

DISKUSE

Kamil Jelínek

Meze soudního dotváření a interpretace práva správními soudy v kontextu vybraných ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek

Úvod

V rozhodovací praxi (nejen) správních soudů není výjimečnou situací, kdy soudy zejména při posuzování právních otázek sáhnout k jinému než striktně jazykovému výkladu a tímto způsobem právo „dotváří“. Na takové interpretaci práva jistě *a priori* není nic špatného, což akcentuje i Ústavní soud,¹⁾ a vede v zásadě k následné racionální aplikaci práva. Na druhou stranu však především s ohledem na principy právního státu²⁾ a dělbu moci ve státě nelze akceptovat, aby soudy svým výkladem pozitivní právo dotvářeli bezmezně – v takovém případě by zákonodárná moc fakticky postrádala význam³⁾. Nezřídka se v soudních rozhodnutích objevují odkazy na dřívější rozhodnutí soudů v obdobných případech, což opět s ohledem na jednotnost výkladu práva není na škodu, diskutabilní se takový postup ovšem stává v případech, kdy soudy opakovaně odkazují na řešení právní otázky ve starším rozsudku, kde soud k dotváření práva přistoupil, a tím dochází k vytvoření tzv. ustálené rozhodovací praxe a původní (odkazované) soudní rozhodnutí má reálně precedenční důsledky. Právě uvedenými otázkami – hranicí dotváření

¹⁾ Jak Ústavní soud uvádí na příklad v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 33/97 ze dne 17. 12. 1997 podle něhož „naprosto neudržitelným momentem používání práva je jeho aplikace, vycházející pouze z jeho jazykového výkladu. Jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu (k čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický výklad, výklad *e ratione legis* atd.). Mechanická aplikace abstrahující, resp. neuvědomující si, a to buď úmyslně, nebo v důsledku nevdělanosti, smysl a účel právní normy, činí z práva nástroj odcizení a absurdity.“

²⁾ Zakotvení právního státu obsahuje preambule Ústavy, podle níž je jedním z cílů řídit se všemi osvědčenými principy právního státu.

³⁾ Pak by se s jistou mírou zjednodušení dalo hovořit o soudcovském státu (srov. názor JUDr. Pavla Rychetského, dr. h. c. ve sborníku: ŠIMÍČEK, V., HLOUŠEK, V. ed.: *Dělba soudní moci v České republice*. Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, 2004, s. 14-15. Sborníky / Masarykova univerzita. ISBN 80-210-3318-5).

či nalézání práva soudy, tedy tzv. hranicí *lex lata* v souvislosti s konkrétními případy interpretace a aplikace norem zákona o zadávání veřejných zakázek – bude věnován tento článek.

Fakticky před každou aplikací práva dochází k jeho interpretaci pomocí různých interpretačních metod, jejímž cílem je (v případě potřeby) odstranění sémantických nejasností interpretované právní normy.⁴⁾ Širším pojmem oproti interpretaci práva je jeho nalézání, resp. dotváření, kterým se rozumí nalézání řešení konkrétních reálných situací bez jakékoliv jazykové opory v nějakém právním předpise.⁵⁾

Jednací řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 zákona

Takový postup je možno nalézt na příklad v soudních rozhodnutích, jejichž předmětem přezkumu bylo rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v oblasti dozoru nad zadáváním veřejných zakázek na informační technologie (IT) prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění jako jednoho druhu zadávacího řízení. Podle ustanovení § 63 odst. 3 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek může zadavatel také použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví. V souladu s odst. 4 citovaného ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek je tato podmínka splněna pouze takovém případě, že nelze využít jiného postupu a že zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.⁶⁾

Zadavatelé tak při zadávání „navazujících“ veřejných zakázek v oblasti IT⁷⁾, kterými má být „původní“ veřejnou zakázkou poptané plnění rozšířeno či upraveno, přistupují k zadávání těchto úprav prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění s odůvodněním, že podmínky podle § 63 odst. 3 písm. c) a odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek jsou naplněny – plnění může s ohledem na autorskoprávní ochranu k původnímu plnění poskytnout pouze původní dodavatel (autor) a zadávací podmínky zadavatel v tomto řízení nestanovil

⁴⁾ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2011, s. 212. Právnícké učebnice. ISBN 978-80-7400-382-0.

⁵⁾ Tamtéž s. 212-213.

⁶⁾ Uvedenou podmínku správní soudy dovozovaly ještě za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, kdy na příklad Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 112/2013-198 ze dne 16. 9. 2016 konstatoval, že „[z]adání veřejné zakázky v jednací řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není objektivně možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku. Veřejné právo tu v tomto ohledu stanoví s ohledem na zásadu transparentnosti zadavateli limity k použití tohoto typu zadání zakázky“.

⁷⁾ Typicky v situaci, kdy v rámci (původního) zadávacího řízení zadavatel poptal specifický a v mnoha případech rozsáhlý informační systém, přičemž si k předmětu plnění – počítačovému programu jako autorskému dílu ve smyslu § 2 odst. 2 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů – nevyhradil licenční oprávnění, která by umožňovala úpravu předmětu plnění jinými osobami, než autorem, tj. původním dodavatelem a s ohledem na vývoj situace vyvstala potřeba zadavatele předmět plnění upravit.

s cílem vyloučit hospodářskou soutěž, neboť je ta je vyloučena z povahy věci právě autorskými právy původního autora k poskytnutému plnění.⁸⁾

Správní soudy však takový postup zadavatelů dlouhodobě neaprobují; například v tzv. kauze Opencard Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 112/2013-131 ze dne 15. 10. 2015 uvedl, že „se žalobce b) nemůže odvolávat na objektivní nutnost realizace předmětu zakázky jiným subjektem než vybraným uchazečem, neboť tento stav exkluzivity sám způsobil. Autorská práva vybraného uchazeče jsou chráněna na základě jím akceptovaných výše citovaných licenčních ujednání ze dne 6. 11. 2006, která však uzavřel za situace, kdy již musel rozumně předpokládat potřebu budoucích zakázek v návaznosti na rozvoj projektu municipální multiaplikační čipové karty.“ V takovém případě jde ze strany zadavatele o zaviněné způsobení stavu exkluzivity, tedy stavu *vendor lock-in*, kdy tento musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní veřejné zakázky nutnost zadávání navazujících veřejných zakázek předpokládat. Tento názor Krajského soudu v Brně následně potvrdil i Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015-95.

V jiném rozsudku v kauze Opencard Krajský soud v Brně na základě skutkových okolností předcházejících a provázejících zadávání původní zakázky intimoval, že tyto nepochybně svědčí o tom, že zadavatel „nepochybně od počátku plánoval rozvoj projektu Opencard a musel vědět, že dojde v budoucnu k postupnému připojování jednotlivých aplikací týkajících se municipálních služeb, jak též od počátku deklaroval v usnesení Rady hlavního města Prahy jako výkonného orgánu v samostatné působnosti hlavního města Prahy“. Zadavatel tak nemohl mít daný projekt za unikátní, a naopak musel mít (poměrně konkrétní) představu o potřebě rozvoje projektu, o tom, co obnáší a bude obnášet, a nelze ani dovozovat, že by zadával projekt, s jehož rozvojem nepočítá a jehož realizace by měla být po pár letech ukončena. Zadavatel tak musel „rozumně očekávat, že s ohledem na jeho plány poskytnout občanům hlavního města univerzální čipovou kartu Pražana, která bude využitelná pro občany v oblastech dopravní infrastruktury, městských služeb, v turistickém ruchu atd. a umožní občanům bezhotovostně čerpat většinu městských služeb, a to i v oblastech služeb poskytovaných akciovými společnostmi hlavního města Prahy, bude muset zadávat následné zakázky.“⁹⁾

Z citovaných rozhodnutí správních soudů je tak zřejmé, že nad rámec zákonem stanovených podmínek¹⁰⁾ musí zadavatel pro zákonné použití navazujícího jednacího řízení bez uveřejnění v okamžiku zadávání původní veřejné zakázky, resp. z logiky věci ještě před zahájením původního

⁸⁾ Nejvyšší správní soud tento stav trefně definoval v rozsudku č. j. 1 As 242/2017-48 ze dne 1. 11. 2017, kde uvedl, že „stávající podoba licenčních podmínek sjednaných se společností HAGUESS bude pro další vývoj projektu značně limitující v tom směru, že v zásadě znemožní volný výběr dodavatele na další související a navazující plnění.“

⁹⁾ Srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 93/2015-357 ze dne 1. 6. 2017.

¹⁰⁾ Na tomto místě autor uvádí, že podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek jsou obsahově identické k podmínkám pro použití tohoto druhu zadávacího řízení podle tehdy účinného zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, konkrétně jeho § 23 odst. 4 písm. a).

(otevřeného) zadávacího řízení předjímat, zda potřeba změn optávaného IT plnění v budoucnu vyvstane a s ohledem na takovou predikci i vhodným způsobem upravit licenční ujednání, neboť v opačném případě bude postup zadavatele spočívající v zadání navazující veřejné zakázky (při splnění zákonných podmínek) shledán jako v rozporu se zákonem o zadávání veřejných zakázek.

Problematickým aspektem uvedené interpretace a aplikace ustanovení § 63 odst. 3 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek dle názoru autora je, že se s ohledem na historický¹¹⁾ a systematický¹²⁾ výklad jedná o vědomou mezeru v právu – zákonodárce do zákona o zadávání veřejných zakázek zahrnul (taxativní) výčet podmínek, které musí být naplněny, aby zadavatel mohl v souladu se zákonem přistoupit k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění; vědomou mezeru v právu by však soudy, s ohledem na požadavek právní jistoty a princip dělby moci, dotvářením práva vyplňovat neměly.¹³⁾ Dle názoru autora se tak nejedná o dotváření práva soudem *praeter verba legis*, tedy v situaci, kdy zákon podmínky pro použití jednacího řízení nereguluje.

Není-li, s ohledem na výše uvedené, možné závěry správních soudů spočívající v „rozšíření“ podmínek pro použití jednacího řízení podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek o podmínku spočívající ve způsobení stavu exkluzivity jednáním zadavatele při zadávání původní (prvotní) veřejné zakázky, označit za legitimní dotváření práva, pak je nasnadě otázka, zda lze takový postup označit za přípustnou interpretaci.

V rámci rozhodovací praxe (nejen správních soudů, ale i Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže) jsou akcentována specifika jednacího řízení bez uveřejnění. Pro jednací řízení bez uveřejnění je typický nejmenší stupeň transparentnosti a nejméně formalizovaný postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Zadavatelé by k jeho použití měli přistupovat toliko ve zcela výjimečných případech.¹⁴⁾ Výjimečné použití a nízká míra transparentnosti jednacího řízení bez uveřejnění pramení především ze skutečnosti, že při jeho aplikaci dochází k omezení hospodářské soutěže, neboť je jediným druhem zadávacího řízením v nadlimitním režimu, pro který neplatí zákonná povinnost odeslat oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění, prostřednictvím kterého zadavatel při použití jiného druhu zadávacího řízení oznamuje jeho zahájení. Při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení

¹¹⁾ Jak již bylo uvedeno výše, zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, který byl nahrazen zákonem o zadávání veřejných zakázek obsahoval fakticky identicky formulované podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu výhradních (autorských) práv.

¹²⁾ Dikce ustanovení § 63 odst. 3 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek byla převzata z čl. 32 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES Text s významem pro EHP.

¹³⁾ Opt. cit. Melzer s. 235.

¹⁴⁾ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 9. 2016, č. j. ÚOHS-R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř, ze dne 12. 9. 2013, č. j. ÚOHS-S678/2012/VZ-17473/2013/513/ZMa, ze dne 23. 5. 2013, č. j. ÚOHS-R238/2012/VZ-9537/2013/310/PMo.

bez uveřejnění zadavatel oslovuje k podání nabídek pouze omezený, zadavatelem určený okruh dodavatelů, v některých případech toliko dodavatele jediného. Takovým postupem z povahy věci bezesporu dochází k výraznému omezení hospodářské soutěže.¹⁵⁾

Přezkumné orgány tak nutnost naplnění i další podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění odvozují od specifik tohoto druhu zadávacího řízení a s nimi souvisejícím požadavkem na dodržení zásad zadávání dle § 6 zákona o zadávání veřejných zakázek, tj. zásady transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, a zajištění maximální hospodářské soutěže; v takovém případě lze dle názoru autora hovořit o teleologickém výkladu.

Účelem právní normy lze rozumět normotvůrcem chtěný stav věcí, jehož dosažení je sledováno prostřednictvím právní normou postulovaného lidského chování, tzn., že účelem právní normy jsou zamýšlené důsledky jednání.¹⁶⁾ Ve vztahu k „přidávání“ dalších podmínek, a tím rozšiřování jejich zákonodárcem stanoveného taxativního výčtu správními soudy, však takový postup dle názoru autora není možné pod teleologický výklad předmětné právní normy podřadit. Autor přitom nezpochybňuje východisko Gustava Radbrucha, podle něhož interpret může rozumět zákonu lépe, než mu rozuměl jeho tvůrce, zákon může být moudřejší než jeho autor.¹⁷⁾

V případě podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění nelze jejich katalog judikatorně rozšiřovat s odkazem na účel zákona o zadávání veřejných zakázek – ochrana hospodářské soutěže¹⁸⁾ – neboť omezení, resp. faktické vyloučení hospodářské soutěže vyplývá již z povahy důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek a s ohledem na skutečnost, že si lze jen stěží představit reálnou situaci, kdy by zadavatel sám svým jednáním (typicky uzavřením smlouvy) nezpůsobil, že na předmět plnění dopadá autorskoprávní ochrana¹⁹⁾, se jedná fakticky o reálný a zákonodárcem aprobebovaný předpoklad pro aplikaci § 63 odst. 3 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek. Obdobně i odkaz na zásady zadávání veřejných zakázek není dle názoru autora případný, neboť s ohledem na preciznost výčtu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění tyto jistě naleznou uplatnění při jejich interpretaci, nicméně nelze na základě nich legitimně katalog podmínek rozšiřovat.

¹⁵⁾ DVOŘÁK, D.: *Zákon o zadávání veřejných zakázek: komentář*. V Praze: C. H. Beck, 2017, s. 388.

¹⁶⁾ HOLLÄNDER, P.: *Filosofie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, s. 82, ISBN 80-86898-96-2.

¹⁷⁾ Tamtéž s. 85.

¹⁸⁾ Na tomto by autor chtěl zmínit, že jako primární účel zákona o zadávání veřejných zakázek, resp. celého práva veřejných zakázek je označováno účelné, hospodárné a efektivní vynakládání veřejných prostředků, ke kterému dochází právě prostřednictvím zajištění odpovídající (maximální) hospodářské soutěže, přičemž k tomuto názoru inklinuje i sám autor.

¹⁹⁾ To ostatně reflektují i některá rozhodnutí správních soudů, na příklad rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012 a 5 Afs 43/2013, oba z 11. 1. 2013.

Legitimizaci nastíněného případu „dotváření“ práva se soudy již v navazujících rozhodnutích blíže nezabývají a spokojí se toliko s odkazem na předchozí rozhodnutí, ve kterých závěr o povinnosti zadavatele splnit podmínku spočívající ve nezpůsobení stavu exkluzivity jednáním zadavatele při zadávání původní (prvotní) veřejné zakázky, zazněl; takovým postupem se pak tvoří tzv. ustálená rozhodovací praxe či ustálená judikatura. Otázkou však je obecná závaznost takové judikatury²⁰⁾, neboť v tuzemské (kontinentální) právní kultuře není, až na výjimky²¹⁾, předchozí soudní rozhodnutí pramenem práva; opačný závěr by ostatně narážel na ústavněprávní kautely čl. 95 odst. 1 Ústavy a čl. 2 odst. 2 a 3 zákona č. 2/1993 Sb., Usnesení předsednictva České národní rady o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součástí ústavního pořádku České republiky (dále jen „Listina“).

Jednotnost rozhodovací praxe, tím spíše rozhodovací praxe soudů, je bezesporu legitimní požadavkem už jen z důvodu právní jistoty adresátů práva. Tento požadavek nicméně není způsobilý převážit nad absencí precedenční povahy soudních rozhodnutí a povinností soudce rozhodovat na základě zákona v individuálních případech. Dle názoru autora tak ani skutečnost, že v jednom či více soudních rozhodnutích je obsažen výše citovaný právní názor rozšiřující katalog podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek o podmínku spočívající ve způsobení stavu exkluzivity jednáním zadavatele při zadávání původní (prvotní) veřejné zakázky, nemůže legitimizovat takovou interpretaci a navazující interpretaci předmětného ustanovení zákona.

Jednací řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 5 zákona

Od nastíněné situace – judikatorního rozšíření zákonných podmínek pro použití jednacího řízení podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek – lze dle názoru autora odlišit rozhodovací praxi intimující nezákonnost postupu zadavatele při uzavírání smlouvy na základě jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek, podle něhož může zadavatel *„použít jednací řízení bez uveřejnění také, pokud je to nezbytné v důsledku krajně naléhavé okolnosti, kterou zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, a nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení s uveřejněním“*, kterou zadavatel uzavře na dobu delší, než je trvání krajně naléhavé okolnosti.

²⁰⁾ Autor zde nemá na mysli kasační závaznost.

²¹⁾ Precedenční povahu mají toliko nálezy Ústavního soudu podle čl. 89 odst. 2 Ústavy a rozhodnutí ve věcech kompetenčních sporů zvláštního senátu zřízeného dle zákona č. 131/2002 Sb., o rozhodování některých kompetenčních sporů.

Z citovaného ustanovení § 63 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek explicitně vyplývá požadavek kumulativního splnění čtyř podmínek pro oprávnění zadávání veřejné zakázky z důvodu krajně naléhavé okolnosti prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, a to 1) existuje krajně naléhavá okolnost, 2) tuto okolnost zadavatel nemohl předvídat, 3) tuto okolnost zadavatel nezpůsobil, 4) nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení s uveřejněním [obdobně i čl. 32 odst. 2 písm. c) směrnice 2014/24/EU]. Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 68/2017-209 ze dne 11. 4. 2019 shledává smyslu a účel uvedené konstrukce v poskytnutí zadavateli mimořádnou možnost, jak reagovat na naléhavé, nepředvídatelné a zadavatelem nezaviněné situace, ve kterých je třeba poptávat plnění v časové tísní prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění jako sice rychlého, avšak současně nejméně transparentního druhu zadávacího řízení, přitom právě z existující krajně naléhavé okolnosti vyplývá požadavek na věcnou i časovou limitaci plnění podle smlouvy, jež vzešla z jednacího řízení bez uveřejnění. Krajský soud v Brně ve shora uvedeném rozsudku shrnuje, že „[z]adavatel je v rámci jednacího řízení bez uveřejnění oprávněn poptávat pouze plnění v nezbytném rozsahu a po nezbytně nutnou dobu potřebnou pro poptání (dalšího) obdobného plnění prostřednictvím některého z „otevřenějších“ druhů zadávacího řízení; to je třeba vždy dovozovat u dlouhodobého plnění opakující se povahy, např. u zajištění hromadné dopravy či právě, jako v tomto případě, u poskytování služeb k zajištění fungování veřejného osvětlení (velmi instruktivně kupř. Danish Competition and Consumer Authority ve své metodice uvádí, že zadavatelé by se dle obecně přijatelného pravidla měli uchýlovat k uzavírání smluv v rámci jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu krajní naléhavosti toliko na krátkou dobu potřebnou pro zorganizování nového zadávacího řízení – srov. HARTLEV, Kristian a Morten WAHL LILJENBOL. *Changes to Existing Contracts Under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender*. *Public Procurement Law Review* [online]. 2013, s. 66. ISSN 09638245.).“

Dle názoru autora citované rozhodnutí Krajského soudu v Brně nerozšiřuje okruh zákonem (zákonodárcem) stanovených čtyř podmínek, jejichž kumulativní naplnění je pro soulad postupu zadavatele se zákonem nezbytné, nýbrž na základě účelu § 63 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek – umožnění zadavatelům reagovat na nepředvídatelné a naléhavé skutečnosti rychlým nákupem nejnutnějšího plnění – brání zneužívání či nadužívání této možnosti k pořízování plnění, která krajně naléhavou okolností přesahují, a to jak časově, kdy zadavatel v rámci jednacího řízení bez uveřejnění uzavře smlouvy s délkou plnění jednoznačně překračující trvání naléhavé okolnosti či dokonce na dobu neurčitou bez rozvazovací podmínky (k tomu blíže výše citované rozhodnutí Krajského soudu v Brně zejména body 23. a 24.), tak věcně, pokud by zadavatel v rámci jednacího řízení bez uveřejnění poptával plnění, které s existencí či řešením krajně naléhavé okolnosti nesouvisí.²²⁾ Z pohledu adresáta – zadavatele – takový výklad nezprísňuje nad rámec zákona podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, nýbrž toliko trvá

na zachování účelu předmětného ustanovení; naopak na základě judikatury k naplnění podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek došlo (vyjma rozsudků zavádějících kategorií „nešikovného“ postupu zadavatele při zadávání původní veřejné zakázky) téměř k faktickému využití tohoto ustanovení v praxi, o čemž svědčí i rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže i správních soudů.

Od výše uvedených případů je dále možno odlišit další situaci, dle názoru autora v podstatě excesivní. Jedná o procesní otázku nesení důkazního břemena ve správním řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže, jehož předmětem je právě přezkum zadávání veřejných zakázek prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve svých rozhodnutích opakovaně zastává názor, že důkazní břemeno ohledně naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění (s odkazem na judikaturu Soudního dvora Evropské unie) nese zadavatel jako účastník správního řízení.²³⁾

Postoj Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže je explicitně (a dle názoru autora excesivně) vyjádřen v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0064/2016/VZ-39883/2016/323/KKř ze dne 29. 9. 2016, kde uvedl, že „[v] této souvislosti se lze ztotožnit se zadavatelem v tom, že jeho postavení je v důsledku přesunu důkazního břemene na jeho osobu do jisté míry oslabeno, resp. je mu ztížena obrana před orgánem dohledu. To však ničehož nemění na tom, že k takovému „zatížení“ zadavatele došlo „vědomě“, jako logický následek restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění“ a dále uvedl, že „zadavatel se svých povinností nemůže zbavit s odkazem na základní zásady činnosti správních orgánů, jak je upravuje správní řád ve svých úvodních ustanoveních. I přesto, že Úřad nemůže zcela rezignovat na zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, je to primárně zadavatel, kdo zajišťuje důkazy k prokázání výjimečných podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Úřad přitom zcela jistě není povinen jakkoliv vyvracet tvrzení zadavatele o neporušení § 23 odst. 4 písm. a)

²²⁾ Obdobně i závěry Krajského soudu v Brně ve shora citovaném rozsudku č. j. 62 Af 68/2017-209 ze dne 11. 4. 2019, kde uvedl, že „[p]okud by zadavatel v rámci jednacího řízení bez uveřejnění poptával plnění, které by bezprostředně nesouviselo s odvrácením či nápravou krajně naléhavé okolnosti nebo by jeho poskytování trvalo delší dobu, než která je nezbytně nutná pro zadání veřejné zakázky v některém z „otevřenějších“ zadávacích řízení, pak by podmínky podle § 63 odst. 5 ZZVZ nemohly být naplněny. Zadavateli nemůže svědčit jakékoli beneficium z kritické situace, v níž se ocitli, v tom smyslu, že by prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění získali možnost dlouhodobějšího plnění nad rámec nezbytný pro překlenutí kritické situace; takový postup by nebyl nejen v souladu s účelem tohoto ustanovení, nýbrž ani se zásadami zadávání veřejných zakázek podle § 6 ZZVZ a samotným cílem ZZVZ spočívajícím, mimo jiné, v zajištění a podpoře účinné hospodářské soutěže.“

²³⁾ Srov. na příklad rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-R215/2011/VZ-3094/2012/310/JSI/ASc ze dne 21. 1. 2012, kde uvedl, že „při použití jednacího řízení bez uveřejnění se uplatňují dvě hlavní zásady. Zaprvé nelze právní úpravu jednacího řízení bez uveřejnění vykládat jinak než striktně [viz judikatura Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) např. ve věci C-199/85 *Commission v. Italy*, ve věci C-71/92 *Commission v. Spain*, či ve věci C-385/02 *Commission v. Italy*]. Zadruhé, je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro jeho použití (tamtéž).“

zákona, neboť je to zadavatel, koho stíhá povinnost tato tvrzení prokázat, a pokud je není schopen prokázat, pak se má za to, že v souladu se zákonem nepostupoval. Přísnost takové konstrukce je pak mimo jiné dána právě snahou o eliminaci používání tohoto druhu zadávacího řízení, a to v zájmu zachování co nejvíce transparentní hospodářské soutěže.“

Tento závěr soustavně aprobejávají správní soudy, kdy například Nejvyšší správní soud č. j. 5 Afs 48/2013-272 ze dne 30. 5. 2014 uvedl, že „[j]ednací řízení bez uveřejnění tradičně představuje druh zadávacího řízení s nejnižší mírou transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže. I z tohoto důvodu právní úprava ZVZ i zadávacích směrnic omezuje možnosti jeho využití a taktéž judikatura Soudního dvora se ustálila na výkladu, že právní úpravu jednacího řízení bez uveřejnění nelze vykládat jinak než restriktivně [srov. rozsudky ze dne 10. 3. 1987 ve věci *Commission v. Italy* (C-199/85), ze dne 17. 11. 1993 ve věci *Commission v. Spain* (C-71/92), či ze dne 14. 9. 2004 ve věci *Commission v. Italy* (C-385/02)]. Platí rovněž, že je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro jeho použití (tamtéž).“²⁴⁾ Uvedený přístup Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a správních soudů v konečném důsledku vede ke skutečnosti, že není posuzována meritorní otázka těchto řízení, tedy naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek (samozřejmě včetně výkladových limitů), ale námitky zadavatelů nejsou s ohledem na „neunesení důkazního břemena“ věcně posuzovány; pokud by dle názoru autora byla (především na straně Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže) snaha o meritorní posouzení těchto kauz, správní řád jako obecný předpis upravující správní řízení mu jistě nabízí efektivní nástroje, jak rozhodné skutečnosti ve správním řízení zjistit, případně účastníka řízení – zadavatele – k označení konkrétních důkazů vést, nicméně to se v praxi neděje a Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže to není intimováno ani správními soudy při přezkumu jeho rozhodnutí.

Uvedený přístup, který nelze označit za interpretaci zákona, neboť úpravu takového postupu zákon o zadávání veřejných zakázek ani správní řád neobsahuje, resp. se k otázce důkazního břemena staví opačně, a to s ohledem na zásadu legality²⁵⁾ a především zásadu materiální pravdy²⁶⁾, na kterou navazuje zásada vyšetřovací zakotvená v § 50 odst. 3 správního řádu, podle níž „[s]právní orgán je povinen zjistit všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu. V řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, je správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena.“ Význam

²⁴⁾ Obdobně srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015-95 nebo ze dne 1. 11. 2017, č. j. 1 As 242/2017-48.

²⁵⁾ Podle § 2 odst. 1 správního řádu správní orgán uplatňuje svou pravomoc pouze k těm účelům, k nimž mu byla zákonem nebo na základě zákona svěřena, a v rozsahu, v jakém mu byla svěřena.

²⁶⁾ Podle § 3 správního řádu nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2.

aplikace vyšetřovací zásady v řízení, ve kterých má být účastníku uložena povinnost, trefně shrnuje rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 78/2010-49 ze dne 30. 6. 2011: „[z] dikce ustanovení § 50 odst. 3 správního řádu se jednoznačně podává, že řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, je výlučně ovládáno zásadou vyšetřovací; rovněž je zde zdůrazněna i zásada objektivního, nestranného přístupu, kdy je správní orgán povinen zjišťovat veškeré rozhodné okolnosti, tedy i ty, které svědčí ve prospěch osoby, které má být povinnost (proti její vůli) uložena. Je to tedy správní orgán, který nese odpovědnost za řádné soustředění podkladů pro rozhodnutí a případně i odpovědnost za nesplnění této povinnosti.“

Uvedeného konfliktu mezi právní úpravou správního řízení a rozhodovací praxí (byť částečně s ohledem na specifika zadávání veřejných zakázek v jednacím řízení s uveřejněním pochopitelnou) si povšiml i Krajský soud v Brně, který v rozsudku č. j. 62 Af 93/2017-94 ze dne 7. 8. 2019 konstatoval, že „[s] ohledem na charakter jednacího řízení bez uveřejnění jako jedné z výjimek z jinak povinného použití „otevřenějších“ zadávacích řízení, jak bylo opakovaně dovozeno shora citovanou judikaturou, je na zadavateli, aby v případě zahájení přezkumného řízení žalovanému nejen tvrdil, že podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění byly splněny, nýbrž současně v souladu s § 52 správního řádu důsledně (a při použití jednacího řízení bez uveřejnění o to důsledněji) splnil svoji povinnost označit důkazy na podporu svých tvrzení ohledně oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění. Na žalovaném pak je, aby tyto důkazy provedl a učinil závěr, zda z takto provedených důkazů naplnění konkrétních důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění v konkrétní zadavatelské situaci plyne či nikoli. Obecná zákonná i judikatorní východiska ohledně povahy a nositele důkazního břemena, resp. zásady vyšetřovací v sankčních správních řízeních, tak nejsou prolamována nikterak principiálně, pouze musí být zohledněno, že žalovaný v přezkumných řízeních týkajících se oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění nemůže rozhodovat o oprávněnosti konkrétních a přesně k proběhlému jednacímu řízení bez uveřejnění se vztahujících důvodů, aniž by je měl do všech nezbytných detailů od zadavatele předestřeny.“

Závěr

Autor se na uvedených praktických příkladech z rozhodovací praxe správních soudů v oblasti veřejných zakázek pokusil demonstrovat (možná na první pohled nezřetelné) možnosti správních soudů interpretovat, event. dotvářet právo vlastní rozhodovací praxí. Dotváření práva soudy nepřekračující dikci a účel zákona je bezesporu významným faktorem pro racionální aplikaci práva, což je dle názoru autora právě případ soudní judikatury ohledně zákonnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu krajně naléhavé okolnosti a z ní vyplývajícího požadavku na (časovou i věcnou) limitaci v tomto zadávacím řízení poptávaného plnění. Kriticky se však autor staví k „rozšíření“ podmínek pro použití jednacího řízení

bez uveřejnění z důvodu existence výhradních práv (původního) dodavatele o podmínku nezavinění stavu exkluzivity zadavatelem v původním zadávacím řízení a posuzování možnosti objektivně předvídat budoucí potřebu změn plnění v budoucnu, neboť zákonodárce podmínky pro použití tohoto druhu zadávacího řízení konkrétně v zákoně o zadávání veřejných zakázek stanovil a judikaturou zastávaný právní výklad použití předmětného ustanovení § 63 odst. 3 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek prakticky téměř vylučuje, což dle názoru autora nebylo zamýšleným cílem zákonodárce. Excesivní spatřuje autor závěry (bohužel ustálené) judikatury správních soudů, které aprobuji přenesení důkazního břemena ve správních řízeních před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže, jejichž předmětem je přezkum naplnění podmínek pro zadávání veřejných zakázek prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, na účastníka správního řízení – zadavatele – bez zákonného podkladu, resp. v rozporu s právní úpravou správního řízení zakotvenou ve správním řádu, podle něhož by taková řízení měla být ovládána striktně zásadou vyšetřovací, čímž mimo jiné umožňují správnímu orgánu nezabývat se meritem těchto sporů, tedy posouzení hmotněprávního naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění; tento dlouhodobě trvající stav nelze označit jinak než jako tristní, a to i přes (pochopitelnou) potřebu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dozvědět se od zadavatelů relevantní skutečnosti pro posouzení naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění s ohledem na specifika tohoto zadávacího řízení a postavení správního orgánu při jejich přezkumu. Tato potřeba však dle názoru autora nemůže převážet nad zásadami ovládajícími správní řízení napříč tuzemským právním řádem a je-li to odůvodněno, pak by si takto významná výjimka z uvedených zásad měla nalézt cestu do právního řádu, pravděpodobně jako speciální norma upravující důkazní břemeno ve správních řízeních o přezkumu zadávání veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění, nikoliv prostřednictvím odkazu na rozsudky Soudního dvora Evropské unie a následné rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a správních soudů, neboť takový stav fakticky odporuje základním principům právního státu, mimo jiné i principu dělby moci.

Shrnutí:

Článek je věnován problematice soudního dotváření práva, především jeho ústavním a zákonným limitům, kdy autor na konkrétních praktických příkladech z oblasti práva veřejných zakázek demonstruje hranice mezi přípustným a excesivním dotvářením práva správními soudy.

Judicial completion of law – summary:

The article is devoted to the issue of judicial completion of law, especially its constitutional and legal limits, where the author demonstrates the boundaries between admissible and excessive completion of law by administrative courts by specific practical examples from the field of public procurement law.