

Lucie Řezníčková, Petr Novotný, Tomáš Svoboda

# Zákaz sebeobviňování v kontextu dokazování v řízení o nezákonnosti postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění

## Úvod

Zákaz (nucení k) sebeobviňování představuje významnou procesní zásadu, která svědčí (vybraným) subjektům v řízení před orgány veřejné moci. Tato zásada se projevuje zejména jako právo osoby odeprít výpověď, která by mohla přispět ke stíhání jí samé anebo osoby blízké pro trestný čin nebo správní delikt. Její uplatnění ve veřejné správě je proto široké, obdobně jako je široká zejména přestupková agenda. Nepřekvapí proto, že zásada zákazu sebeobviňování má své místo i v kontextu zadávání veřejných zakázek.

Za specifické považujeme uplatnění zásady zákazu sebeobviňování v kontextu řízení o přezkoumání nezákonnosti postupu zadavatele v *jednacím řízení bez uveřejnění* (dále též „JŘBU“). Tento způsob zadání veřejné zakázky lze chápat jako významnou výjimku z „běžného“ zadávání, která je opodstatněná a přípustná na základě naplnění relativně přísných podmínek. Nesprávné využívání této výjimky totiž vede k omezení hospodářské soutěže. Není proto překvapivé, že zadávání veřejných zakázek v JŘBU je předmětem přezkumu Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „ÚOHS“). Blíže se pak zaměříme na správní řízení dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále též „ZZVZ“) v otázce veřejnoprávního trestání zahajovaného ÚOHS z úřední povinnosti.<sup>1)</sup>

V praxi významnou otázkou v tomto kontextu je, kdo je tím, kdo má prokazovat (ne)naplnění podmínek pro uplatnění JŘBU. Má-li jím být ÚOHS, často narazí na problém neznalosti vnitřních poměrů zadavatele a obtížného hodnocení naplnění předmětných podmínek JŘBU z důvodů důkazní nouze. Má-li jím být zadavatel, v praxi mnohdy poskytne ÚOHS silné důkazy pro své obvinění. JŘBU je proto prostorem *střetu* mezi ochranou hospodářské soutěže a ochranou zadavatele vyvěrající (zejména) z obecného zákazu sebeobviňování.

Cílem tohoto diskusního příspěvku je problematiku v základních obrysech přiblížit, přičemž příspěvek podrobněji směřuje zejména na otázku povinnosti

<sup>1)</sup> Vedle přestupkových řízení vedených před ÚOHS v souvislosti s dodržováním povinností dle ZZVZ jsou před ÚOHS na základě ZZVZ zahajována řízení na návrh (§ 249 a násl. ZZVZ). Otázka uplatnitelnosti zásady zákazu sebeobviňování v návrhovém řízení před ÚOHS zde však ponecháme stranou.

předložení *ekonomické analýzy* pro využití JŘBU v přestupkovém řízení před ÚOHS dle ZZVZ, kterou považujeme za příklad situace, ve které není přesvědčivé v praxi uplatňované obrácení důkazního břemene.

## 1. JŘBU jako výjimka z hospodářské soutěže

Smyslem a účelem právní úpravy obsažené v ZZVZ je zajištění transparentní hospodářské soutěže a nepřímo i souvisejících zásad hospodářného, efektivního a účelného vynakládání veřejných prostředků.<sup>2)</sup> Avšak ZZVZ za určitých podmínek aprobejuje také situace, kdy je transparentní hospodářská soutěž potlačena, resp. dle § 63 a násl. ZZVZ je zadavatel v rámci JŘBU oprávněn poplat plnění *přímo* od konkrétního dodavatele bez nutnosti oslovení širšího okruhu dodavatelů.

Pomineme-li důvody pro uplatnění JŘBU v podobě „selhání“ předcházejícího běžného zadávacího řízení (např. pro nezáměr dodavatelů),<sup>3)</sup> typicky nachází své uplatnění v situacích, kdy zadavatel poptává unikátní plnění, které poskytuje výhradně jediný dodavatel. To může být důsledkem jak technické nekompatibility plnění od jiného dodavatele (např. nakupování rozšiřujících prvků k plnění poskytovanému výhradním výrobcem), tak se může jednat o případy, kdy zadavatel nedisponuje dostatečnými licenčními oprávněními k zásahu do současného plnění (zejména autorskoprávními – např. k softwaru).<sup>4)</sup> Tyto situace bývají označovány jako tzv. *vendor lock-in*<sup>5)</sup>, jehož důsledkem je možnost uspokojení zadavatele pouze jedním dodavatelem. Vzhledem k této skutečnosti je pro JŘBU charakteristická malá míra transparentnosti, hospodářské soutěže i vnější kontroly.<sup>6)</sup> Svou neformálností se přibližuje běžnému kontraktačnímu postupu při sjednávání smlouvy podle soukromého práva.<sup>7)</sup>

To je pochopitelně problematické z pohledu zajištění účelu sledovaného ZZVZ. Proto je uplatnění JŘBU spojeno s relativně přísnými podmínkami, které mají předcházet zejména účelovosti využívání JŘBU, a tudíž vyloučení hospodářské soutěže bez objektivních důvodů. Rozhodovací praxe tyto podmínky pro uplatnění JŘBU rozděluje na tři kategorie: „*Použití jednacího řízení bez uveřejnění je možné za kumulativního splnění formální podmínky, materiální podmínky, a nakonec podmínky ekonomické výhodnosti užití jednacího řízení bez uveřejnění, [...].*“<sup>8)</sup>

<sup>2)</sup> Jde o tzv. *principy 3E*; podrobněji nejen k jejich vymezení těchto principů např. PAVEL, J.: *Veřejné zakázky a efektivnost*. Praha: Ekopress, 2013, s. 17 a násl.

<sup>3)</sup> Srov. § 63 odst. 1 ZZVZ.

<sup>4)</sup> Srov. § 63 odst. 3 ZZVZ.

<sup>5)</sup> Volně přeloženo jako „uzamčení zadavatele ve vztahu s konkrétním dodavatelem“. Používáno je rovněž spojení „stav exkluzivity“; podrobněji viz JELÍNEK, K.: *Zadáování veřejných zakázek na IT. Vybrané povinnosti zadavatele*. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 7 a násl.

<sup>6)</sup> Viz např. rozhodnutí ÚOHS ze dne 12. 10. 2018, č. j. ÚOHS-S0355/2018/VZ-29780/2018/541/AHr.

<sup>7)</sup> ŠEBESTA, M. a kol.: *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 496.

<sup>8)</sup> Viz rozhodnutí ÚOHS ze dne 3. 1. 2019, publikované pod R0172/2018.

Podstatou *formální podmínky* je naplnění odpovídajícího zákonného důvodu pro použití JŘBU; v praxi jde zpravidla o naplnění § 63 odst. 3 písm. b) či c) ZZVZ.<sup>9)</sup> K těmto důvodům přistupuje také § 63 odst. 4 ZZVZ, dle kterého „[p]odmínky podle odstavce 3 písm. b) a c) jsou splněny pouze v takovém případě, že nelze využít jiného přiměřeného řešení a že zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.“

V praxi problematičtější je již zmíněná *materiální podmínka*, potažmo podmínka suplovaná *ekonomickou výhodností* postupu v JŘBU navázanou na dodržování principů 3E.<sup>10)</sup> Dle rozhodovací praxe ÚOHS „[m]ateriální podmínka nepochybně naplněna není mimo jiné tehdy, pokud zadavatel zákonný důvod vytvořil svým zaviněným jednáním.“<sup>11)</sup> Jde-li o poslední uvedenou podmínku *ekonomické výhodnosti* JŘBU, pak tato přistupuje k výše uvedených podmínkám v podobě alternativního řešení (ne)naplnění materiální podmínky, přičemž v jejím rámci „musí zadavatel před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění zvážit, zda je takový postup ekonomicky výhodný“, resp. „[j]ednací řízení bez uveřejnění je pak dovoleno jen tehdy, je-li to z pohledu hospodárnosti nakládání s veřejnými prostředky ekonomicky výhodné.“<sup>12)</sup>

Dodejme, že nenaplnění těchto podmínek může vést ke spáchání přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ. S ohledem na skutečnost, že ÚOHS se k přezkumu zadavatele uplatňujícího JŘBU dostane zpravidla až po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, bude mít řízení před ÚOHS v tomto kontextu typicky sankční charakter.<sup>13)</sup>

## 2. Obracení důkazního břemene ve zkoumaném kontextu

### 2.1 Prokazování podmínek pro využití JŘBU

Je to právě hodnocení (ne)naplnění uvedené materiální podmínky, potažmo podmínky *ekonomické výhodnosti*, které se ukazuje jako problematické v kontextu trestání ze strany ÚOHS. Dle ustálené rozhodovací praxe totiž platí, že zadavatel veřejné zakázky v JŘBU musí naplnit nejen výše uvedené podmínky, ale také je to právě zadavatel, kdo je povinen svůj postup v JŘBU „obhájit“. Jinými slovy řečeno, prokázání naplnění předmětných podmínek je přeneseno do sféry zadavatele – obviněného z přestupku.

Jak v tomto duchu judikovaly správní soudy: „[...] důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících zadání zakázky určitému dodavateli nese ten, kdo se jich dovolává (rozsudek ze dne 10. 3. 1987 Komise proti Itálii, 199/85, bod 14)“; resp. „zadavatel musí prokázat nejen existenci ‚technických důvodů‘, ale také, že kvůli těmto technickým důvodům bylo ‚naprosto nezbytné‘ (‚absolutely essential‘)

<sup>9)</sup> Pro zjednodušení pomíjíme jiné důvody, např. zmíněné „selhání“ běžného zadávacího řízení (§ 63 odst. 1 ZZVZ) či krajně naléhavé okolnosti (§ 63 odst. 5 ZZVZ).

<sup>10)</sup> Srov. rozsudek NSS ze dne 11. 1. 2013 č. j. 5 Afs 42/2012-53.

<sup>11)</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 3. 1. 2019, publikované pod R0172/2018.

<sup>12)</sup> Podrobněji viz rozhodnutí ÚOHS ze dne 3. 1. 2019, publikované pod R0172/2018.

<sup>13)</sup> Srov. např. rozhodnutí ÚOHS ze dne 4. 7. 2023, publikované pod S0206/2023/VZ; rozhodnutí ÚOHS ze dne 26. 2. 2019, publikované pod S0017/2019/VZ; nebo rozhodnutí ÚOHS ze dne 27. 4. 2022, publikované pod S0184/2022/VZ.

zadat zakázku určitému uchazeči (bod 24 rozsudku).“<sup>14)</sup> Vyžaduje se tedy aktivita zadavatele v rozsahu povinnosti tvrdit rozhodné skutečnosti a označit relevantní důkazy a tvrzené skutečnosti také prokázat.<sup>15)</sup> Tyto závěry soudů přitom přetrvávají dodnes,<sup>16)</sup> i po rekonstrukci přestupkového práva,<sup>17)</sup> kterou byla tato oblast zřetelně přiblížena úpravě klasické trestněprávní odpovědnosti. V přestupkové oblasti se přitom jedná o nestandardní řešení, které zatěžuje zadavatele jako obviněného z přestupku nad rámec jeho běžných povinností v přestupkovém řízení.

Za tímto řešením lze pochopitelně nacházet určité důvody. Jsou jimi zejména i) snaha o omezení používání JŘBU s odkazem na veřejný zájem na zachování široké hospodářské soutěže, ii) transparentnost vynakládání veřejných prostředků a iii) předpoklad, že je to právě (či dokonce výhradně) zadavatel, který disponuje informacemi k ověření (ne)naplnění podmínek pro použití JŘBU.

Ve svém důsledku lze na uvedené řešení nahlížet jako na tzv. *obracení důkazního břemene*,<sup>18)</sup> resp. jako na „prolomení“ souvisejících zásad přestupkového (presumpce nevinny), potažmo obecného správního řízení (presumpce nevinny). Z našeho pohledu je zde dotčena již zmíněná obecná (ústavní) zásada zákazu sebeobviňování. A to navzdory absenci výslovného právního základu pro takové řešení v ZZVZ, resp. jedná se o řešení dovozené rozhodovací praxí ÚOHS, správních soudů a Soudního dvora Evropské unie (dále též „SDEU“). Ty přitom na toto řešení nenahlížejí jako na problematické, resp. jak výstižně poukazuje K. Jelínek,<sup>19)</sup> v soudní judikatuře se v tomto kontextu poněkud alibisticky konstatuje, že „[o]becná zákonná i judikatorní východiska ohledně povahy a nositele důkazního břemena, resp. zásady vyšetřovací v sankčních správních řízeních, tak nejsou prolamována nikterak principiálně [...]“<sup>20)</sup>

Nedomníváme se, že by naznačená koncepce byla vadná ve svém základu. V kontextu zadávání veřejných zakázek je totiž patrný silný důraz na ochranu veřejného zájmu, kterou lze toto řešení obecně legitimizovat (podrobněji níže). Nicméně obrácení důkazního břemene ve zkoumaném případě současně vykazuje také určité nuance, které nás vedou k závěru, že v některých případech bude přinejmenším sporné, ne-li již právně nedovolené. Krátce je však vhodné se zastavit u některých právních východisek, která se ve zkoumaném problému odrážejí. Jejich základ pak z našeho pohledu tvoří právě zásada zákazu sebeobviňování.

## 2.2 Bližší pohled na předmětné řízení před ÚOHS

ZZVZ blíže nespécifikuje procesní otázky řízení o přestupku vyjma vyloučení vybraných ustanovení PřestZ (§ 270 odst. 8 ZZVZ). Nejen v rovině dokazování proto ÚOHS postupuje dle nevyloučených ustanovení PřestZ a také (subsidiárně)

<sup>14)</sup> Rozsudek NSS ze dne 31. 8. 2015, č. j. 8 As 149/2014-68.

<sup>15)</sup> Srov. rozsudek NSS ze dne 12. 3. 2020, č. j. 10 As 372/2019-56.

<sup>16)</sup> Srov. rozsudek NSS ze dne 9. 3. 2023, č. j. 4 As 31/2023-26.

<sup>17)</sup> Zákonem č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále též „PřestZ“).

<sup>18)</sup> Podrobněji k problematice důkazního břemene v domácí literatuře např. LAVICKÝ, P.: *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*. Praha: Leges, 2017, s. 13 a násl.

<sup>19)</sup> Viz JELÍNEK, K., *op. cit.*, s. 115.

<sup>20)</sup> Rozsudek MS v Brně ze dne 5. 8. 2021, č. j. 62 Af 34/2018-267.

dle právní úpravy správního řádu (zákon č. 500/2000 Sb., dále též „SpŘ“).<sup>21)</sup> PřestZ přitom upravuje vybrané procesní instituty, u nichž je nezbytné reflektovat zejména trestní povahu přestupkového řízení jakožto zvláštního druhu správního řízení.<sup>22)</sup> V tomto duchu je pak nezbytné zajistit, aby zadavateli byla přiznána všechna základní práva obviněného a nedocházelo tak ke krácení jeho ústavně zaručených práv v situacích, kdy má být rozhodováno o jeho potrestání.<sup>23)</sup> Problematiky dokazování se nicméně PřestZ dotýká pouze okrajově (srov. § 82 PřestZ), což vytváří prostor pro aplikaci SpŘ. Při dokazování v řízení o přestupku před ÚOHS budou významné zejména obecné zásady jako jsou zásada vyšetřovací (§ 50 odst. 2 SpŘ) ve spojení se zásadou materiální pravdy (§ 3 SpŘ), z důkazních prostředků pak důkaz listinou (§ 53 SpŘ), potenciálně i výslech obviněného (§ 82 PřestZ).

Zásada materiální pravdy směřuje do skutkové stránky projednávané věci – správní orgán (ÚOHS) je povinen zjistit skutkový stav věci v míře jistoty, dle které nejsou o zjištěném skutkovém stavu důvodné pochybnosti. S naplněním zásady materiální pravdy úzce souvisí zásada vyšetřovací, která klade důraz na procesní aktivitu správního orgánu (ÚOHS). Dodejme, že obecně platí, že správní orgán je povinen obstarávat podklady pro vydání rozhodnutí, přičemž obviněný z přestupku má právo zůstat zcela nečinný.<sup>24)</sup> Do určité míry relativizujícím prvkem při uplatňování zásady vyšetřovací je povinnost obviněného označit důkazy na podporu svých tvrzení (§ 52 SpŘ),<sup>25)</sup> nicméně přímo povinnost tvrzení zde dána není. V žádném směru tak obviněný není povinen se jakkoliv bránit proti vzneseným obviněním či vyvracet jakákoliv tvrzení, když „[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“ (§ 50 odst. 3 SpŘ). I toto právo je projevem již zmíněné zásady zákazu sebeobviňování.

### 2.3 Bližší pohled na zásadu zákazu sebeobviňování

Jde-li o samotný zákaz sebeobviňování (*nemo tenetur se ipsum accusare*), představuje procesní zásadu, která svědčí (vybraným) subjektům v řízení před orgány veřejné moci. Jak již bylo zmíněno, zpravidla se projevuje jako právo osoby odepřít výpověď, která by mohla přispět ke stíhání jí samé anebo

<sup>21)</sup> Srov. PODEŠVA, V. a kol.: *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář* [online]. Wolters Kluwer, 2023.

<sup>22)</sup> Srov. FIALA, Z. a kol.: *Správní právo trestní*. 2. vyd. Praha: Leges, 2021, s. 47.

<sup>23)</sup> Srov. rozsudek NSS ze dne 22. 1. 2009, č. j. 1 As 96/2008-115.

<sup>24)</sup> Analogicky lze odkázat na nálezh ÚS ze dne 30. 11. 2010, sp. zn. Pl. ÚS-st. 30/10, kde bylo (*a contrario*) konstatováno, že v mezích čl. 37 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (dále též „Listina“) nelze po obviněném požadovat jakékoliv aktivní jednání.

<sup>25)</sup> Viz rozsudek NSS ze dne 22. 1. 2009, č. j. 1 As 96/2008-115, kde soud konstatoval, že „[n]aopak je na obviněném, jakou procesní strategii zvolí: může tedy od počátku do konce svůj čin popírat; přiznat se k němu a s orgánem vedoucím řízení spolupracovat při objasňování okolností činu; nebo se přiznat, poté (například v odvolání) ale svůj čin popřít a navrhnout důkazy svědčící pro tuto novou verzi. Obviněný v přestupkovém řízení není totiž povinen poskytovat správnímu orgánu při opatřování podkladů pro vydání rozhodnutí veškerou potřebnou součinnost, jak to od jiných subjektů správních řízení žádá § 50 odst. 2 správního řádu (srov. Vedral, J.: *Správní řád – komentář*. BOVA POLYGON, Praha 2006, výklad k § 50 odst. 2 na str. 334): z toho nutno dovodit jak to, že může být procesně i zcela pasivní, tak to, že k procesní aktivitě se může rozhodnout i v pozdější fázi řízení, a správní orgán se musí s touto jeho aktivitou (v podobě uplatňování nových tvrzení a navrhování nových důkazů) vypořádat.“

osoby blízké pro trestný čin nebo správní delikt. Její význam je však širší, resp. zahrnuje i jiné druhy „aktivity“ (povinnosti) přispívající k opatření důkazu proti sobě.<sup>26)</sup> Ve správním řádu je zásada zákazu sebeobviňování výslovně reflektována v § 55 odst. 4 SpŘ. Právo obviněného odepřít výpověď v řízení o přestupu v českém právním řádu dále explicitně zakotvuje ustanovení § 82 odst. 1 věta druhá PřestZ.

Především je však zákaz sebeobviňování ústavně garantované právo zakotvené v čl. 37 odst. 1 či v trestních a deliktních věcech v čl. 40 odst. 4 Listiny. Komentářová literatura se zákazem sebeobviňování pracuje jako s univerzální zásadou uplatňující se (nejen) v dokazování v rámci správního řízení<sup>27)</sup> bez ohledu na důkazní prostředek. Platí totiž, že o čl. 37 odst. 1 Listiny se může „[...] opřít kdokoliv, komu veřejná moc ukládá jakoukoliv důkazní povinnost. Půjde o svědky, ty, kdo mají předložit nějakou listinu, strpět ohledání apod. [...]“<sup>28)</sup> Rozhodovací praxe domácích trestních soudů aplikaci zásady zákazu sebeobviňování spojuje se situací, kdy je obviněný nucen přispívat k vlastnímu obvinění (odsouzení) pod tlakem či hrozbou sankce. Může se jednat např. o situaci, kdy obviněný poskytne součinnost při předkládání listinných důkazů, neboť v opačném případě mu bude uložena pokuta anebo bude stíhán za jiný trestný čin či správní delikt.<sup>29)</sup> Vedle domácího práva upravují tuto zásadu také mezinárodní lidskoprávní smlouvy, zejména je dovozována v rámci čl. 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále též „Úmluva“).

V souvislosti s úvahami o uplatnění zásady zákazu sebeobviňování v kontextu řízení před ÚOHS je vhodné pozastavit se nad okruhem osob, s nimiž má být právo dovolávat se zásady zákazu sebeobviňování spojeno. Ustanovení § 4 ZZVZ rozlišuje dvě kategorie zadavatelů: i) veřejného zadavatele, kterým je např. Česká republika a její organizační složky, územní samosprávné celky, ale i jiné právnické osoby, pokud splňují zákonné podmínky (§ 4 odst. 1 ZZVZ), a ii) zadavatele, kterým se může stát při zadávání nadlimitní veřejné zakázky i jakákoliv jiná osoba, která nespadá do kategorie veřejného zadavatele (§ 4 odst. 2 ZZVZ), v odborné literatuře označované též jako „dotovaný zadavatel“.<sup>30)</sup>

Ačkoliv veřejní zadavatele zpravidla vystupují vůči veřejnosti také jako vykonavatelé (jejich orgány) veřejné moci a bylo by u nich možné diskutovat o tom, zda nebo v jakém rozsahu jim mají svědčit základní práva plynoucí z Listiny a lidskoprávních smluv (Úmluvy aj.), zadávací řízení je *stricto sensu* soukromoprávním kontraktním procesem s formalizovanými veřejnoprávními prvky.<sup>31)</sup> I na veřejného zadavatele je tedy potřeba v kontextu ZZVZ nahlížet nikoliv jako na nositele či vykonavatele veřejné moci, nýbrž jako na subjekt soukromého práva (tj. „běžnou“ právnickou osobu).

<sup>26)</sup> Viz usnesení NS ze dne 25. 1. 2023, č. j. 7 Tdo 1196/2022-582.

<sup>27)</sup> Ale také např. v rámci postupů před jeho zahájením (srov. § 137 odst. 1 *in fine* SpŘ).

<sup>28)</sup> KOPA, M.: Čl. 37 [Právo odepřít výpověď a procesní rovnost]. In: HUSSEINI, F. a kol.: *Listina základních práv a svobod* [online]. 1. vyd. (1. aktualizace). Praha: C. H. Beck, 2021.

<sup>29)</sup> Srov. např. usnesení NS ze dne 14. 9. 2022, č. j. 5 Tdo 691/2022.

<sup>30)</sup> Viz ŠEBESTA, M. a kol.: *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 33. V minulosti ZZVZ a odborná literatura používali pojmosloví jako "sektorový zadavatel", "dotovaný zadavatel". Dnešní právní úprava s těmito pojmy již nepracuje.

<sup>31)</sup> Viz rozsudek NSS ze dne 25. 11. 2019, č. j. 9 As 179/2018-44.

Je nicméně vhodné zabývat se otázkou, do jaké míry svědčí právo nebýt nucen k sebeobviňování právníckým osobám vůbec. Jde totiž o otázku, která prodělala v čase určitý vývoj. Prvotní judikatura Evropského soudu pro lidská práva (dále též „ESLP“) aplikovala zásadu zákazu sebeobviňování pouze na fyzické osoby a aplikaci u právníckých osob neuvažovala.<sup>32)</sup> Judikatura SDEU se sice touto otázkou zabývala, nicméně s prostým konstatováním, že členské státy poskytují v tomto ohledu právníckým osobám různou míru ochrany; nelze tedy konstatovat, že by uplatnění zásady zákazu sebeobviňování vyplývalo přímo z unijního práva.<sup>33)</sup> Nicméně pozdější rozhodovací praxe obou těchto soudů dospěla k závěru, že zásada zákazu sebeobviňování se (byť v poněkud odlišném rozsahu) aplikuje i u právníckých osob.<sup>34)</sup>

Pro účely tohoto textu je pak podstatné, že právnícká osoba – zadavatel – bude povinna poskytnout dokumenty, kterými má ze zákona disponovat. V kontextu zadávacího řízení to může být zejména zadávací dokumentace, smlouva na veřejnou zakázku, ale také doklady o provedených platbách.<sup>35)</sup> Zadavatele naopak není možné nutit k vytváření zcela nových písemností, které by obsahovaly více než objektivní konstatování faktického stavu (např. ekonomických či právních stanovisek). Při formulaci závěrů o (ne)uplatnění zásady zákazu nucení k sebeobviňování v rozhodovací praxi však nelze odhlédnout od toho, že ESLP posuzuje porušení základních práv výhradně v kontextu Úmluvy, nikoliv v kontextu vnitrostátního práva daného státu. Uvedené je ale třeba chápat jako možnost zvýšené ochrany vnitrostátním právem, nikoli podkročení standardu Úmluvy.

Lze dodat, že aplikovatelnost zákazu sebeobviňování vůči obviněnému zadavateli vystupujícímu z pozice (podnikající) fyzické osoby anebo z pozice právnícké osoby je přijímána i v rovině vnitrostátního práva. Jak konstatuje M. Kopa: „Je otázkou, zda zahrnuje kromě fyzických osob i osoby právnícké, jednájící skrze své statutární orgány či zaměstnance (§ 161 až 167 ObčZ). Co se týče ‚základní verze‘ zákazu sebeobviňování, která nebere v potaz osoby blízké, jsou podle našeho názoru jejími subjekty kromě fyzických osob i právnícké osoby. ÚS to ve své judikatuře připustil. Jinak by totiž mohlo docházet k obcházení práva nevypovídat (III. ÚS 451/04, srov. Mates, Púry 2019 s. 8).“<sup>36)</sup>

<sup>32)</sup> Srov. např. rozsudek ESLP ze dne 17. 12. 1996, ve věci č. 19187/91 (*Saunders proti Velké Británii*), nicméně je nutno poznamenat, že toto je dáno osobou stěžovatele, kterým byla fyzická osoba, obdobně v dalších případech, viz. dále. Aplikace na právnícké osoby by tudíž byla ze strany ESLP pouhým *obiter dictum*.

<sup>33)</sup> Rozsudek SDEU ze dne 18. 08. 1989, ve věci C-374/87 (*Orkem proti Komisi*).

<sup>34)</sup> V případě ESLP lze jmenovat rozsudek De Legé proti Nizozemsku ze dne 30. 1. 2023, ve věci č. 58342/15 (*De Legé proti Nizozemsku*), kde ESLP k aplikaci zásady zákazu sebeobviňování u právníckých osob přistupuje vlastním způsobem, nicméně aplikuje ji. V případě SDEU se jedná o rozsudek ze dne 28. 01. 2021, ve věci C-466/19 P (*Qualcomm & Qualcomm Europe proti Komisi*), kde SDEU připustil aplikovatelnost zásady zákazu sebeobviňování i u právníckých osob, avšak s omezením na dokumenty, které již existují nebo jimi právnícká osoba má *ex lege* povinnost disponovat. SDEU nicméně připustil i povinnost právnícké osoby vytvářet dokumenty, které dokládají skutečnost, která existuje nezávisle na vůli právnícké osoby (nesmí však jít o názory, hodnocení nebo v krajním případě prohlášení viny apod.).

<sup>35)</sup> Nezávisle na tom, zda má zadavatel těmito doklady disponovat podle ZZVZ nebo jiného právního předpisu.

<sup>36)</sup> KOPA, M.: Čl. 37 [Právo odepřít výpověď a procesní rovnost]. In: HUSSEINI, F. a kol.: *Listina základních práv a svobod* [online]. 1. vydání (1. aktualizace). Praha: C. H. Beck, 2021.

### 3. Potřeba přiměřenosti?

Domníváme se, že výše uvedená východiska posuzování podmínek pro uplatnění JŘBU lze nahlížet tak, že zde dochází ke střetu dvou obecných, resp. ústavních rovin. První touto rovinou je ústavní zákaz nucení k sebeobviňování, potažmo právo na spravedlivý proces, ze kterého vyplývají některé trestní procesní zásady (např. zmíněná presumpce nevinny). Avšak ani zákaz nucení k sebeobviňování či právo na spravedlivý proces nejsou absolutními ústavně garantovanými základními právy, nýbrž jsou právy tzv. *relativními*, u nichž je omezování jejich pojmovým znakem.<sup>37)</sup>

Druhou – zde protichůdnou – rovinou jsou důvody pro omezení uvedených práv. V tomto případě jimi nejsou jiná (subjektivní) základní práva, nýbrž některá právně (ústavně) relevantní východiska veřejného zájmu<sup>38)</sup> projevující se v oblasti zadávání veřejných zakázek. Těmi je zejména *veřejný zájem* na zajištění transparentního soutěžního prostředí a hospodárného, efektivního a účelného vynakládání veřejných prostředků v rámci zadávání veřejných zakázek, který může být neopodstatněným využíváním JŘBU dotčen, potažmo sekundárně obecný veřejný zájem na realizaci efektivního správního trestání<sup>39)</sup> na tomto úseku.<sup>40)</sup>

Veřejný zájem je pojem obecný, nicméně je třeba jej vykládat v kontextu cílů, ke kterým předmětná právní úprava směřuje, tak i (zejména) v kontextu skutkových okolností daného případu.<sup>41)</sup> Veřejný zájem je v právním řádu zakotven již na ústavní úrovni (čl. 11 Listiny) a bývá zpravidla charakterizován jako „[...] druh zájmu, který je obecně prospěšný (zejména zájem státu či jiné veřejnoprávní korporace), opak čistě soukromého zájmu. Uplatňuje se v tvorbě, interpretaci a v aplikaci práva, zvláště jako jeden ze dvou důvodů zákonné limitace základních práv a svobod.“<sup>42)</sup> V rovině hospodaření s tzv. veřejným majetkem (kam v širším smyslu spadá i zadávání veřejných zakázek) se pak veřejný zájem projevuje zejména jako právo občanů<sup>43)</sup> kontrolovat toto hospodaření, což je uznáváno i v judikatuře Ústavního soudu.<sup>44)</sup> Veřejný zájem, resp. jeho ochrana a prosazování, je základní zásadou taktéž v činnosti správních orgánů (§ 2 odst. 4 SpŘ), včetně ÚOHS.

<sup>37)</sup> Viz BARTOŇ, M.: II. Interpretace a aplikace základních práv. Omezování základních práv. In: BARTOŇ, M. a kol. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 86 a násl.

<sup>38)</sup> V literatuře z oblasti základních práv se hovoří o tzv. veřejných statcích (srov. např. tamtéž, s. 77).

<sup>39)</sup> Již obecně lze jako veřejný zájem, resp. veřejný statek hodný ústavní ochrany chápat efektivní výkon veřejné moci (viz HEJČ, D., SVOBODA, T.: *Zákon o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 115).

<sup>40)</sup> V konečném důsledku je zde však opět chráněn primární hospodářský veřejný zájem.

<sup>41)</sup> Srov. rozsudek NSS ze dne 23. 10. 2003 č. j. 2 As 11/2003-164.

<sup>42)</sup> GERLOCH, A.: Veřejný zájem. In: HENDRYCH, D. a kol.: *Právní slovník*. [online]. Praha: C. H. Beck, 2009.

<sup>43)</sup> Zejména daňových poplatníků podílejících se na tvorbě veřejných prostředků.

<sup>44)</sup> Viz náleží ÚS ze dne 30. 3. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 2/10: „[...] hospodaření s majetkem státu (tedy mj. soukromoprávní vztahy, na jejichž jedné straně vystupuje stát) je nepochybně veřejným zájmem (a to již proto, že jde o hospodaření s penězi vybranými mj. od daňových poplatníků, pročež ti mají legitimní nárok kontrolovat jej; k tomu srov. též maximu priority jednotlivce před státem coby náležitostí právního státu), takže na něj smysl a účel čl. 17 Listiny a čl. 10 Úmluvy dopadá. [...] Tím tak zákonodárce zdůraznil explicitně, že otázka hospodaření s veřejnými prostředky je ve veřejném zájmu, že má podléhat veřejné kontrole.“

Výsledkem se zdá být přinejmenším možnost „oslabení“ některých procesních zásad, která je patrná i v rozhodovací praxi ÚOHS, dle které SpŘ připouští jisté výjimky z dodržování zásady vyšetřovací a zásady materiální pravdy, když stanoví, že správní orgán v souladu s nimi postupuje za předpokladu, že ze zákona nevyplývá něco jiného; resp. „[...] neznamená to, že z tohoto pravidla není přípustná výjimka, resp. že toto pravidlo nemůže být relevantním právním předpisem či judikaturou správních soudů modifikováno či oslabeno. Tak se tomu stalo i v právě posuzované věci v souvislosti s prokazováním důvodů pro oprávněné uplatnění § 63 odst. 3 písm. b) ZZVZ. [...] S odkazem na již výše prezentované mohu i tuto námitku zadavatele, spočívající v torzené rezignaci Úřadu [ÚOHS – pozn. aut.] na zjišťování stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti, jako nedůvodnou odmítnout.“<sup>45)</sup>

Bez ohledu na citované závěry však má platit, že naznačené oslabení základních procesních práv účastníka řízení (obviněného) musí být *proporcionální*. Tedy musí být vyvažováno v kontrastu s cílem, ke kterému má ono oslabení směřovat. Kolize omezitelných základních práv s jinými právy je v zásadě řešena za pomoci principu proporcionality, a to v každém jednotlivém případě samostatně s přihlédnutím ke skutkovým okolnostem daného případu.<sup>46)</sup> Jádrem principu (resp. odpovídajícího testu) proporcionality pak tkívá ve snaze o „[...] *minimalizaci zásahu do druhého z nich podle principu vyváženosti těchto práv. Nelze tedy absolutizovat jedno základní právo na úkor práva druhého* [...]“<sup>47)</sup> Uvedené obdobně platí o pro omezování základních práv ústavně relevantními veřejnými zájmy.<sup>48)</sup>

Aniž bychom považovali za nutné podrobněji aplikovat test proporcionality na zkoumaný kontext, což lze bez návaznosti na konkrétní případ činit jen obtížně, domníváme se, že lze konstatovat přinejmenším to, že oslabení procesního postavení zadavatele jako obviněného na základě využití JŘBU nemá být jakousi automatickou, paušální možností ÚOHS, resp. že takto nelze dosavadní rozhodovací praxi chápat. Naopak má být pečlivě váženo, ve kterých situacích k obrácení důkazního břemene přistoupit. Domníváme se, že tak tomu v praxi vždy není, jak je naznačeno v navazující části textu.

#### 4. Kde přiměřenost nespátřujeme – ekonomická analýza

##### 4.1 Povinnost předložení ekonomické analýzy

Pomyslným kamenem úrazu v (přestupkovém) řízení před ÚOHS o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky v JŘBU s odkazem na § 63 odst. 3 písm. b) nebo c) ZZVZ bývá (ne)naplnění již zmíněné materiální podmínky pro postup v JŘBU. Zadavatelé nejsou zpravidla schopni prokázat, že se sami svým jednáním nezasadili o vznik *vendor lock-in*<sup>49)</sup> anebo jej dále neprohlubovali.<sup>50)</sup> Přitom ani skutečnost, že *vendor lock-in* vznikl

<sup>45)</sup> Rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 29. 9. 2016, č. j. R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř (přičemž toto rozhodnutí se vztahuje k ustanovení § 23 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách).

<sup>46)</sup> Srov. nálezy ÚS ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97.

<sup>47)</sup> Nález ÚS ze dne 12. 10. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 24/2000.

<sup>48)</sup> Viz BARTOŇ, M., op. cit., s. 86 a násl.

<sup>49)</sup> Podrobněji viz JELÍNEK, K., op. cit., s. 38–39.

<sup>50)</sup> Viz rozsudek KS v Brně ze dne 17. 10. 2019, č. j. 62 Af 30/2018-101, kde se uvádí, že „[...] je totiž

historicky v době, kdy zadavatel nebyl povinen reflektovat právní úpravu ZZVZ a neexistovaly dnešní judikaturní závěry, zadavatele nezavazuje povinnosti zahájit (otevřenější) zadávací řízení na veřejnou zakázku, potažmo jednat proaktivně směrem k vyvázání se z *vendor lock-in*.<sup>51)</sup>

V souvislosti s materiální podmínkou se rozvinula rozhodovací praxe, která dovozuje, že nenaplnění této podmínky může za určitých podmínek suplovat ekonomická výhodnost postupu zadavatele v JŘBU. Důvod pro přijetí této „alternativy“ je možné spatřovat zejména ve snaze reflektovat (veřejný) zájem na hospodárném, efektivním a účelném vynakládání veřejných prostředků.<sup>52)</sup> I přestože se rozhodovací praxe kloní spíše k názoru, že „[v] případě porovnání zájmu na otevřené soutěži z důvodu transparentnosti a ekonomické hospodárnosti zvoleného řešení je zájem na zadání zakázky v otevřeném zadávacím řízení silnější, tzn. že argument ekonomické výhodnosti obecně neobstojí jako odůvodnění zadání zakázky mimo otevřené řízení“,<sup>53)</sup> je hodnocení ekonomické výhodnosti zadavatele podstatným aspektem přezkumu postupu zadavatele v JŘBU před ÚOHS. Konkrétněji, jak připouští i judikatura, v některých případech může být cestou jak se „vyvázat“ z *vendor lock-in*.<sup>54)</sup> Argumentace ekonomickou výhodností proto otvírá prostor pro mnoho zadavatelů, kteří se v minulosti dostali do *vendor lock-in* a nyní čelí potenciálnímu postihu ze strany ÚOHS.

Nicméně současná rozhodovací praxe ÚOHS, tuzemských soudů i SDEU dovozuje, že důkazní břemeno k prokázání ekonomické výhodnosti postupu zadavatele v JŘBU leží *výhradně* na samotném zadavateli. Jinak řečeno, v rámci přestupkového řízení před ÚOHS se tak vyžaduje procesní aktivita zadavatele, která přesvědčivě a přezkoumatelně doloží „[...] ekonomickou výhodnost jeho postupu jako celku, tj. od zadání původní veřejné zakázky po navazující zadávací řízení formou jednacího řízení bez uveřejnění, nikoliv pouze finanční výhodnost dílčího zadávacího řízení navazujícího na nešikovný postup zadavatele při zadání původní veřejné zakázky. Jen komplexní ekonomické zhodnocení prokazující zřejmou efektivnost zadavatelova postupu mohlo vést v dané věci k závěru, že žalobce byl oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek.“<sup>55)</sup>

Máme však pochybnosti, zda veřejný zájem na zachování hospodářské soutěže převáží nad ústavně chráněnou zásadou zákazu nucení k sebeobviňování

---

toho názoru, že by se nutně přičila rozumnému pohledu na zadavatelské prostředí klidná akceptace stavu exkluzivity, ‚navždy‘ (po několik desetiletí) trávající, jen proto, že nově vznikající smlouvy navazují na smlouvy uzavřené ‚kdysi dávno‘.“ Obdobně také rozsudek KS v Brně ze dne 5. 2. 2020, č. j. 31 Af 18/2018-131.

<sup>51)</sup> Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 9. 1. 2025 ve věci C-578/23.

<sup>52)</sup> JELÍNEK, K. a kol.: *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praktický komentář* [online]. Wolters Kluwer, 2022.

<sup>53)</sup> CRHÁKOVÁ, E.: Možnosti nákupu v návaznosti na již uskutečněnou investici dle ZZVZ, aneb limity použití jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu autorskoprávní ochrany [online]. *EPRAVO*. 2018 [cit. 15. 4. 2025]. Dostupné z: <[https://www.epravo.cz/top/clanky/moznosti-nakupu-v-navaznosti-na-jiz-uskutenou-investici-dle-zzvz-aneb-limity-pouziti-jednaciho-rizeni-bez-uvrejeni-z-duvodu-autorskopravni-ochrany-108275.html?utm\\_source=chatgpt.com](https://www.epravo.cz/top/clanky/moznosti-nakupu-v-navaznosti-na-jiz-uskutenou-investici-dle-zzvz-aneb-limity-pouziti-jednaciho-rizeni-bez-uvrejeni-z-duvodu-autorskopravni-ochrany-108275.html?utm_source=chatgpt.com)>.

<sup>54)</sup> Srov. rozsudek NSS ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs/42/2012 – 53; či rozsudek KS v Brně ze dne 5. 2. 2020, č. j. 31 Af 18/2018-131.

<sup>55)</sup> Rozsudek KS v Brně ze dne 18. 2. 2021, č. j. 30 Af 19/2019-115.

v případě povinnosti zadavatele předložit předmětnou ekonomickou analýzu. Nicméně posouzení této otázky se může zdánlivě v jednotlivých případech lišit, resp. z pohledu zadavatele lze formálně vymezit dvě kategorie situací, které mohou nastat.

Do první kategorie budou spadat situace, kdy zadavatel zadává relativně nevýznamnou veřejnou zakázku s nízkou finanční hodnotou, kde potenciální ohrožení veřejného zájmu na hospodárném nakládání s veřejnými prostředky nedosahuje významné intenzity (je srovnatelné např. s veřejnou zakázkou malého rozsahu). Zadavatel by pak mohl argumentovat, že jeho procesní práva by měla převážet nad tímto veřejným zájmem. V takovém případě by ÚOHS byl nucen obstarat si ekonomickou analýzu vlastními silami (k tomu podrobněji níže).

Druhou kategorií by představovaly situace, kdy zadavatel kontinuálně pořízuje v JŘBU plnění, jejichž hodnota v součtu dosahuje řádově vyšších jednotek (a více) milionů korun. Zadavatel v takové situaci již vynaložil „astronomické“ částky na provoz a udržování takového (zpravidla IT) plnění v součinnosti s konkrétním dodavatelem a veřejný zájem na prosoutěžním postupu zadavatele a hospodárném vynakládání veřejných prostředků pak nabývá zcela jiného významu. Průlom zásady zákazu nucení k sebeobviňování by se zde mohl jevit jako ospravedlnitelný.

Z hlediska procesního jsou však tyto situace identické. Zadavatel se dovolává určitého postupu, který představuje restriktivně vykládanou výjimku z běžných pravidel zadávání veřejných zakázek, a v souladu s ustálenou rozhodovací praxí leží v takovém případě důkazní břemeno ohledně skutečností rozhodných pro připuštění výjimky na zadavateli.<sup>56)</sup> V bazální rovině tedy rozhodovací praxe vcelku pochopitelně nerozlišuje mezi nastíněnými kategoriemi situací.

Pokud bychom měli uvažovat o změně v tomto přístupu, ÚOHS by měl v prvé řadě (vždy) provést test proporcionality, aby určil, zda veřejný zájem dosahuje dostatečné intenzity, aby mohlo dojít k přenesení důkazního břemene na zadavatele, museli bychom rovněž uvažovat o zásadním průlomu dosavadní rozhodovací praxe, která ponechává důkazní břemeno výhradně na zadavateli, a to bez ohledu na okolnosti. Do uvedených úvah však vstupuje další faktor, a to skutečnost, že ÚOHS disponuje prostředky a nástroji, jak si zajistit ekonomickou analýzu svými vlastními silami bez nutnosti zásahu do základního práva zadavatele.

#### 4.2 Provedení ekonomické analýzy ze strany ÚOHS

Bez ohledu na časovou náročnost provedení ekonomické analýzy ze strany ÚOHS by se v takovém případě jednalo minimálně o určité zmírnění zásahu do základního práva zadavatele a zřejmě taktéž možné proporcionalnější řešení.

---

<sup>56)</sup> Srov. např. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 14. 9. 2004, ve věci C-385/02, kde soud konstatuje, že pokud se zadavatel dovolává nějaké výjimky z pravidel pro zadávání veřejných zakázek, leží důkazní břemeno ohledně prokázání okolností svědčících ve prospěch uplatnění takové výjimky na zadavateli. Obdobně rozsudek NSS ze dne 28. 3. 2018, č. j. 2 As 292/2017-34.

Postup ÚOHS při zajišťování ekonomické analýzy by přitom v rozhodné fázi byl velice pravděpodobně totožný jako postup zadavatele. Oproti zadavateli však ÚOHS pochopitelně nesvědčí zákaz sebeobviňování, naopak jej tíží povinnost postupovat (nejen) v souladu se zásadou vyšetřovací, potažmo materiální pravdy. S ohledem na skutečnost, že zadavatel není povinen disponovat ekonomickou analýzou již v době zadání veřejné zakázky v JŘBU a zpravidla jí v praxi ani nedisponuje, zpracovával by ji (obdobně jako ÚOHS) až následně pro účely řízení<sup>57)</sup> a činil by obdobné kroky jako ÚOHS.

Těžiště skutkových zkoumání zadavatele i ÚOHS bude vždy zaměřeno na postup zadavatele v průběhu času – na reálně vynaložené náklady v souvislosti s pořízením předmětného plnění a realizaci navazujících veřejných zakázek v JŘBU – v porovnání s aktuální situací na relevantním trhu – finanční náročností zcela nového plnění prostého jakýchkoliv technických či právních vad zakládajících nutnost postupu v JŘBU.

V první fázi zadavatel přezkoumá své fakturační záznamy, aby zjistil finanční nákladnost doposud využívaného plnění. Zadavatel je pak povinen zohlednit i odhadované budoucí náklady na údržbu a rozvoj předmětného plnění do konce jeho zamýšlené životnosti. Tyto podklady si však může zajistit i sám ÚOHS. Dle § 50 odst. 2 SpŘ jsou „[...] účastníci povinni při opatřování podkladů pro vydání rozhodnutí poskytovat správnímu orgánu veškerou potřebnou součinnost.“ ÚOHS tak pro účely zjištění skutkového stavu věci „[...] může vyžadovat po účastnících řízení potřebnou součinnost. Může přitom však vždy jít jen o takové požadavky na účastníky řízení, které se nedostanou do rozporu se zákonem [...].“<sup>58)</sup> Zvláště náročné by pak na základě poskytnutých podkladů nemělo být ani učinění kvalifikovaného odhadu o budoucí finanční nákladnosti předmětu plnění.

Zadavatel by v této fázi tak pouze na výzvu ÚOHS předložil příslušné fakturační záznamy a nebyl by nucen činit žádné další kroky v rozporu se zásadou zakotvenou v čl. 37 odst. 1 Listiny. Ačkoliv by se nabízela otázka, zda i toto nebude v určitém ohledu představovat prolomení zákazu sebeobviňování, je třeba zdůraznit, že fakturační záznamy jsou součástí dokumentace o zadávacím řízení, kterou má zadavatel *ex lege* povinnost vést (§ 216 odst. 1 ZZVZ ve spojení s § 219 ZZVZ).<sup>59)</sup> Na rozdíl od pořízení ekonomické analýzy při takovém sledu událostí tedy zadavatel není přímo tlačěn do situace, kdy bude muset „vytvářet“ důkazy, které mohou svědčit v jeho neprospěch.

Ve druhé fázi bude zadavatel zjišťovat informace o finanční nákladnosti zcela nového plnění odpovídajícího funkcionalitám a parametrům současného plnění. Za tímto účelem zadavatel osloví relevantní dodavatele s žádostí o nacenění předmětu plnění, kterým v současné době disponuje. Nad rámec toho bude zadavatel požadovat i nacenění příslušných licenčních oprávnění/zdrojového kódu či předání potřebného *know-how* pro účely poptání navazujícího plnění v otevřené soutěži. I zde však platí, že i ÚOHS má řadu možností, jak předmětné informace získat bez přičinění zadavatele – přes analýzu smluv na veřejnou

<sup>57)</sup> Srov. rozsudek KS v Brně ze dne 7. 8. 2019, č. j. 62 Af 93/2017-94.

<sup>58)</sup> PRŮCHA, P.: *Správní řád s výkladovými poznámkami a vybranou judikaturou*. Praha: Leges, 2019, s. 178.

<sup>59)</sup> Nad to je zadavatel zpravidla povinen evidovat vystavené či uhrazené faktury pro účely naplnění povinností dle zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, a dalších relevantních předpisů.

zakázku s obdobným předmětem plnění povinně uveřejňovaných v Registru smluv až po přímé oslovení dodavatelů působících na relevantním trhu. Právě oslovení konkrétních dodavatelů ÚOHS může pomoci vnést světlo do přezkoumávané situace a poskytnout reálné informace o aktuální situaci na relevantním trhu.

Ať již bude průzkum trhu provádět sám zadavatel anebo ÚOHS, v obou případech je součinnost ze strany třetích subjektů (dodavatelů) nejistá a nikterak vynutitelná. Je totiž poměrně vysoká pravděpodobnost, že oslovené subjekty nebudou mít zájem poskytnout interní informace o nákladnosti předmětného plnění a potenciálně tím sami sebe znevýhodnit v rámci budoucího zadávacího řízení. Opět lze pouze uzavřít, že pozice zadavatele i ÚOHS je v tomto směru obdobná. Argumentace, že je to výhradně zadavatel, kdo zná důvody ospravedlňující jeho postup v JŘBU, pak nemohou obstát, neboť i ÚOHS je schopen si alternativní naplnění materiální podmínky vlastní činností ověřit.

V konečném důsledku se proto požadavek na předložení ekonomické analýzy zadavatelem jeví jako zbytečné zatěžování zadavatele, a především potenciální neproporcionální omezení zákazu sebeobviňování. V tomto duchu pak ani veřejný zájem na zachování hospodářské soutěže a účelném vynakládání veřejných prostředků z našeho pohledu nemá převážit nad uvedeným základním právem, neboť zpracování ekonomické analýzy zadavatelem není nezbytně nutným krokem (této povinnosti tížící zadavatele se lze zákonným způsobem vyhnout). ÚOHS by tak rovněž naplnil své povinnosti vyplývající ze SpŘ – včetně např. zásady vstřícnosti (§ 4 odst. 1 SpŘ). Výše nastíněný postup pak koreluje i se závěry nové – poněkud mírnější – soudní judikatury.

### **Závěr**

JŘBU je specifickým druhem zadávacího řízení, kdy je zásadním způsobem omezena až vyloučena otevřená hospodářská soutěž. Oprávněnost jeho využití je tak navázána na splnění formální a materiální podmínky plynoucích ze ZZVZ a rozhodovací praxe.

Formální podmínka směřuje výslovně na naplnění § 63 odst. 3 písm. b) nebo c) ZZVZ. Materiální podmínka cílí odpovědnost zadavatele za omezení (resp. vyloučení) hospodářské soutěže. Právě podíl zadavatele na vytvoření nucené spolupráce s konkrétním dodavatelem bývá v zadavatelské praxi důvodem pro závěry o nezákonnosti postupu zadavatele v JŘBU. Rozhodovací praxe pak dovedla, že nenaplnění materiální podmínky může být za jistých okolností kompenzováno ekonomickou výhodností postupu zadavatele v JŘBU, kterou je však nutné prokázat.

Otázka nezákonnosti postupu zadavatele v JŘBU ve světle stanovených podmínek je zkoumána (zpravidla) v rámci správního řízení o přestupku. Řízení o přestupku se svým charakterem blíží řízení trestnímu. Rozhodovací praxe a odborná literatura proto dovozují, že v přestupkovém řízení je nezbytné reflektovat i zásady uplatňující v trestním řízení a chránit tak práva obviněného z přestupku.

Jedním z uplatňujících se práv reflektujících trestní charakter přestupkového řízení je zásada zákazu sebeobviňování zakotvená na ústavní úrovni. V řízení o přestupku se uplatní i další procesní zásady jako je např. zásada vyšetřovací (§ 50 odst. 2 SpŘ) či zásada materiální pravdy (§ 3 SpŘ). V určitých případech jsou zmíněné zásady však modifikovány a do určité míry potlačovány, a to v rozporu se zásadou zákazu sebeobviňování. Příkladem takové praxe může být i řízení o přestupku spáchaném zadavatelem při zadávání veřejné zakázky v JŘBU.

V souvislosti s přezkoumáním postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky v JŘBU se v souladu se závěry rozhodovací praxe uplatňuje obrácené důkazní břemeno. Hlavní myšlenkou tohoto postupu je skutečnost, že pouze zadavatel zná důvody, pro které zvolil postup v JŘBU, a pouze zadavatel tak může být schopen prokázat naplnění zákonných podmínek pro JŘBU. Nadto zadavatel volí postup na základě výjimečného postupu dle ZZVZ, a proto by měl být schopen svůj postup náležitě obhájit.

Není-li zadavatel schopen prokázat naplnění materiální podmínky, může argumentovat ekonomickou výhodností svého postupu v JŘBU. Aby byl však s touto argumentací úspěšný, je *povinen předložit relevantní důkazy k prokázání svých tvrzení – např. příslušnou ekonomickou analýzu*. Ze závěrů ekonomické analýzy by pak mělo jednoznačně vyplývat, že postup zadavatele v JŘBU při zohlednění všech minulých i budoucích investic je hospodárnější než pořízení zcela nového (avšak relativně totožného) plnění „na zelené louce“. V takovém případě jsou to pak závěry ekonomické analýzy, které fakticky rozhodnou o výsledku řízení o přestupku.

Nucená aktivita zadavatele v podobě předložení klíčové ekonomické analýzy však vede k prolomení zásady zákazu sebeobviňování. Střetává se zde tedy veřejný zájem na zajištění otevřené hospodářské soutěže a v této souvislosti regulaci postupu zadavatelů v (netransparentním a uzavřeném) JŘBU a základní právo zákazu sebeobviňování přiznané zadavateli jakožto obviněnému ústavními zákony.

Střet vícera zásad či principů je nutné řešit prostřednictvím principu proporcionality, přičemž bude vždy záležet na skutkových okolnostech každého případu, který zájem či zásada převáží. V kontextu řízení o nezákonnosti postupu zadavatele v JŘBU se však lze této situaci vyhnout pouhým reflektováním pozice zadavatele a ÚOHS.

Ačkoliv je to jistě zadavatel, který nejlépe zná své důvody pro postup v JŘBU, nelze odhlédnout od skutečnosti, že i ÚOHS je schopen zjistit a ověřit skutečnosti rozhodné pro závěry o hospodárnosti postupu zadavatele v JŘBU. Fakticky lze říci, že samotný proces získávání informací stěžejních pro zpracování ekonomické analýzy se nebude lišit, ať již bude aktivita na straně zadavatele anebo na straně ÚOHS. ÚOHS je oprávněn vyžádat si od zadavatele dokumenty (faktury), kterými zadavatel ze zákona ve vztahu k pořízení plnění v JŘBU disponuje. Následně by se kroky zadavatele i ÚOHS ubíraly stejným směrem s cílem ověřit aktuální

podmínky na trhu při pořízení nového plnění oslovením relevantních dodavatelů. Ani zadavatele, ani ÚOHS přitom nedisponují donucovacími prostředky k zajištění součinnosti dodavatelů působících na relevantním trhu – pozice obou subjektů je tedy totožná. Za předpokladu, že relevantní dodavatelé poskytnou součinnost, ÚOHS v tuto chvíli disponuje veškerými informacemi nezbytnými pro zpracování ekonomické analýzy vlastními silami, aniž by byla vyžadována součinnost ze strany zadavatele překračující rámec zásady zákazu sebeobviňování. Nadto je takový postup ÚOHS žádaný i optikou dodržování zásady vyšetřovací. Časová či finanční náročnost tohoto postupu ÚOHS přitom z našeho pohledu nepředstavuje legitimní důvod pro omezení práv zadavatele (obviněného).

Domníváme se, že ve světle výše uvedeného lze uzavřít, že veřejný zájem na zajištění otevřené hospodářské soutěže nemůže převážet nad uplatňování zásady zákazu sebeobviňování jakožto základního práva zadavatele; resp. k omezení zásady zákazu sebeobviňování při prokazování ekonomické výhodnosti postupu zadavatele v JŘBU nespátřujeme legitimní důvod.

#### **Shrnutí:**

Příspěvek se zabývá polemikou nad uplatňováním zásady zákazu sebeobviňování (*nemo tenetur se ipsum accusare*) v kontextu dokazování v řízení o přestupku vedeném Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže ve věcech zákonnosti postupu zadavatele při zadávání veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění. Na pomyslné misky vah proti sobě autoři staví veřejný zájem v podobě ochrany hospodářské soutěže a základní (procesní) práva zadavatele jako obviněného. Jádrem diskutovaného problému je pak otázka důvodnosti uplatňování tzv. obráceného důkazního břemene ve věci naplnění podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Ve světle současné rozhodovací praxe je to totiž zadavatel, kdo je nucen jednat aktivně a prokazovat splnění podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, a to např. i včetně aktivního vytváření (usvědčujících) důkazů. Ve světle zásady zákazu sebeobviňování má však obviněný (zadavatel) právo zůstat zcela nečinný.

Text rozebírá právní východiska přestupkového řízení, význam zásady zákazu sebeobviňování a limity procesní aktivity zadavatele. Autoři argumentují, že v některých případech dochází k nepřiměřenému zásahu do základních práv zadavatele, neboť Úřad pro ochranu hospodářské soutěže je schopen získat rozhodné informace svou vlastní činností a plně v souladu se zásadami ovládajícími správní řízení o přestupku. Na základě principu proporcionality příspěvek navrhuje diferencovaný přístup k důkazní povinnosti a zdůrazňuje potřebu respektovat ústavní limity správního trestání.

**Klíčová slova:** zákaz sebeobviňování, jednacím řízení bez uveřejnění, důkazní břemeno, ÚOHS, přestupkové řízení.

**Prohibition of self-incrimination in the context of providing evidence in proceedings on the illegality of the contracting authority's actions in negotiated procedures without publication – summary:**

The paper addresses the debate surrounding the application of the principle of the privilege against self-incrimination (*nemo tenetur se ipsum accusare*) in the context of evidence-taking in administrative offence proceedings conducted by the Office for the Protection of Competition (ÚOHS) concerning the legality of a contracting authority's conduct when awarding public contracts through a negotiated procedure without prior publication. The authors weigh the public interest in protecting competition against the fundamental (procedural) rights of the contracting authority as the accused party.

At the core of the discussion lies the question of the justification for applying the so-called reversed burden of proof regarding the fulfilment of the conditions for using a negotiated procedure without prior publication. In light of current decision-making practice, it is the contracting authority that is required to act proactively and demonstrate that the conditions for such a procedure were met, even to the extent of actively producing (potentially self-incriminating) evidence. However, according to the principle of the privilege against self-incrimination, the accused (the contracting authority) has the right to remain entirely passive.

The text analyses the legal foundations of administrative offence proceedings, the significance of the privilege against self-incrimination, and the limits of the contracting authority's procedural activity. The authors argue that in certain cases, the contracting authority's fundamental rights are disproportionately interfered with, as the Office for the Protection of Competition is capable of obtaining the relevant information through its own activities, fully in line with the principles governing administrative offence proceedings. Based on the principle of proportionality, the paper proposes a differentiated approach to the evidentiary burden and emphasises the need to respect constitutional limits in administrative penalisation.

**Keywords:** prohibition of self-incrimination, negotiated procedure without publication, burden of proof, ÚOHS, administrative offence proceedings.