje za vhodné mít postaveno najisto, zda byl žalobce vůbec aktivně legitimován k podání žaloby ke krajskému soudu.

[7] Stěžovatel nesouhlasí s tvrzením krajského soudu, že se nezabýval okolnostmi, jež vedly žalobce k zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Krajský soud zrušil napadené rozhodnutí z důvodů uvedených výhradně v bodech 41 až 43 napadeného rozsudku. Podle názoru stěžovatele se tyto důvody zakládají na nesprávném právním posouzení věci a napadený rozsudek je rovněž částečně nepřezkoumatelný.

[8] Krajský soud v bodech 28 až 32 napadeného rozsudku uvedl – v souladu s relevantní právní úpravou a judikaturou – východiska, kterými se má stěžovatel řídit ve správních řízeních, v nichž přezkoumává oprávněnost aplikace jednacím řízení bez uveřejnění ze strany zadavatelů. Se zde uvedeným právním názorem krajského soudu se stěžovatel zcela ztotožňuje. V bodě 43 napadeného rozsudku krajský soud stěžovateli vytkl, že se opomněl zabývat „zcela podstatnými skutkovými důvody“, v nichž žalobce spatřoval oprávnění zadat

veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, když poukazoval na to, že ačkoli zajistil, aby se dříve vybraný uchazeč ve vztahu k IS ARES nenacházel ve stavu exkluzivity, snažil se plnění odpovídající veřejné zakázce zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění soutěžit v otevřeném řízení. Krajský soud tedy stěžovateli vytkl, že se v napadených rozhodnutích nevyjádřil k žalobcově argumentaci, v níž poukazoval na to, že jednacím řízení bez uveřejnění vedl v situaci, kdy opakovaně využil veškeré možnosti k zadání veřejné zakázky v otevřeném řízení, přičemž nemohl nést odpovědnost za to, že zákonodárce do vnitrostátní úpravy veřejných zakázek inkorporoval nikoli zcela prozíravé pravidlo znemožňující zadání veřejné zakázky, pokud zadavatel obdržel jedinou nabídku, popř. pokud zadavateli k hodnocení zbyla jen jedna nabídka (bod 42 napadeného rozsudku).

[9] Stěžovatel se v bodě 111 prvostupňového rozhodnutí vyjádřil k předmětné argumentaci žalobce zrekapitulované v bodě 110 prvostupňového rozhodnutí, v rámci níž (v dokumentaci o veřejné zakázce i ve vyjádřeních učiněných ve správním řízení vedeném stěžovatelem) žalobce konstatoval, že se snažil zadat veřejnou zakázku v otevřených řízeních s tím, že vždy až po opakovaném zrušení otevřeného řízení z důvodu podání jediné nabídky zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, aby byl vůbec zajištěn předmět plnění veřejné zakázky. Stěžovatel v reakci na tuto žalobcovu argumentaci v bodě 111 prvostupňového rozhodnutí explicitně uvedl, že daná skutečnost (situace, kdy žalobce dvakrát vyhlásil otevřená zadávací řízení, avšak těch se účastnil buď pouze jeden uchazeč, nebo k hodnocení zbyla pouze jedna nabídka, pročez musel zadávací řízení zrušit) nemůže být sama o sobě důvodem ospravedlňujícím zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Stěžovatel následně v témže bodě odůvodnění prvostupňového rozhodnutí doplnil, že zadavatel, který neprokáže existenci technického důvodu ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona, se nemůže „vyvinut“ tím, že pouze odkáže na svůj dosavadní postup v předchozích zadávacích řízeních „adresovaných“ neomezenému okruhu dodavatelů. Z argumentace stěžovatele obsažené v prvostupňovém rozhodnutí je naprosto evidentní, proč nepovažoval předmětná tvrzení žalobce za důvodná. Stěžovatel současně uvedl, že tyto skutkové okolnosti zohlednil při stanovení výše pokuty. Závěr krajského soudu obsažený v bodě 43 napadeného rozsudku proto nemůže podle stěžovatele obstát.

[10] Stěžovatel dále doplnil, že v bodě 111 odůvodnění prvostupňového rozhodnutí uvedl, že se nelze dovolávat naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pouze z toho důvodu, že žalobce v otevřených řízeních, která měla předcházet zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, obdržel toliko nabídku od vybraného uchazeče. To, že žalobce neobdržel dostatek nabídek, mohlo být způsobeno např. tím, že otevřená řízení nerealizoval v souladu se zásadami zadávacího řízení dle § 6 zákona, přísností obchodních podmínek atp., tedy důvody, které nijak nesouvisí s technickými důvody dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Dle názoru stěžovatele se tedy nemohlo jednat o „zcela podstatné skutkové důvody“, jak konstatoval krajský soud v bodě 43 napadeného rozsudku. Nadto stěžovatel poukázal i na rekapitulaci daných řízení (bod 41 napadeného rozsudku), ze které vyplývá, že ne vždy žalobce obdržel pouze jednu nabídku, ale že v jednom řízení byl jeden uchazeč vyloučen pro nesplnění zadávacích podmínek. Krajský soud proto podle

pokračování

stěžovatele nesprávně uzavřel, že žalobcem uváděné skutečnosti mohou být pro posouzení věci podstatné a že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné.

[11] K podstatě posouzení šetřené věci dále stěžovatel doplnil, že samotný krajský soud v bodě 40 napadeného rozsudku dospěl k závěru, že žalobce neprokázal existenci technických důvodů pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění. V bodě 39 napadeného rozsudku krajský soud v obecné rovině uvedl, že „technické důvody“ mohou souviset s oprávněným požadavkem zadavatele na zajištění kompatibility, na minimalizaci rizika nefunkčnosti již pořízeného plnění či na zabránění prokazatelnému enormnímu nárůstu nákladů zadavatele. Ve stejném bodě napadeného rozsudku pak krajský soud doplnil, že jde o situace, v nichž je naprosto jasné, že by vedení jakéhokoli „otevřenějšího“ zadávacího řízení nevyvolalo širší hospodářskou soutěž ani ekonomicky příznivější výsledek pro zadavatele – obojí proto, že objektivně existuje jediný dodavatel (výše uvedené pak platí pouze tehdy, pokud takový stav je prokazatelně dán důvody, které zadavatel nemohl předvídat, a jež lze přičítat samotnému zadavateli, včetně jeho postupu v minulosti). K tomu stěžovatel dodává, že veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů určitým dodavatelem pouze v případech, kdy je objektivně a nade vší pochybnost prokázáno, že předmět veřejné zakázky může být realizován pouze jedním dodavatelem z důvodu specifčnosti předmětu plnění veřejné zakázky či zvláštních okolností, za nichž je zadáván. Tato skutečnost nebyla žalobcem prokázána.

[12] Konstatoval-li stěžovatel s ohledem na zjištěný skutkový stav, že žalobce neuvedl, jaké konkrétní technické skutečnosti v souvislosti s provozováním IS ARES omezovaly v realizaci předmětu plnění veřejné zakázky jiné dodavatele než vybraného uchazeče a jaké technické problémy by byly spojeny s realizací předmětu veřejné zakázky jiným dodavatelem (a tyto skutečnosti nevyplynuly z dokumentace o veřejné zakázce ani z podkladů, které žalobce stěžovateli předložil), pak byl dle stěžovatele postaven najisto jeho závěr týkající se nedodržení postupu stanoveného v § 23 odst. 4 písm. a) zákona žalobcem a neprokázání naplnění technických důvodů ze strany žalobce, které by jej opravňovaly zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění.

[13] Stěžovateli dále není zřejmé, z čeho krajský soud v napadeném rozsudku dovodil, že zadával-li žalobce veřejnou zakázku opakovaně neúspěšně v otevřených zadávacích řízeních, jedná se o technický důvod pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Skutečnost, že se žalobce snažil plnění odpovídající veřejné zakázce zadané v jednacím řízení bez uveřejnění soutěžit v otevřených řízeních, totiž nic nevypovídá o tom, zda byly dány technické důvody ospravedlňující zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Krajský soud tento svůj právní názor nijak neodůvodnil (na rozdíl od stěžovatele, který svůj opačný názor odůvodnil v bodě 111 odůvodnění prvostupňového rozhodnutí), a proto jej stěžovatel považuje za nepřezkoumatelný. Stěžovateli v této souvislosti není zřejmé, v jakém ohledu by ještě detailnější vypořádání dílčího žalobcova tvrzení, že veřejnou zakázku opakovaně neúspěšně zadával v otevřených řízeních, přispělo k lepšímu objasnění skutkového stavu dané věci, resp. jaký by mělo vliv na kvalitu odůvodnění stěžovatelova závěru spočívajícího v konstatování, že žalobce neprokázal, že veřejná zakázka mohla být z technických důvodů realizována pouze vybraným uchazečem.

[14] Napadený rozsudek je podle stěžovatele rovněž vnitřně rozporný, když na jedné straně krajský soud v bodě 40 napadeného rozsudku uvedl, že stěžovatel oprávněně uzavřel, že žalobce neprokázal existenci jím tvrzených technických důvodů, a na druhé straně v bodě 43 napadeného rozsudku stěžovateli vytkl, že se nezabýval některými – „zcela podstatnými“ skutkovými důvody, v nichž žalobce spatřoval oprávnění poptávat předmětné plnění v jednacím řízení bez uveřejnění z technických důvodů.

III. Vyjádření žalovaného

[15] Žalobce ve vyjádření ke kasační stížnosti nejprve vylíčil skutkový děj, resp. průběh předcházejícího řízení, a uvedl, že se závěrem, který byl důvodem zrušení napadeného rozhodnutí, a s výrokem napadeného rozsudku souhlasí, nicméně nadále pociťuje další zkrácení svých práv v řízení před stěžovatelem, na která v žalobě upozornil.

[16] K poukazu stěžovatele na otázku předloženou rozšířenému senátu Nejvyššího správního soudu (usnesením č. j. 8 Afs 128/2018 - 37) žalobce uvedl, že rozhodnutí rozšířeného senátu nebude mít vliv na aktivní legitimaci žalobce ve věci, k čemuž dále podrobněji (s odkazy na rozsudky č. j. 9 Afs 365/2017 a č. j. 2 As 36/2004 – 46) argumentoval.

[17] Dále žalobce uvedl, že již ve správním řízení a následně v podané žalobě podrobně vysvětloval, co je informační systém ARES, k čemu slouží, historii jeho vzniku i jeho dosavadní vývoj. Ačkoliv stěžovatel tvrdí, že opakovaná otevřená zadávání veřejné zakázky, do kterých se hlásí pouze jediný dodavatel, nejsou důkazem o tom, že z technických důvodů nemůže plnit veřejnou zakázku nikdo jiný než vybraný dodavatel, žalobce je opačného názoru a je přesvědčen, že tato skutečnost je z okolností zcela zřejmá. Žalobce nikdy nebyl povinen před zadáním veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění nechat vypracovávat například znalecký posudek pro posouzení okolností, které vedly k jeho postupu jako zadavatele. Ač by to ze současného pohledu byl zřejmě jediný důkaz, který by stěžovatel v řízení o přestupku akceptoval, není takový požadavek obsažen v zákoně a jediným jeho účelem by bylo vytvoření podkladů pro případné správní trestání, které žalovaný s ohledem na skutečnost, že postupoval s nejlepším vědomím zákonnosti svého postupu, neočekával.

[18] Žalobce podotýká, že jako ústřední orgán státní správy, který provozuje řadu informačních systémů, včetně systému kritické státní infrastruktury, disponuje odborným aparátem, který každodenně musí řešit problematiku dodavatelských vztahů a technických záležitostí provozu řady informačních systémů. Interní zhodnocení podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je nejenom přípustné, ale především ekonomické, na rozdíl od zpracování nákladných externích posudků pouze pro to, aby případnému právníkovi dozorového orgánu bylo vysvětleno to, co je osobě se znalostí IT prostředí zřejmé.

[19] Žalobce upozornil na specifika této věci, kdy se jako zadavatel opětovně snažil veřejnou zakázku zadat v otevřeném řízení, avšak pokaždé musel zadávací řízení zrušit na základě tehdy účinného § 84 zákona o veřejných zakázkách. Tato zadávací řízení probíhala za stavu, kdy od roku 2011 žalobce disponoval z vlastní iniciativy pořízeným oprávněním

pokračování

do IS ARES zasahovat i bez souhlasu držitele majetkových autorských práv, a tedy z pohledu autorskoprávního nebyl stávající dodavatel systému v exkluzivním postavení vůči jiným potenciálním dodavatelům. Stěžovatel se těmito skutečnostmi vůbec nezabýval a projednávanou věc posuzoval do značné míry právě tak, jako by si žalovaný zavinil faktickou autorskoprávní exkluzivitu jediného dodavatele. Ke stejnému závěru dospěl i krajský soud v bodech 24 – 25 napadeného rozhodnutí.

[20] Podle žalobce stěžovatel rezignoval na věcné posouzení daného případu a nezabýval se jeho specifiky. Žalobce jako zadavatel s ohledem na tehdy účinnou zákonnou úpravu vyčerpal veškeré možnosti jak co nejtransparentněji a nediskriminačně zajistit potřebné plnění, které nutně vyžadoval pro další bezvadné fungování klíčového infomačního systému veřejné infrastruktury, jakým je IS ARES. Za vzniklé situace tudíž nastala potřeba postupovat při zadání předmětné veřejné zakázky cestou jednacího řízení bez uveřejnění. Žalobci jako zadavateli mimo jiné svědčily i časové důvody, které ho vedly k použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť postupoval v souladu s § 23 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, kdy nutnost zrušení předchozích výběrových řízení vytvořilo naléhavou potřebu, kterou zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil.

[21] Žalobce rovněž upozornil na to, že § 63 odst. 3 písm. b) ZZVZ nově stanoví, že zadavatel může použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž. Z technických důvodů hospodářská soutěž neexistovala ani v době zadávání sporné veřejné zakázky, což je evidentní zejména z toho, že po vyhlášení otevřeného řízení na veřejnou zakázku byla opakovaně podávána jedna nabídka (resp. k hodnocení zbyla pouze jedna nabídka).

[22] Žalobce následně podrobněji poukázal na další otázky ve věci, které krajský soud podle jeho názoru neposoudil správně (zejména postup žalovaného způsobující porušení § 259 ZZVZ). Rekapitulaci této argumentace žalobce je však nadbytečné provádět, neboť při přezkumu kasační stížnosti je Nejvyšší správní soud limitován důvody uplatněnými stěžovatelem, nikoli důvody uplatněnými jinými osobami (§ 109 odst. 4 s. ř. s.), a to i přes skutečnost, že tyto důvody byly předmětem soudního přezkumu v řízení o žalobě.

III. Posouzení kasační stížnosti

[23] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil zákonné náležitosti kasační stížnosti a mohl konstatovat, 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 jedná zaměstnanec, který má vysokoškolské právnické vzdělání podle § 105 odst. 2 s. ř. s.

[24] Před samotným posouzením podstaty kasačních námitek je vhodné v reakci na argumentaci účastníků řízení uvést, že žalobce byl aktivně legitimován k podání žaloby proti napadenému rozhodnutí. Rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 18. 2. 2020, č. j. 8 Afs 128/2018 – 46, č. 4006/2020 Sb. NSS, vyložil, že pokud je stát adresátem veřejnoprávního působení některého správního orgánu, jeho postavení se formálně neodlišuje od postavení jiných adresátů, o nichž takový správní orgán rozhoduje. Je přitom nerozhodné, zda jde o práva v oblasti správního trestání či o jiné správní

rozhodování (bod 45). V posuzované věci nebyly pochybnosti o tom, že žalobce jako adresát přestupkového řízení, resp. rozhodnutí o přestupku na úseku zadávání veřejných zakázek, nevystupoval ve vrchnostenském postavení. Podmínku procesní legitimace žalobce lze tedy mít (s odkazem na sjednocující usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu a v něm obsaženou podrobnou argumentaci) za splněnou.

[25] Nejvyšší správní soud tedy přistoupil k přezkumu důvodnosti kasační stížnosti v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů. Posoudil tedy důvody, které krajský soud vedly ke zrušení napadeného rozhodnutí žalovaného, neboť ty tvoří těžiště kasační stížnosti. Dospěl přitom k závěru, že pokud krajský soud napadenému rozhodnutí vytýkal nepřezkoumatelnost spočívající v tom, že se žalovaný (stěžovatel) nevypořádal se „zcela podstatnými skutkovými důvody, v nichž žalobce spatřoval oprávnění (fakticky jedinou možnost) popotávat plnění na nezbytně nutnou dobu v jednacím řízení bez uveřejnění a ohledně nichž tvrdil, že je nezavinil“ (bod 43 napadeného rozsudku), taková výtka není opodstatněná.

[26] Prvně je třeba uvést, že v posuzované věci bylo žalobci jako zadavateli veřejné zakázky vytýkáno, že zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, aniž by pro to byly splněny zákonné podmínky. Podle uvedeného ustanovení může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění (rovněž) tehdy, pokud *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*.

[27] Krajský soud v bodě 39 napadeného rozsudku blíže specifikoval, jaké skutečnosti musí být splněny, resp. prokázány, aby bylo možné postupovat podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Obecně zde vymezil „důvody ochrany výhradních práv“ a „technické důvody“ s tím, že musí jít 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. Důvodem je skutečnost,

že – z důvodů, které zadavatel nemohl vůbec předvídat a které nejsou zadavateli přičitatelné – objektivně existuje jediný dodavatel. V bodě 40 napadeného rozsudku pak krajský soud potvrdil jako oprávněný závěr žalovaného, že žalobce ve správním řízení netvrdil ani nedoložil technické důvody ve smyslu aplikovaného ustanovení, které by mohly postup žalobce podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách odůvodnit. Krajský soud žalovanému přisvědčil, 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)“*.

[28] V následujícím bodě 41 napadeného rozsudku krajský soud uvedl okolnosti, které předcházely postupu žalobce podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných

pokračování

zakázkách. Na tyto okolnosti, resp. „historii“ zadávání veřejné zakázky, žalobce ve správním řízení poukazoval: konkrétně, že v roce 2011 uzavřel jako zadavatel s dodavatelem IS ARES smlouvu, podle níž získal oprávnění upravovat IS ARES prostřednictvím třetích osob, aby se vybraný dodavatel nenacházel ve stavu exkluzivity, dále že se dvakrát snažil zadat veřejnou zakázku odpovídající předmětu nyní posuzované veřejné zakázky v otevřeném řízení, pokaždé ji však musel zrušit podle § 84 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách (ve znění účinném do 5. 3. 2015), neboť se přihlásil, popř. (po vyloučení pro nesplnění zadávacích podmínek) „zbyl“ pouze jeden uchazeč. Nutno dodat, že následující otevřené řízení pak již zadavatel (žalobce) rušit nemusel, neboť od 1. 1. 2014 došlo zákonným opatřením senátu č. 341/2013 Sb. ke změně zákona o veřejných zakázkách, podle níž již zadavatelé nebyli povinni zrušit zadávací řízení v případě obdržení jedné nabídky, nebo v případě, kdy po posouzení nabídek zůstala k hodnocení pouze jedna nabídka, a s dodavatelem, který tuto nabídku podal, mohli uzavřít smlouvu.

[29] Uvedené okolnosti krajský soud považoval za *zcela podstatné skutkové důvody*, s nimiž se žalovaný údajně nevypořádal. Tento závěr ovšem nekoresponduje s prvostupňovým, ani s napadeným rozhodnutím. Jednak není pravda, že by se uvedenými okolnostmi žalovaný nezabýval. Vedle toho, že byly v prvostupňovém rozhodnutí zrekapitulovány (v bodech 16. – 29., jak potvrdil rovněž krajský soud), v bodech 110. – 111. prvostupňového rozhodnutí jsou tyto okolnosti posouzeny a vypořádány. Správní orgán zde tyto okolnosti vyhodnotil jako „specifickou situaci“, která sice nemůže být důvodem pro ospravedlnění postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť se netýká přímo přezkoumávané veřejné zakázky, na druhou stranu však od těchto okolností nelze odhlédnout, a proto byly zohledněny při stanovení výše pokuty jako výrazná polehčující okolnost (s tím koresponduje i část odůvodnění prvostupňového rozhodnutí týkající se ukládané sankce – viz bod 135.). V další části bodu 111 pak správní orgán jednoznačně vyslovil (stručně shrnuto), že zadavatel se nemůže dovolávat existence důvodu pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách jen proto, že zadavatel v otevřených řízeních, které měly předcházet zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, obdržel pouze nabídku od vybraného uchazeče; není-li tedy prokázána existence technických důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, nelze se odkazem na dosavadní postup v předchozích zadávacích řízeních ze zákonem stanovených podmínek „vyvinut“.

[30] Napadené rozhodnutí pak hodnocení uváděných skutkových okolností v prvostupňovém rozhodnutí potvrzuje, byť tak činí spíše implicitně; to však koresponduje s tím, jak byly koncipovány námitky žalobce v rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí. V rozkladu žalobce uváděné skutkové okolnosti stručně zopakoval, nicméně navazující argumentaci směřoval toliko k tomu, že mělo být ze strany správního orgánu zkoumáno, zda v posuzovaném případě nebyly naplněny časové důvody, které dle § 23 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách rovněž umožňovaly konání jednacího řízení bez uveřejnění (bod 34 a 35 rozkladu). Napadené rozhodnutí tedy nelze považovat za nepřezkoumatelné z důvodu, že se dostatečně nevypořádalo s námitkou „nezohlednění specifických skutkových okolností, spočívající v postupu předcházejícímu použití jednacího řízení bez uveřejnění“.

[31] Na základě uvedeného dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že vypořádání žalobcem uváděných okolností ze strany správních orgánů nelze považovat za chybějící, resp. nepřezkoumatelné, a to s přihlédnutím k zásadě jednotnosti správního řízení (viz např. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 10. 2004, č. j. 5 Afs 16/2003 – 56, č. 534/2005 Sb. NSS). Pokud byly v prvostupňovém rozhodnutí okolnosti uváděné žalobcem zohledněny shora uvedeným způsobem, a žalobce v rozkladu proti takovému vypořádání nepostavil oponenturu, jejíž případné nevypořádání v napadeném rozhodnutí by mohlo z tohoto důvodu vést k závěru o nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, nelze přistoupit z tohoto důvodu ke zrušení napadeného rozhodnutí. Není-li nepřezkoumatelné vypořádání žalobcem uváděných okolností v prvostupňovém rozhodnutí, a z napadeného rozhodnutí není seznatelné, že by se žalovaný s takovým vypořádáním neztotožnil či že by jej vlastní argumentací vyvrátil, nelze jen z tohoto důvodu vyhodnotit napadené rozhodnutí jako nepřezkoumatelné.

[32] Nejvyšší správní soud nyní nemá prostor k tomu, aby přistoupil k hodnocení relevance uváděných skutkových okolností (tj. k „historii“ zadávání předmětné veřejné zakázky), neboť tak dosud neučinil krajský soud. V tomto ohledu si bude muset krajský soud v dalším řízení vyjasnit, zda uvedené skutkové okolnosti mohly ovlivnit naplnění skutkové podstaty přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách (tj. zda tyto okolnosti měly vliv na závěr o tom, že v posuzovaném případě nebyly splněny podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění) či zda se jedná o okolnosti, k nimž je nutno přihlédnout při úvahách o stanovení výše sankce (jak učinily správní orgány). V odůvodnění napadeného rozsudku tyto úvahy obsaženy nejsou, což do určité míry opodstatněně vedlo stěžovatele k námitce o vnitřní rozpornosti či nesrozumitelnosti napadeného rozsudku.

[33] Krajský soud sice v odůvodnění napadeného rozsudku výslovně neuváděl, že akcentované skutkové okolnosti (tj. že žalobce veřejnou zakázku zadával opakovaně neúspěšně v otevřených zadávacích řízeních) podřadil pod technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Taková úvaha by však mohla vyplynout z toho, že vytýkané neposouzení uvedených skutkových okolností krajský soud podřadil do části IV. c) odůvodnění napadeného rozsudku, v němž se zabýval hmotněprávním posouzením důvodů, které žalobce vedly k použití jednacím řízení bez uveřejnění. Se stěžovatelem je tak nutno souhlasit v tom, že krajský soud případné podřazení uvedených okolností pod technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění neodůvodnil. Pokud by přitom tyto okolnosti za „technické důvody“ považoval, neodpovídalo by to závěru krajského soudu v bodě 40 napadeného rozsudku, v němž aproboval závěry žalovaného, že žalobce existenci jím tvrzených technických důvodů neprokázal.

[34] Lze tedy shrnout, že napadené rozhodnutí, ve spojení s prvostupňovým rozhodnutím, nelze považovat za nepřezkoumatelné z toho důvodu, že by nebyly vypořádány tvrzené skutkové okolnosti spočívající v předcházejícím opakovaném neúspěšném zadání otevřených zadávacích řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Tyto okolnosti byly zohledněny jako polehčující okolnosti při stanovení výše pokuty, přičemž důvody tohoto postupu jsou uvedeny v bodě 111. prvostupňového rozhodnutí. Krajskému

pokračování

soud tedy nic nebrání v tom, aby v dalším řízení přistoupil k právnímu posouzení takto odůvodněného postupu a případně se vypořádal též se zbytkem žalobní argumentace, kterou se z důvodu zvoleného postupu (zrušení napadeného rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost) zatím nezabýval.

[35] Nutno doplnit, že žalobce ve vyjádření ke kasační stížnosti nevyvracel opodstatněnost kasační argumentace stěžovatele, vyjádřil toliko souhlas s postupem krajského soudu (což je s ohledem na výsledek řízení o žalobě pochopitelné) a pak již věcně argumentoval proti závěru správního orgánu, že okolnosti týkající se postupu předcházejícího zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění nelze při posouzení podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách zohlednit. Hodnocení toho, zda žalovaný postupoval správně, pokud tyto okolnosti nepovažoval za okolnosti, jimiž by mohlo dojít k naplnění podmínek uvedených v § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, ale zohlednil je „pouze“ v úvahách o výši sankce, však bylo primárně úlohou krajského soudu; tu bude muset splnit v dalším řízení.

[36] Pokud žalobce ve vyjádření ke kasační stížnosti rozsáhle argumentoval proti závěrům krajského soudu, jimiž byla jako nedůvodná vyhodnocena žalobní námitka proti postupu žalovaného, který vedl správní řízení, aniž byl zaplacen poplatek za podání podnětu k zahájení správního řízení podle § 259 ZZVZ, Nejvyšší správní soud opakuje, že je vázán rozsahem a důvody kasační stížnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.). Touto argumentací žalobce se proto z uvedeného důvodu nemohl zabývat. Nad rámec nutného odůvodnění lze však podotknout, že nálezem Ústavního soudu ze dne 30. 10. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 7/19, bylo ustanovení § 259 ZZVZ zrušeno dnem vyhlášení tohoto nálezu, a to pro rozpor s čl. 1 odst. 1 a čl. 2 odst. 3 Ústavy a s čl. 2 odst. 2 a čl. 11 odst. 5 Listiny základních práv a svobod ČR. Aplikace § 259 ZZVZ, jíž se žalobce domáhá, by mohla mít relevanci v situaci, kdy by ÚOHS správní řízení s odkazem na § 259 ZZVZ (tj. pro nezaplacení poplatku) nezahájil a nevedl (viz situace řešená v nálezu Ústavního soudu ze dne 19. 11. 2019, sp. zn. II. ÚS 1270/19, kdy ÚOHS nezahájil řízení k podnětu podatele, který poplatek za podání podnětu nezaplatil). Taková situace však v posuzované věci nenastala; lze přitom konstatovat, že pokud se žalobce domáhá „správné“ aplikace protiústavního zákonného ustanovení, nemůže být úspěšný.

[37] S ohledem na výše uvedené proto Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu podle § 110 odst. 1 s. ř. s. zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení, ve kterém je krajský soud vázán shora vysloveným právním názorem (§ 110 odst. 4 s. ř. s.).

[38] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti rozhodne krajský soud v novém rozhodnutí (§ 110 odst. 3 s. ř. s.).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 13. dubna 2021

JUDr. Filip Dienstbier
předseda senátu