



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystrické a soudců Mgr. Petra Pospíšila a JUDr. Faisala Husseiniho, Ph.D., v právní věci

žalobce: **Česká republika – Ministerstvo vnitra**, IČO 00007064
sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha
zastoupený advokátem Mgr. Františkem Korbelem, Ph.D.
sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, 604 55 Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 12. 2017, č. j. ÚOHS-R0162/2017/VZ-36159/2017/322/DJa

takto:

- I. Žaloba **se zamítá**.
- II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Shora označeným rozhodnutím předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „předseda Úřadu“) zamítl odvolání žalobce a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 9. 2017, č. j. ÚOHS-S0298/2017/VZ-26507/2017/522/PKř, ve věci ve věci možného spáchání přestupku žalobcem coby zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „*Rámcová smlouva o poskytování technické podpory a rozvoje aplikačního software NS-VIS*“ v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, zahájeném na základě výzvy

k jednání ze dne 25. 5. 2016 (oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 6. 2016, v Úředním věstníku Evropské unie pak dne 17. 6. 2016; dále též „předmětná veřejná zakázka“). Tímto rozhodnutím žalovaný shledal, že se žalobce při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 téhož zákona, kdy předmětnou veřejnou zakázku z důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče IBM Česká republika, spol. s r. o., vytvořil sám žalobce v důsledku svého předchozího postupu při uzavření smlouvy o dílo ze dne 23. 10. 2006, č. j. ZM-162/VZ-2006, za účelem realizace projektu *Národního vizového informačního systému (NS-VIS)*, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a žalobce uzavřel dne 10. 6. 2016 s uvedeným vybraným uchazečem Rámcovou smlouvu o poskytování technické podpory a rozvoje aplikačního software NS-VIS. Za spáchání tohoto přestupku žalovaný uložil žalobci pokutu ve výši 1 000 000 Kč.

2. V odůvodnění rozhodnutí **žalovaný** vycházel z teze, že použití jednacího řízení bez uveřejnění [dále též „JŘBU“] podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele (tedy prokazatelně existuje jediný dodavatel schopný splnit předmět plnění veřejné zakázky), kdy tato neexistence však stojí na objektivních základech a není důsledkem vlastní činnosti zadavatele. Zadavatel by měl již při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky posoudit potřebu budoucích (navazujících) plnění a v případě existence takové potřeby uzavřít takovou smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli a umožní realizovat tato předpokládaná navazující plnění bez využití jednacího řízení bez uveřejnění. V opačném případě by totiž zadavatel byl s budoucím užitím jednacího řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky. Na základě judikatury Nejvyššího správního soudu (např. rozsudek sp. zn. 5 Afs 42/2012) je třeba od zaviněného vytvoření stavu exkluzivity odlišovat situaci, kdy zadavatel budoucí plnění předpokládat nemohl a uzavřel smlouvu zakládající exkluzivitu jednoho dodavatele, přičemž uzavření smlouvy v jiném širším znění by bylo dle aktuálně dostupných vědomostí zadavatele nevhodné (a až následně vyplyne, že uzavření smlouvy zakládající exkluzivitu bylo, vzhledem ke vzniku potřeby zadat navazující plnění, řešením „nešikovným“). Zásadní rozdíl je v tom, že takto vzniklý stav není zadavatelem zaviněný. Žalovaný přitom akcentoval zejména požadavek na restriktivní výklad podmínek využití JŘBU tak, aby nebyl tento druh zadávacího řízení, který z povahy věci vyvolává škodlivé účinky na hospodářskou soutěž, nadužíván. Prokázání důvodů použití JŘBU je plně na zadavateli, který by měl být schopen objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení doložit již před zahájením zadávacího řízení, a tyto důvody by měly trvat po celou dobu trvání jednání s dodavateli.
3. Jak vyplynulo z předložených podkladů, předmětem plnění dané veřejné zakázky bylo „*poskytování technické podpory provozu a zajištění rozvoje aplikace národní součásti vizového informačního systému NS-VIS od uzavření Rámcové smlouvy do 31. 3. 2019*“. NS-VIS, coby národní součást vizového informačního systému, je informační systém, který byl dodán na základě původní smlouvy o dílo a následně byl rozvíjen, resp. přepracován na základě smlouvy o poskytování dodávek a servisních služeb ze dne 14. 7. 2011. Z dokumentace předmětné veřejné zakázky je zřejmé, že JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách žalobce zvolil z důvodu ochrany autorských práv. Vybraný uchazeč je držitelem autorských práv, tudíž provedení jakýchkoliv úprav informačního systému bez jeho souhlasu by mohlo znamenat porušení autorských práv. K prokázání existence jediného dodavatele schopného splnit předmět plnění veřejné zakázky žalobce předložil znalecký posudek zpracovaný na základě jeho žádosti znaleckým ústavem APOGEO Esteem, a. s., v oborech ekonomika a kybernetika, pod č. 1208-197/2015, ze dne 15. 12. 2015. Tento znalecký

posudek však žalovaný vyhodnotil tak, že nepodává komplexní odpověď na otázku ohledně existence výhradních práv vybraného uchazeče, neboť jeho závěry nejsou opřeny o bližší odůvodnění, které by jednoznačně svědčilo ve prospěch existence výhradních práv vybraného uchazeče. Žalovaný proto nemohl bez dalšího jednoznačně potvrdit reálnou existenci výhradních práv vybraného uchazeče, resp. konstatovat, že by žalobce nade vší pochybnost naplnil formální podmínku použití JŘBU dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Z pouhého předložení smluvy a znaleckého posudku lze toliko dovodit, že systém NS-VIS lze považovat za autorské dílo. Žalovaný nicméně otázku, zda bylo možné realizovat předmětnou veřejnou zakázku jinak než výlučně zásahem do autorských práv původního dodavatele, blíže nezkoumal, neboť i kdyby se snad žalobci podařilo prokázat, že neexistuje subjekt odlišný od vybraného uchazeče, jenž by byl oprávněn k zásahu do informačního systému, nic to nemění na skutečnosti, že stav exkluzivity výhradních práv vybraného uchazeče byl způsoben konkrétním právním jednáním obviněného. Žalobce měl a mohl vědět o skutečnosti, že bude nezbytné do předmětného informačního systému zasahovat (nejedná se o jednorázový informační systém), pročť mu mělo být zřejmé, že nevyhradí-li si možnost takového zásahu, bude to právě a jen vybraný uchazeč, kdo bude moci další návazná plnění související s daným informačním systémem realizovat.

4. Žalovaný se následně zabýval naplněním materiální podmínky použití JŘBU z důvodu ochrany autorských práv. Shledal, že žalobce již v době uzavření prvotní smlouvy o dílo musel jednoznačně předpokládat, že určitý systém v oblasti vízové politiky bude nezbytné udržovat v provozu, a to především s ohledem na povinnosti vyplývající z rozhodnutí Rady Evropské unie ze dne 8. 6. 2004. Lze předpokládat, že právě proto byla předmětem plnění původní smlouvy o dílo rovněž podpora provozu systému NS-VIS, která však byla uzavřena pouze na dobu určitou. Žalobce tedy prokazatelně měl a mohl mít vědomí o potřebě budoucích aktualizací, úprav a dalšího rozvoje systému, neboť se jedná o systém, jenž slouží k výměně vízových údajů mezi jednotlivými členskými státy. Již v době pořizování systému NS-VIS muselo být žalobci zřejmé, že systém bude užívat dlouhodobě a bude třeba provádět různé úpravy, např. s ohledem na požadavky práva Evropské unie či uživatelů systému na národní straně. Nelze shledat, že činnosti, které jsou předmětem nynější veřejné zakázky, jsou činnosti neočekávané a vznikly v důsledku nepředvídatelných okolností. Na podporu opačných tvrzení přitom žalobce neoznačil žádný důkaz, a tedy neprokázal, že by postupoval pouze „nešikovně,“ tj. nezaviněně. Žalobci není vytýkán chybný postup při uzavírání původní smlouvy, ale chybný postup při vyhodnocení toho, zda byly splněny podmínky pro zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU.
5. Pokud by žalobce skutečně nepředpokládal zadání navazujícího plnění prostřednictvím JŘBU, přicházely pro něj v úvahu pouze dvě varianty. Buď, že přestane systém NS-VIS bez dalšího provozovat, což je s ohledem na povinnosti vyplývající z členství v Evropské unii a význam systému při provádění společné vízové politiky prakticky vyloučené, nebo vytvoří vízový systém zcela nový (tzv. „na zelené louce“), což však žalobce ani v nejmenším neprokázal. Kdyby tato alternativa byla skutečně reálně zvažována, nepochybně by existovaly konkrétní koncepční či jiné strategické dokumenty s tímto záměrem související. Žalobce se v žádném případě nemohl na počátku zadání (původní) zakázky spoléhat na budoucí využití JŘBU při zajišťování činností, které byly předmětem nynější veřejné zakázky, čili služeb souvisejících s provozem, údržbou či následným rozvojem systému, pakliže se tento systém ukáže v budoucnu jako „vyhovující“ či „v praxi ověřený“. V dané věci žalobce žádným způsobem nedoložil, že v době uzavření smlouvy o dílo bylo zvažováno, že systém NS-VIS nebude provozován dlouhodobě, resp. bude provozován pouze po omezenou dobu. V době uzavírání prvotní smlouvy o dílo přitom žalobce nemusel mít zcela jasnou představu o konkrétní podobě vízového systému z dlouhodobého hlediska, s ohledem na povinnosti vyplývající z rozhodnutí Rady EU však prokazatelně měl vědomost o tom, že musí vytvořit nějaký vízový systém a že zároveň bude nezbytné tento systém dlouhodobě rozvíjet a udržovat v technicky odpovídajícím stavu. Žalobce jednající s péčí řádného

hospodáře tedy při zvažování celkové sumy vynaložených finančních prostředků nepochybně mohl uvažovat v širším kontextu. Ani ekonomický aspekt spočívající v tom, že plnění bez zdrojových kódů je v daném čase výhodnější, tedy levnější, z povahy věci nemůže postrádat zohlednění navazujících právních otázek. JŘBU nemůže zadavatelům sloužit jako univerzální možnost pro zadávání veřejných zakázek spojených s určitým stavem exkluzivity dodavatelů, který je výsledkem vědomého jednání zadavatelů, potažmo nemůže sloužit k udržování či prohlubování nevhodných smluvních vztahů s dodavateli, a to např. pouze s odvoláním na „nejasné politické rozhodnutí“, nejasnou představu zadavatele apod. Při úvahách o hospodárnosti postupu by měl žalobce reflektovat zejména konkrétní skutkové okolnosti, tedy sumu celkových nákladů jak na pořízení, tak na provozování systému NS-VIS. Celková hodnota dodávky v původní smlouvě o dílo činila 125,8 mil. Kč bez DPH. Při zohlednění maximální hodnoty nynější veřejné zakázky (165 mil. Kč bez DPH) lze uvažovat, že na základě těchto dvou smluv bude v souvislosti se systémem NS-VIS vynaloženo ze státního rozpočtu cca 290 mil. Kč, z toho více než polovina bez jakékoliv otevřené soutěže. Skutečnost, že uzavřením rámcové smlouvy žalobce získal požadovaná autorská práva k systému NS-VIS, nezabývá žalobce odpovědností za přestupek, může však být promítnuta při úvahách ohledně výše pokuty.

6. Co se týče uložené sankce, žalovaný zejména s odkazem na bod 6.2. rámcové smlouvy konstatoval, že v daném případě nelze zjistit celkovou cenu veřejné zakázky, protože vycházel z horní hranice pokuty ve výši 20 000 000 Kč dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, přičemž dodal, že pokud by základem pro určení pokuty byla maximální cena uvedená v rámcové smlouvě, činila by hranice pokuty totožnou částku. Dále uvedl, že jednání zadavatele, které zcela vyloučí hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku, nutno označit za jedno z typově vůbec nejzávažnějších, blížících se situaci úplné ignorace zákona. Právem chráněný zájem tak byl v daném případě žalobcem zcela popřen. Následkem žalobcovy postupu byl stav, kdy zakázka s plněním v celkové hodnotě několika stovek milionů Kč hrazená z veřejných prostředků, byla zadána bez jakékoliv soutěže. Konkurenční prostředí přitom mohlo vyvolat tlak na sjednanou cenu. Jako polehčující okolnost pak žalovaný zohlednil, že žalobce při uzavírání smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku napravil původní příčinu, kdy vyjednal úpravu nevhodných smluvních podmínek upravujících autorská práva a licenční podmínky s cílem odstranění „exkluzivity“ vybraného uchazeče ve vztahu k úpravám systému NS-VIS. Tato skutečnost částečně zmírňuje následky protizákonného jednání, jelikož by měla vést k možnosti uskutečnit zadávací řízení s větším počtem uchazečů, a nasvědčuje tomu, že se žalobce snaží předcházet dalšímu jednání rozpornému se zákonem. Obdobně pak žalovaný ve prospěch žalobce zohlednil kroky, které činil v roce 2014 v souvislosti s žádostí o předání zdrojových kódů od původně vybraného uchazeče. Tato snaha nicméně byla ukončena prakticky okamžitě po obdržení negativního stanoviska vybraného uchazeče. Celkově tak žalovaný daný přestupek vyhodnotil jako závažný a vzhledem k jeho souběhu s jinými přestupky žalobci uložil pokutu při respektování absorpční zásady ve formě analogického použití institutu souhrnného trestu.
7. **Předseda Úřadu** se v odůvodnění rozhodnutí o rozkladu ztotožnil se závěry žalovaného.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

8. Ve včas podané žalobě žalobce uvedl, že v roce 2006 uzavřel smlouvu o dílo na dodávku systému NS-VIS v souvislosti se vstupem České republiky do tzv. Schengenského prostoru. Vybraný uchazeč zvítězil ve veřejné zakázce otevřené všem zájemcům. Dodávka systému NS-VIS byla úzce navázána na centrální evropský vízový systém (VIS) realizovaný na základě rozhodnutí Rady EU ze dne 8. 6. 2004, č. 2004/512/ES, o zřízení VIS. Zavádění VIS však provázely četné problémy, zdržení a odklady způsobené celkovou nepřipraveností projektu ze strany Evropské komise. K uvedení do plnohodnotného provozu došlo až v roce 2013, tj. po téměř 9 letech. Žalobce tak v roce 2006 nemohl důvodně předvídat další strategické řešení vízové agendy, zejména pak další osud systému NS-VIS, který byl pouze jedním ze tří národních vízových

informačních systémů. V době uzavírání smlouvy o dílo se proto nejevilo jako hospodárné, efektivní a účelné vyhradit si všechna práva k NS-VIS, jelikož taková výhrada výrazně navyšuje nákladovost jakéhokoli informačního systému. Teprve od plnohodnotného uvedení VIS a NS-VIS do provozu v roce 2013 bylo zřejmé, že NS-VIS bude dlouhodobě udržován, provozován, resp. rozvíjen na základě požadavků a rozhodnutí přijatých na evropské úrovni. V tomto okamžiku však již byl žalobce ve svých právech omezen licenčním ujednáním, které se původně, tj. v roce 2006, jevílo jako racionální a hospodárné. Systém NS-VIS bylo potřeba dále provozovat, udržovat a rozvíjet, s ohledem na výhradní práva vybraného uchazeče však již tyto činnosti nebylo možné realizovat prostřednictvím třetí strany. Proto žalobce v roce 2016 zahájil JŘBU dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách s vybraným uchazečem jakožto jediným možným subjektem a následně s ním uzavřel příslušnou smlouvu. Před zadáním předmětné veřejné zakázky si přitom žalobce nechal znaleckým ústavem APOGEO Esteem, a. s., zpracovat znalecký posudek č. 1208-197/2015, ze dne 15. 12. 2015. Ten potvrdil obvyklost ceny předmětné veřejné zakázky, existenci autorských práv dodavatele, nutnost zásahů do autorských práv dodavatele v rámci plnění zakázky, skutečnost, že s ohledem na výhradní práva může předmět veřejné zakázky splnit pouze vybraný uchazeč, i skutečnost, že realizace předmětné veřejné zakázky zamýšleným způsobem je z ekonomického a technického hlediska nejvhodnějším řešením.

9. Pokud jde o uplatněné žalobní body, žalobce v první řadě namítl, že správní orgány nesprávně posoudily naplnění podmínek použití JŘBU. Uvedl, že vzhledem k formulaci skutku je ve skutečnosti trestáno jednání, kterého se měl žalobce údajně dopustit při zadávání veřejné zakázky v roce 2006. Právě toto jednání bylo žalovaným přezkoumáváno a identifikováno jako chybné. V tomto případě však již zanikla odpovědnost za správní delikt.
10. Žalobce poukázal na nesprávné posouzení jeho námitky ohledně alokace důkazního břemene k prokázání (ne)naplnění materiální podmínky dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Jak plyne z judikatury, v případě materiální podmínky použití JŘBU tíží důkazní břemeno žalovaného. Tedy je na žalovaném, aby prokázal, že zadavatel sám svým počínáním způsobil, že daná veřejná zakázka mohla být splněna pouze jedním určitým dodavatelem. V daném případě bylo na žalobci, aby prokázal, že předmětná veřejná zakázka mohla být splněna pouze vybraným uchazečem z důvodu jeho výhradních autorských práv k systému NS-VIS. Tuto skutečnost žalobce prokázal předložením smlouvy o dílo a znaleckým posudkem. Měl-li žalovaný za to, že tento stav exkluzivity byl zaviněně způsoben dřívějším účelovým jednáním žalobce, bylo na žalovaném, aby to prokázal. Napadené rozhodnutí je dále vnitřně rozporné, přičemž je patrné, že předseda Úřadu směšuje formální a materiální podmínky použití JŘBU.
11. V uvedených souvislostech žalobce namítl, že správní orgány neprokázaly účelovost jeho jednání. Jedinou indicíí uvedenou v napadeném rozhodnutí je rozhodnutí Rady EU. Z tohoto rozhodnutí Rady EU však v žádném případě nelze dovodit, že by žalobce musel již v roce 2006 „rozumně předpokládat“, že o deset let později bude třeba vypsát předmětnou veřejnou zakázku. Je z něj možné toliko shledat, že žalobce věděl o nezbytnosti zřídit systém NS-VIS, ale dlouhodobý výhled ohledně fungování a rozvoje tohoto systému byl cokoliv jen ne jistý. Správními orgány odkazovaný případ *Opencard* byl situací zcela nesrovnatelnou. Mnohem příhodnější je naopak situace ve věci *Ministerstvo zemědělství* (sp. zn. 5 Afs 42/2012).
12. Žalobce dále uvedl, že jak formální, tak materiální podmínky použití JŘBU dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách byly v daném případě naplněny. Výrok rozhodnutí žalovaného hovoří pouze o nenaplnění materiální podmínky použití JŘBU. Napadené rozhodnutí se formální existenci výhradních práv vybraného uchazeče nevěnuje vůbec a pouze uvádí, že vzhledem k zaviněnému vytvoření exkluzivity tato otázka nemůže mít na vinu a trest žalobce dopad. Některé části odůvodnění rozhodnutí žalovaného naznačují, že žalovaný zpochybnil i existenci výhradních práv vybraného uchazeče. Z bodu 115 téhož rozhodnutí se naopak zdá, že žalovaný existenci výhradních práv vybraného uchazeče přiznává. Žalobce ve správním řízení

předložil žalovanému smlouvu o dílo obsahující příslušné licenční ujednání, jakož i znalecký posudek potvrzující existenci výhradních práv vybraného uchazeče, nutnost zásahů do autorského díla, i skutečnost, že tyto zásahy je oprávněn provést pouze a jediné vybraný uchazeč. Žalovaný označil závěry znaleckého posudku za nepřesvědčivé a podal vlastní, zjevně extenzivní výklad tzv. zákonných licencí ve smyslu § 66 odst. 1 písm. a), b) autorského zákona. Odborné závěry znaleckého posudku přitom žalovaný mohl nechat přezkoumat revizním znaleckým posudkem, tak však neučinil. Při výkladu autorského zákona pak zcela pominul, že jakékoli oprávnění vyvstávající z citovaných ustanovení může svědčit pouze a jediné žalobci, nikoli třetí osobě, jež by byla případně vybrána v zadávacím řízení otevřeném všem zájemcům. Taková třetí osoba by tak do NS-VIS jakožto počítačového programu na základě § 66 odst. 1 písm. a), b) autorského zákona zasáhnout nemohla. Žalovaný též opomněl, že tzv. zákonná licence oprávněného uživatele autorského programu není obsahově bezbřehá a rozhodně neumožňuje rozvoj nebo zásadní změny spočívající v přidávání nových funkcionalit počítačového programu, a zároveň aplikaci § 66 odst. 1 autorského zákona na konkrétní zásahy do autorského díla je vždy třeba posuzovat *ad hoc* a za současného dodržení § 29 odst. 1 autorského zákona, tj. na základě tzv. tříkrokového testu. Žalobce byl v dobré víře, že vybraný uchazeč jedná poctivě, a že v rámci původní smlouvy o dílo nedošlo k vytvoření počítačového programu, který by byl považován za dílo na objednávku, ke kterému by žalobce mohl získat zdrojové kódy. Není zřejmé, kdo jiný než vybraný uchazeč by mohl takovou skutečnost ověřit.

13. V uvedených souvislostech žalobce konstatoval, že exkluzivita vybraného uchazeče skutečně nebyla vytvořena zaviněným, natož pak účelovým, jednáním žalobce, které by mu mohlo být kladeno k tíži. V době zadání původní veřejné zakázky v roce 2006 provázely zavádění národního systému NS-VIS i evropského systému VIS četné problémy způsobené celkovou nepřipraveností projektu na straně Evropské komise. Zavádění národního systému NS-VIS bylo motivováno snahou České republiky vyhovět co nejdříve všem podmínkám souvisejícím se vstupem do Schengenského prostoru. Vízová agenda byla řešena souběžně několika informačními systémy, a to konkrétně NS-VIS, Cizineckým informačním systémem Policie České republiky (CIS) a EVC2 Ministerstva zahraničních věcí. Vzhledem k opakovaným odkladům a k paralelní existenci několika vízových systémů žalobce tehdy nemohl s vysokou mírou pravděpodobnosti předvídat další konkrétní řešení vízové agendy. V roce 2006 tak nebylo možné důvodně vyloučit, že počet vízových systémů bude redukován, agendu převezme pouze jeden z nich, resp. že provoz některého z nich bude zcela ukončen. Zejména pak nebylo možné vyloučit, že vízovou agendu bude nutno do budoucna řešit jiným systémem než NS-VIS. Nelze přehlédnout, že kvůli problémům na straně Evropské komise došlo k uvedení NS-VIS do plnohodnotného provozu až v roce 2013. Jednání žalobce v roce 2006 však nelze posuzovat dnešní optikou a se znalostí konkrétního dalšího řešení vízové agendy a veškerého dalšího vývoje. Ze samotného rozhodnutí Rady EU z roku 2004 nelze dovodit, že žalobci muselo být naprosto jasné, jaký bude další osud předmětného systému. Vyhrazení si všech práv k NS-VIS v roce 2006 se navíc jeví jako značně nevhodné, neboť z dobového pohledu mohlo dojít k potenciálně bezdůvodnému zvýšení ceny zakázky až o 60 %. Ze způsobu zadání veřejné zakázky v roce 2006 a z dalšího vývoje situace kolem NS-VIS, který byl ovlivněn zejména děním na úrovni EU, není možné dovodit jakoukoli účelovost žalobcova jednání. Skutkové okolnosti se pak výrazně odlišují od skutkových okolností případů, na něž přepjatě formalisticky odkazoval žalovaný. Nutno zdůraznit, že změny a další řešení systému NS-VIS byly ovlivněny především centrálním řešením projektu VIS na úrovni Evropské unie (tedy zcela mimo vůli žalobce), mimo jiné též pozdějším nařízením Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 767/2008 ze dne 9. 7. 2008 o Vízovém informačním systému (VIS) a o výměně údajů o krátkodobých vízech mezi členskými státy. Absenci zjevných znaků účelovosti jednání žalobce, resp. jeho „nešikovnost“, jež se však projevila až zpětně, žalovaný zcela pominul. Žalobce dodal, že při akceptaci zjednodušující logiky žalovaného, že zadavatel má vždy má předvídat nutnost dalšího provozu a úprav systému, by se JŘBU pro oblast ICT stalo paušálně nepoužitelným. To může mít závažné makroekonomické dopady, neboť např.

jen v roce 2016 došlo k zadání ICT veřejných zakázek v JŘBU v souhrnné hodnotě přes 1,9 miliardy Kč.

14. Žalobce dále nad rámec uvedeného doplnil, že zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU, by bylo možné opřít též o důvody technické. Systém NS-VIS je komplexní, vysoce dostupný, technologicky sofistikovaný informační systém zajišťující vízovou agendu České republiky a potažmo Schengenského prostoru. Serverová část NS-VIS je navržena a provozována ve vysoké dostupnosti ve dvou datových centrech žalobce v režimu aktiv-aktiv. NS-VIS a jeho procesy, kromě vazby na centrální evropské systémy, vzájemně integruje také veškeré informační systémy podílející se na vízovém procesu v rámci České republiky (EVC2, SIS2, ICIS, PATROS, ISOP, ZS, KODOX, CSML G2, CIS). Součástí řešení jsou také klientské aplikace VÍZA a VYČKAT. Systém NS-VIS je součástí kritické infrastruktury státu a zásadním předpokladem zajištění vnitřní bezpečnosti a ochrany vnějších hranic. Vykazuje značná specifika, jak technická, tak provozní, zejména z pohledu vzájemné provázanosti jeho jednotlivých částí, které si musí udržet svoji funkčnost v rámci celého systému. V případě natolik robustního, technologicky složitého a vzájemně provázaného informačního systému jako NS-VIS, je představa schopnosti a způsobilosti třetí strany systém dále provozovat a zejména jej rozvíjet, naprosto iluzorní. Technická jedinečnost není dána pouze formální existencí autorských práv, resp. zdrojovými kódy, ale též unikátním know-how dodavatele. Vlastnictví práv a nakládání se zdrojovými kódy řeší pouze právní, nikoli věcnou, podstatu problému. Žalovaný přehlíží prakticky shodný význam hardware, serverů a jejich propojení, napojení na úložné systémy, komplexní síťové infrastruktury, nastavení operačních systémů a služeb operačního systému, nastavení hlavních COTS software, samotné aplikační nadstavby, interface s dalšími systémy, bezpečnostní infrastruktury. I krátkodobý výpadek systému NS-VIS může vést ke ztrátě záznamů obsahujících bezpečnostní rizika. Totéž platí i pro případ jakéhokoli zdržení zadávacího řízení na nového dodavatele. Jakékoli ohrožení systému NS-VIS může mít fatální důsledky.
15. Žalobce též konstatoval, že předseda Úřadu nesprávně posoudil námitku hospodárnosti žalobcova postupu a námitku bezpečnostních rizik. Otázka hospodárnosti postupu zadavatele ve vztahu k zakázce týkající se informačního systému má dvě roviny. Zaprvé se jedná o nutnost postupovat hospodárně při pořízování informačního systému. Dodávka informačního systému včetně zdrojových kódů a úplného licenčního ujednání bude vždy o poznání dražší než dodávka totožného systému s přiměřenými a obvyklými licenčními omezeními zadavatele. Druhá rovina spočívá v nutnosti zohlednit, že pokud již zadavatel je v situaci, kdy ve vztahu k fungujícímu informačnímu systému, který je např. třeba modifikovat či dále udržovat, existují licenční omezení, není možné jen proto fungující informační systém odepsat, zcela zmařit provedenou investici a zadat veřejnou zakázku na kompletně nový informační systém. Závěr předsedy Úřadu o nerozhodnosti otázky hospodárnosti je v příkrém rozporu s judikaturou, podle níž při posuzování postupu zadavatele při zadávání takto vysoce specializované veřejné zakázky, je třeba zohlednit též hledisko hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, a to v obou výše nastíněných rovinách. Posouzení hospodárnosti a účelnosti postupu žalobce, a to jak při zadání veřejné zakázky v roce 2006, tak při zadání předmětné veřejné zakázky, proto mělo být ústředním bodem analýzy naplnění materiální podmínky použití JŘBU. To však předseda Úřadu odmítl. Stejně tak se nezabýval otázkou bezpečnostních a technických rizik spojených s předmětnou veřejnou zakázkou. Postup a závěry žalovaného, který automaticky a bez ohledu na další okolnosti vylučuje možnost zadat navazující veřejnou zakázku v JŘBU, pokud zadavatel v předcházející veřejné zakázce přistoupil na licenční omezení, je absurdní a představuje recept na ekonomickou katastrofu. V souladu s tímto přístupem by nebylo možné provést jakoukoliv modifikaci nebo úpravu informačního systému či uzavřít smlouvu o technické podpoře k tomuto systému na další období, pokud daný systém byl historicky vysoutěžen s tím, že zadavatel akceptoval licenční omezení.

16. Napadené rozhodnutí je pak v obecné rovině postaveno na nepřipustně extenzivním výkladu zákona v neprospěch žalobce coby obviněného. V této souvislosti žalobce poukázal na ústavněprávní a lidskoprávní konotace výkladu žalovaného. V daném případě se jedná o řízení o trestním obvinění, což má vliv na výklad hmotného práva. Vyloučen je nepředvídatelný výklad i extenzivní výklad v neprospěch obviněného. Přenesení důkazního břemene ohledně naplnění materiální podmínky použití JŘBU na žalobce představuje porušení zásady *in dubio pro reo* a v širším smyslu tedy i zásady presumpce nevin. Dle předsedy Úřadu měl např. žalobce prokázat naplnění materiální podmínky použití JŘBU ještě předtím než předmětnou veřejnou zakázku zadal, a to patrně znaleckým posudkem. Materiální podmínka přitom nevyplývá ze znění příslušného ustanovení zákona, ale byla dovozena toliko judikatorně, a to navíc až poté, co žalobce uzavřel původní smlouvu o dílo.
17. Žalobce dále namítl, že napadeným rozhodnutím bylo porušeno pravidlo přednosti pozdější příznivější právní úpravy. Žalobce uzavřel smlouvu na realizaci předmětu veřejné zakázky dne 10. 6. 2016, tj. za účinnosti zákona o veřejných zakázkách. Napadené rozhodnutí však bylo vydáno až po nabytí účinnosti zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Tato pozdější úprava je z hlediska posuzování žalobcova postupu výhodnější, neboť jednak zakotvuje novou výjimku v oblasti zadávání veřejných zakázek souvisejících se základními bezpečnostními zájmy České republiky, jednak vymezuje podmínky použití JŘBU odlišně od dřívějšího zákona. Ve vztahu k veřejným zakázkám týkajícím se základních bezpečnostních zájmů České republiky žalobce poukázal na § 29 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek. Z důvodové zprávy k zákonu, resp. z odborné literatury, vyplývá, že pro použití této zákonné výjimky se vyžaduje splnění následujících podmínek: musí se jednat o základní bezpečnostní zájem České republiky, zadavatel musí mít postavení specializované složky pro ochranu základních bezpečnostních zájmů republiky, zadání veřejné zakázky v zadávací řízení by základní bezpečnostní zájem republiky ohrozilo a tomuto ohrožení nelze předejít jinak než využitím zákonné výjimky. V daném případě byly všechny uvedené podmínky splněny. Předmětný informační systém NS-VIS zajišťuje jednak potřebné vnitrostátní procesy, jednak operativní a spolehlivou výměnu informací v rámci vyřizování žádostí o vydání povolení ke vstupu mezi státy schengenského prostoru. Tato operativní výměna informací umožňuje zjištění bezpečnostního rizika spjatého s příslušným žadatelem o vydání povolení ke vstupu na území schengenského prostoru kdykoli. Informační systém je tedy jedním ze základních předpokladů pro zajištění vnitřní bezpečnosti České republiky. Zároveň Policie České republiky je ozbrojeným bezpečnostním sborem, přičemž Ministerstvo vnitra vytváří podmínky pro plnění jejích úkolů. Žalobce tudíž je specializovanou složkou pro zajištění základních bezpečnostních zájmů České republiky. Účel systému NS-VIS vyžaduje velké množství složitých technických řešení, které jej činí unikátním. Jeho údržba a především zásahy do něj vyžadují hlubokou znalost jeho mechanismů a dopadů změn. Jakýkoli zásah do systému NS-VIS bez znalosti jeho vnitřních vazeb může vést ke kolapsu či havárii systému, jeho výpadku, nezpracování požadavků na víza, tedy k nežádoucímu stavu, kdy Česká republika nebude schopna vydávat víza, a též splňovat požadavky Evropské unie na komunikaci do centrálních systémů a s ostatními státy. Mohlo by též dojít k nenávratné ztrátě dat či vzniku bezpečnostního rizika udělením víza nepatřičné osobě. Zadání předmětné veřejné zakázky v jakémkoli zadávacím řízení otevřeném všem možným zájemcům by tak představovalo ohrožení základních bezpečnostních zájmů České republiky. Nelze si představit žádné opatření, které by žalobce jakožto objednatel NS-VIS mohl přijmout s účinným a efektivním zamezením byť krátkodobého výpadku systému po jeho předání novému provozovateli. Optikou pozdějšího zákona by tak bylo možné dospět k závěru, že žalobce mohl postupovat zcela mimo režim zákona o zadávání veřejných zakázek.
18. Vedle toho žalobce namítl, že zákon o zadávání veřejných zakázek vymezuje podmínky použití JŘBU odlišně od zákona o veřejných zakázkách. Poukázal na ustanovení § 63 odst. 3 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek, které je fakticky obdobou technických důvodů obsažených

v § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, nově je však akcentována objektivní neexistence hospodářské soutěže o zadávanou veřejnou zakázku vyplývající z konkrétních technických důvodů předmětu plnění. V této souvislosti pak opakovaně popsal již uváděné charakteristiky předmětného informačního systému. Vytvoření a precizace takto složitého a robustního informačního systému není záležitostí jednoho měsíce, ale celé řady měsíců, resp. let. Nejedná se tak o jednoduchý software, který by se třetí osoba odlišná od osoby tvůrce systému mohla relativně lehce „naučit“, či který by byl nahraditelný jiným informačním systémem obdobného charakteru. Systém je složitý a komplexní, pro jakýkoli zásah do něj je třeba jedinečné a ničím nenahraditelné know-how subjektu, který jej vytvořil. V této souvislosti žalobce odkázal na odstavec 50 preambule nové směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES s účinností ke dni 18. 4. 2016. Pro reálnou možnost provádění jakýchkoli zásahů do takového systému je dostatečné licenční oprávnění a samotná dispozice zdrojovými kódy jen jednou z nezbytných podmínek. V případě NS-VIS je současně požadována mimořádná a nadstandardní dostupnost systému v řádu 99,99 %, která vyplývá z požadavků EU. Tyto skutečnosti eliminují jakéhokoli jiného dodavatele s výjimkou dodavatele stávajícího a vylučují tak účinnou hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku na provoz a rozvoj NS-VIS. Přitom i přes dispozici zdrojovými kódy může být samotný zásah do konkrétního počítačového programu velmi problematický. Jen zaučení nového pracovníka dodavatele trvá 9 měsíců. Cestou není ani vybudování nového informačního systému „na zelené louce“, neboť ten by bylo možné očekávat v horizontu několika let. Žalobce by však po tu dobu nebyl schopen zajišťovat povinnosti a závazky vyplývající z členství v EU a Schengenském prostoru.

19. V daném případě tak z technických důvodů (složitost, komplexnost a provázanost informačního systému NS-VIS; jeho nezbytná nadstandardní dostupnost; existující nenahraditelné know-how stávajícího dodavatele; časová a finanční náročnost případného celkového nahrazení stávajícího systému novým informačním systémem) neexistuje hospodářská soutěž, a je tak dán důvod pro použití JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek. Současně jsou splněny i další dvě podmínky stanovené v § 63 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek, tedy v daném případě nelze využít jiného postupu (zejména vybudování nového informačního systému na „zelené louce“) a současně zadavatel nestanovil zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž, neboť zadávací podmínky pouze reflektovaly potřebu žalobce a povinnosti uložené orgány EU. Předseda Úřadu se relevancí nové právní úpravy JŘBU zabýval pouze formálním, povrchním způsobem. Změna formulace podmínek JŘBU není okrajová a neměla být bagatelizována.
20. Žalobce dodal, že z důvodů zmiňovaných k aplikaci nové právní úpravy ostatně nemohlo dojít ani k vlivu postupu žalobce na výběr nejvhodnější nabídky. Žalovaný splnění této podmínky přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách konstatoval bez dalšího s odkazem na obecné formulace obsažené v soudních rozhodnutích k věcně zcela odlišným kauzám, aniž by se současně podrobněji zabýval skutkovým stavem a odlišnostmi posuzovaného případu. V daném případě objektivně existuje autorské právo vybraného uchazeče k NS-VIS, tento vybraný uchazeč výhradně fakticky disponuje zdrojovými kódy, realizace předmětné veřejné zakázky třetí osobou tak není reálně možná. Je sporné, zda při faktickém a existujícím stavu exkluzivity jednoho dodavatele mohla být vůbec naplněna podmínka vlivu nezákonného postupu v JŘBU na výběr nejvhodnější nabídky ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. I v případě zadání předmětné veřejné zakázky v otevřeném řízení by z uvedených důvodů mohl podat nabídku výhradně stávající dodavatel.
21. Žalobce dále namítl, že mu byl uložen trest ve zjevně nepřiměřené výši. Pokud jde o odůvodnění výše uložené sankce, žalovaný argumentoval represivní a preventivní funkcí pokuty. Ve vztahu k preventivní funkci však žalovaný nebral v potaz, že žalobce od vybraného uchazeče získal výhradní práva, která byla důvodem zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU, protože je

vyložené, aby žalobce do budoucna zadával veřejné zakázky danému dodavateli v JŘBU ze stejného důvodu, tj. z důvodu jeho výhradních práv.

22. Co se týče obecného argumentu o přiměřenosti pokuty, jejím kritériem nemůže být pouze rozpočet žalobce, který slouží primárně pro zajištění vnitřní bezpečnosti České republiky, resp. skutečnost, že sankce byla uložena v mezích zákona. Je nutné zohlednit též předvídatelnost sankce a polehčující okolnost spočívající ve vyhrazení si práv k NS-VIS do budoucna. Výše uložené sankce značně vybočuje z rozhodovací praxe žalovaného. Žalobci je známa řada obdobných případů, ve kterých žalovaný v roce 2017 za neoprávněný postup v JŘBU uložil pokuty řádově nižší (např. ve věci zadavatele Česká republika – Generální finanční ředitelství byla uložena pokuta ve výši 100 000 Kč ve vztahu k veřejné zakázce „*Poskytnutí technické a provozní podpory IS CEDR II do 31. 12. 2016*“, ve věci zadavatele Česká republika – Ministerstvo financí byla uložena pokuta ve výši 250 000 Kč ve vztahu k veřejné zakázce „*Další rozvoj ISAO III.*“, ve věci zadavatele Česká republika – Státní pozemkový úřad byla uložena pokuta ve výši 80 000 Kč ve vztahu k veřejné zakázce „*Zajištění licenční a systémové podpory aplikace POZEM+ a metodické podpory VFP*“, ve věci zadavatele Česká republika – Ministerstvo vnitra byla uložena pokuta ve výši 90 000 Kč ve vztahu k veřejné zakázce „*Autorský dohled a servisní služby pro Informační systém o informačních systémech veřejné správy a Informační systém o datových prvcích pro roky 2015 až 2018*“). Měl-li žalovaný ve světle těchto obdobných případů za účelné uložit žalobci sankci řádově vyšší než obvyklou, měl povinnost svůj postup řádně odůvodnit. Zejména pak měl uvést, z jakého důvodu byla výše sankce přiměřená i při zohlednění jednak polehčujících okolností, které v odkazovaných případech absentovaly, jednak skutečnosti, že realizací předmětné veřejné zakázky žalobce naplňuje esenciální bezpečnostní zájem státu. Žalovaný zveřejnil v tisku, že se zaměřil na „ICT zakázky“. Není však důvodu, aby žalobce byl bezdůvodně exemplárně trestaným zadavatelem, navíc v situaci, kdy do budoucna prolomil exkluzivitu dosavadního dodavatele.
23. Důvodné pochybnosti pak lze mít též o tom, zda žalovaný pro uložení pokuty zvolil odpovídající režim zákona o veřejných zakázkách ve smyslu jeho § 120 odst. 2. Žalovaný vycházel z předpokladu, že cenu předmětné veřejné zakázky nelze zjistit, neboť smlouva na plnění je rámcovou smlouvou. Žalovaný nicméně bezdůvodně přehlédl, že rámcová smlouva není postavena na principu pouze jednotkových cen. Naopak, uvádí zcela jednoznačně celkovou maximální nepřekročitelnou cenu ve výši 165 289 256,20 Kč bez DPH. Cena tedy vyčíslena, resp. vyčíslitelná nepochybně byla. Cenou zakázky tedy správně měla být buď cena žalobcem již uhrazená, nebo celková maximální přípustná cena bez DPH. V obou případech by každopádně maximální možná hranice pokuty byla nižší než 20 000 000 Kč. Nelze vyloučit, že pokud by žalovaný zohlednil tento nižší limit, byla by výše uložené pokuty odlišná od současné částky.
24. Na základě uvedeného žalobce navrhl, aby soud rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i žalovaného zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Pro případ, že by soud nepřistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí, žalobce navrhl, aby upustil od trestu uloženého ve správním řízení uložen, případně aby tento trest, uložený ve zjevně nepřiměřené výši, snížil.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě

25. Ve vyjádření k žalobě ze dne 29. 3. 2018 žalovaný v prvé řadě odkázal na odůvodnění napadených rozhodnutí. Následně reagoval na žalobní body ohledně materiální i formální stránky věci. Navrhl, aby soud žalobu zamítl.

IV. Další podání žalobce

26. Žalobce v replice ze dne 18. 5. 2018 reagoval na vyjádření žalovaného a vyzdvihl některé již v žalobě uplatněné aspekty věci.

27. Podáním ze dne 23. 1. 2019 pak žalobce doložil znalecký posudek č. 12/2/2018, ze dne 20. 12. 2018, vypracovaný Znaleckou kanceláří Dr. Ludvíka, s. r. o., na základě žalobceva zadání. Podle žalobce znalecký posudek potvrdil správnost žalobní argumentace týkající se
- *hospodárnosti jeho postupu při zadání prvotní veřejné zakázky v roce 2006*, v jejímž rámci si nevyhradil veškerá práva k systému a zdrojové kódy – znalec potvrdil, že takový požadavek by byl v předmětné době značně neobvyklý, řada potenciálních dodavatelů by se tehdy o veřejnou zakázku za takových podmínek vůbec neucházela a u ostatních by tento požadavek vedl k zásadnímu navýšení nabídkové ceny;
 - *hospodárnosti jeho postupu při zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU stávajícímu dodavateli oproti vypsání otevřené veřejné zakázky na dodání zcela nového systému s týmiž funkcionalitami* – znalec potvrdil, že cena nového systému by se významně nelišila od ceny, kterou žalobce za dodávku systému NS-VIS zaplatil dodavateli na základě prvotní veřejné zakázky 2006, čili že v případě vypsání veřejné zakázky na dodání nového systému by byla původní investice zcela zmařena a žalobce by v konečném důsledku zaplatil dvakrát za totéž;
 - *bezpečnostních a provozních rizik i dodatečných nákladů*, které by byly nevyhnutelně spojené s vypsáním otevřené veřejné zakázky na dodávku zcela nového systému, oproti zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU stávajícímu dodavateli – znalec potvrdil, že přechod na nový systém by si vyžádal cca půlroční paralelní provoz obou systémů a náklady na migraci dat by patrně přesáhly 11 % pořizovací ceny celého systému; přechod na nový systém by navíc byl nutně spojen s celou řadou zásadních bezpečnostních a provozních rizik;
 - *technických důvodů pro zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU* – znalec potvrdil, že ani přístup ke zdrojovým kódům NS-VIS a právo systém rozvíjet a upravovat samo o sobě pro bezvadné zajištění technické podpory a rozvoje natolik komplexního systému nestačí; potřebná je zejména též detailní znalost systému, která ovšem nemusí být získatelná z jeho dokumentace, stejně jako znalost dalších hardwarových a softwarových komponent systému a jeho provazeb na další související systémy; změna poskytovatele technické podpory a rozvoje takto komplexního systému by navíc byla spjata s řadou zásadních bezpečnostních a provozních rizik, která si žalobce v případě takového kritického, bezpečnostního systému nemůže dovolit podstoupit.

V. Jednání konané dne 1. 2. 2022

28. Při jednání účastníci setrvali na již dříve písemně vyjádřené argumentaci. Soud podrobně konstatoval obsah soudního a správního spisu. K důkazu četl listiny předložené žalobcem v řízení před soudem – informaci pro ministra vnitra MUDr. Mgr. Ivana Langeru ze dne 2. 10. 2006, č. j. MST-35/2006, ve věci: *Vstup České republiky do Schengenského prostoru – současný stav*, a dále znalecký posudek č. 12/2/2018, ze dne 20. 12. 2018, vypracovaný Znaleckou kanceláří Dr. Ludvíka, s. r. o., za účelem: *Posouzení odborných a ekonomických otázek v souvislosti se zadáním veřejných zakázek s názvem „Rámcová smlouva o poskytování technické podpory a rozvoje aplikačního software NS-VIS“ a „Technická podpora a zajištění rozvoje aplikace NS-SIS II v letech 2016–2018“*.

VI. Posouzení věci

29. Soud přezkoumal v mezích žalobních bodů napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i rozhodnutí žalovaného včetně řízení předcházejících jejich vydání, a shledal, že **žaloba není důvodná**.
30. V dané věci je předmětem sporu otázka naplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v JŘBU dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Uvedená problematika byla opakovaně předmětem judikatury. V této souvislosti je ovšem nutno zdůraznit, že na jednotlivé judikatorní závěry je třeba nahlížet v první řadě prizmatem skutkových a právních důvodů, na jejichž podkladě byly v konkrétní věci vyřčeny.

31. Nejvyšší správní soud ve své rozhodovací činnosti, a to ve shodě s rozhodovací praxí Soudního dvora Evropské unie (viz např. rozsudky ze dne 10. 3. 1987 ve věci C-199/85, *Komise proti Itálii*, ze dne 18. 5. 1995 ve věci C-57/94, *Komise proti Itálii*, ze dne 28. 3. 1996 ve věci C-318/94, *Komise proti Německu*, ze dne 28. 10. 2002 ve věci C-385/02, *Komise proti Itálii*; či ze dne 10. 4. 2003 ve spojených věcech C-20/01 a C-28/01, *Komise proti Německu*), především zdůraznil, že jednací řízení bez uveřejnění představuje výjimku z otevřenějších forem zadávacích řízení. Jedná se o jediný druh zadávacího řízení podle zákona o veřejných zakázkách, ve kterém zadavatel neoznamuje svůj úmysl zadat veřejnou zakázku neomezenému počtu dodavatelů (s výjimkou zjednodušeného podlimitního řízení). Použitím jednacího řízení bez uveřejnění proto z povahy věci dochází k omezení (v případě oznámení úmyslu omezenému počtu zájemců) či vyloučení (v případě oznámení úmyslu jedinému zájemci – jako v posuzované věci) hospodářské soutěže. Z tohoto důvodu lze jednací řízení bez uveřejnění použít *pouze výjimečně* a jen za podmínek taxativně stanovených v § 23 zákona o veřejných zakázkách, které je třeba *vykládat přísně restriktivně* s tím, že důkazní povinnost k prokázání naplnění těchto podmínek tíží zadavatele (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2015, č. j. 8 As 149/2014-68, věc *FN Olomouc*, ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015-95, č. 3436/2016 Sb. NSS, věc *Opencard*, či ze dne 1. 11. 2017, č. j. 1 As 242/2017-48, věc *hlavní město Praha*).
32. Soud nikterak nezpochybňuje smysl žalobní argumentace vedené v tom směru, že podmínkou postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) zákon 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 (jehož vymezení samo osobě není nekorektní kupř. tím, že bezdůvodně vylučuje ze soutěže o získání veřejné zakázky určitý okruh dodavatelů) je natolik specifický, že umožňuje realizaci výlučně jedním konkrétním dodavatelem, a to z důvodů technických či z důvodů potřeby ochránit existující výhradní práva. Soud nikterak nezpochybňuje ani to, že takto důvodná *ochrana vyhradních 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. Obdobně soud nezpochybňuje ani to, že 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. V uvedených případech jde o situace, v nichž je poměrně jasně zřejmé, že by vedení jakéhokoli „otevřenějšího“ zadávacího řízení nevyvolalo širší hospodářskou soutěž (o získání veřejné zakázky) ani ekonomicky příznivější výsledek pro zadavatele; vše právě proto, že s vysokou mírou pravděpodobnosti objektivně existuje pouze jediný možný dodavatel. Uvedené však platí pouze tehdy, pokud takový stav je 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.
33. Žalovaný v napadeném rozhodnutí rozumnou a ucelenou argumentací dospěl k závěru, že důvody, v nichž se žalobce před zahájením JŘBU v nyní posuzované věci nacházel, jsou přičitatelné právě jemu. Právě proto nemůže obstát žalobcova argumentace objektivní existencí výlučně jediného dodavatele (z důvodu autorskoprávních a technických) pro použití JŘBU.
34. Pokud jde o samotné posouzení naplnění podmínek pro použití JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, mohou se v praxi objevovat v zásadě tři základní typové situace, v nichž podmínky pro použití JŘBU nebývají *materiálně* naplněny a v nichž zadavatel není oprávněn zadávat navazující veřejnou zakázku prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění.
35. O *první* typovou situaci jde tehdy, pokud zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky poruší zákon regulující zadávání veřejných zakázek, v důsledku čehož není možné zadávat navazující veřejnou zakázku v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacích řízení, nýbrž toliko

prostřednictvím JŘBU; jde tedy o situaci, kdy nutnost použití JŘBU je vyvolána předchozím porušením zákona při zadávání předchozí veřejné zakázky.

36. O *druhou* typovou situaci jde tehdy, pokud zadavatel sám vědomě způsobil stav exkluzivity, a to s úmyslem vytvořit podmínky pro použití JŘBU; jde tedy o situaci, kdy zadavatel si podmínky pro navazující zadávání s využitím výlučně JŘBU vytvořil právě proto, aby navazující veřejné zakázky mohl zadávat konkrétnímu dodavateli. V tomto případě není nezbytné, aby o postupu zadavatele v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku bylo žalovaným rozhodnuto coby o porušení zákona.
37. O první ani o druhou typovou situaci se v nyní posuzované věci nejspíše nejedná, ostatně ani žalovaný v tomto ohledu nic takového v napadeném rozhodnutí nedovodil.
38. *Třetí* typová situace je dána tehdy, pokud zadavatel, ačkoli s ohledem na konkrétní okolnosti v době zadávání původní veřejné zakázky musel rozumně předpokládat, že v budoucnu vznikne potřeba zadání navazujících veřejných zakázek, při zadávání původní veřejné zakázky akceptuje licenční či jiná smluvní ujednání, která *de facto* vylučují, aby navazující veřejná zakázka mohla být splněna jiným než v této původní veřejné zakázce vybraným dodavatelem, čímž znemožní zadávání navazujících veřejných zakázek v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacího řízení a naopak podmíní zadávání navazujících veřejných zakázek v JŘBU s odkazem na ochranu práv duševního vlastnictví či technických důvodů. Ani v tomto případě není nezbytné, aby o postupu zadavatele v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku bylo žalovaným rozhodnuto coby o porušení zákona.
39. Od naposledy uvedené (třetí) typové situace je však třeba odlišit situaci, kdy zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky, s ohledem na skutkové okolnosti předcházející a provázející její zadávání, budoucí potřebu zadávat navazující veřejné zakázky předvídat skutečně objektivně nemůže, avšak z důvodu nastalé objektivní změny okolností je následně nucen navazující veřejnou zakázku zadat. Jak k tomu uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012-54, věc *Ministerstvo zemědělství II* (rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz), „[p]okud v průběhu životnosti softwaru nastane z hlediska zadavatele objektivní změna (nová legislativa, nové manažerské rozhodnutí nadřízených orgánů), tak může nastat situace, kdy by vyloučení použití jednacích řízení bez upozornění (pozn. zdejšího soudu: zjevně míněno „bez uveřejnění“) *fakticky* znamenalo zákonem stanovenou povinností zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software. Dalším klíčovým faktorem je proměnlivost úkolů zadavatele. Pokud zadavatel připravuje software tak, aby software splnil v dané chvíli objektivně stanovené úkoly a byl po uplynutí určité doby životnosti vyřazen, zajisté tomu přizpůsobí i zadávací podmínky.“ Jestliže by nebylo možno odlišit naposledy uvedenou typovou situaci od třetí ze shora uvedených, reálně by to mohlo vyvolat praktickou neaplikovatelnost § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jednacích řízení bez uveřejnění podle těchto ustanovení by se tak mohlo stát reálně vyprázdňenou kategorií, jež by existovala pouze v textu zákona. Není přitom žádného principiálního důvodu v praxi plošně eliminovat zákonem předvídanou možnost zadávat veřejné zakázky, které mohou být z důvodu ochrany výhradních práv či technických důvodů splněny pouze jediným dodavatelem, prostřednictvím JŘBU – v těchto případech je omezení hospodářské soutěže akceptovatelné, a to právě kodifikací možnosti použít ve specifických situacích JŘBU.
40. V nyní projednávané věci z napadeného rozhodnutí plyne, že žalobce se nacházel ve třetí ze shora uvedených typových situací, s čímž soud vzhledem k okolnostem posuzované věci souhlasí. Žalobce tak nebyl oprávněn zadat předmětnou veřejnou zakázku prostřednictvím JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť v jeho postupu navazujícím na jeho postup v minulosti nešlo o pouhou „nešikovnost“ při zadávání původní a navazujících veřejných zakázek.

41. V daných souvislostech žalobce zdůrazňoval, že v roce 2006 byla situace ohledně budoucího fungování vízového systému nejasná. V tomto ohledu se však soud plně ztotožnil s argumentací žalovaného v bodech 130. až 154. jeho rozhodnutí, na kterou plně odkazuje a podle níž žalobce již v době uzavření smlouvy o dílo jednoznačně musel předpokládat, že určitý systém v oblasti vízové politiky bude nezbytně udržovat v provozu a rozvíjet, a to dlouhodobě, přičemž bude třeba provádět jeho různé úpravy např. s ohledem na požadavky práva Evropské unie či uživatelů systému na národní straně. Ani žalobcem v řízení před soudem předložená informační zpráva pro ministra vnitra přitom není důkazem osvědčujícím nejistotu žalobce v té míře, která by ospravedlňovala žalobcův postup. Ostatně, tato případná nejistota se v průběhu doby musela logicky snižovat.
42. V této souvislosti je nutno poukázat na předmět nyní projednávané veřejné zakázky, jímž je *poskytování technické podpory provozu a zajištění rozvoje aplikace národní součásti vízového informačního systému*, a který se tak do značné míry kvalitativně liší od předmětů veřejných zakázek, o nichž je pojednáváno v řadě odkazovaných rozsudků (srov. např. rozsudky ve věcech *Ministerstvo zemědělství I, II*, či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 2. 2018, č. j. 5 As 26/2017-22, věc *město Pelhřimov*). Zde se soud plně ztotožnil s tezí žalovaného, že potřeba systémové podpory a rozvoje vyplývá ze samotné povahy aplikací a informačních systémů, pročež si žalobce musel být vědom toho, že poskytování technické podpory provozu jeho klíčového, postupně cizelovaného a modernizovaného systému NS-VIS bude vyžadováno v delším časovém horizontu. Postup žalobce předcházející zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU tak nelze hodnotit jakou pouhou nešikovností, tedy jako shora zmiňovanou čtvrtou typovou situací, která by za předpokladu celkové hospodárnosti umožňovala zadat danou veřejnou zakázku v JŘBU.
43. V uvedených souvislostech nutno odmítnout námitku žalobce, že skutečným předmětem řízení byl jeho postup při zadávání prvotní veřejné zakázky v roce 2006. Jak uvedeno již výše, obecnou podmínkou pro nemožnost použití JŘBU v následné veřejné zakázce není chybný či dokonce nezákonný postup zadavatele při zadávání původní veřejné zakázky. Ostatně Nejvyšší správní soud k tomu v rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53, č. 2790/2013 Sb. NSS (věc *Ministerstvo zemědělství I*), uvedl, že není podstatné, zda žalovaný „*tvrdí, resp. ani v minulosti nedeklaroval, že by nevhodné chování žalobce bylo pochybením, kterým by žalobce porušil zákon o veřejných zakázkách*“ (shodně též např. bod [112] rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci *Opencard*). Klíčový je v tomto ohledu skutečně postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky navazující na původní smlouvu, neboť ten je předmětem dohledu žalovaného. Při zadávání veřejné zakázky navazující na původní smlouvu je zadavatel povinen objektivně vyhodnotit celkový tehdejší i aktuální právní a skutkový stav. A právě z tohoto důvodu se předmětem skutkového zjišťování žalovaného stává též postup zadavatele (vč. jeho případných předchůdců) při zadávání prvotní veřejné zakázky, jakož i relevantní okolnosti nastalé v mezidobí.
44. V nyní projednávané věci je tak např. tvrzená případná počáteční nevědomost či nejistota žalobce o době provozování daného informačního systému fakticky vyvrácena již následným postupem žalobce po uzavření prvotní smlouvy o dílo. Při objektivním hodnocení splnění podmínek pro zadávání předmětné veřejné zakázky v JŘBU provedeném se zohledněním aktuální znalosti všech skutkových okolností tak měl žalobce dospět k jednoznačnému závěru, že onou případnou nevědomostí již ani nelze argumentovat, neboť se během času změnila ve vědomost, že daný informační systém je již po nějakou dobu provozován a provozován má být i nadále. Jinak obecně řečeno, při zadávání navazující veřejné zakázky není hlavním předmětem činnosti zadavatele zjišťování a hodnocení izolovaného skutkového a právního stavu ke dni zadávání původní zakázky, resp. uzavírání původní smlouvy, ale primárně vyhodnocení celkové situace v okamžiku zadání navazující veřejné zakázky v JŘBU, přičemž podmínky pro její zadání je třeba posuzovat s ohledem na zákonnou úpravu účinnou v době jejího zadávání a se zohledněním rozhodovací praxe žalovaného a soudů známé v tu dobu. Postup žalobce při zadávání předmětné veřejné zakázky je specifický v tom, že se žalobce současně dokázal vyvázat z dříve nastoleného

stavu exkluzivity. To však nic nemění na tom, že pro zadání dané zakázky v JŘBU nebyly splněny zákonné podmínky. Uvedená okolnost tak nehrála roli v otázce viny, nepochybně však byla podstatná v otázce trestu (viz níže).

45. Zdejší soud k dané problematice v bodě 44. rozsudku ze dne 17. 10. 2019, č. j. 62 Af 30/2018-101 (předmětem byla veřejná zakázka „*Vývoj IS CEDR MF, modul EHP a Norské fondy*“; kasační stížnost proti tomuto rozsudku zamítl Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 12. 3. 2020, č. j. 10 As 372/2019-56), uzavřel, že „*by se nutně přičila rozumnému pohledu na zadavatelské prostředí klidná akceptace stavu exkluzivity, ‚navždy‘ (po několik desetiletí) trvajících, jen proto, že nově vznikající smlouvy navazují na smlouvy uzavřené ‚kdysi dávno‘. Jestliže byl stav vendor lock-in založen v době, kdy pohled na postupy nabízející ‚otevřenější‘ zadávací postupy nebyl přísný a nebyl v tuzemském prostředí ani dostatečně judikován a kdy ani rozumně uvažující zadavatelé nemuseli předvídat budoucí právní potíže při poptávce plnění od původního dodavatele, k němuž jej stav vendor lock-in vázal (za takové období lze považovat období devadesátých let minulého století, tedy kupř. i rok 1995, jímž argumentuje žalobce), pak by se zdejšímu soudu nejvíce jako zcela spravedlivé přičítat tento stav nyní zadavatelům k tíži v případech, kdy poptávka po nutně navazujících plněních na plnění původní (při jehož kontraktaci byl stav vendor lock-in založen) nebyla jasně a snadno předvídatelná. V nyní posuzované věci však poptávka po nutně navazujícím plnění byla od počátku jistá. Podstatné pro zdejší soud je, že nyní posuzované zadání veřejné zakázky je součástí předem dobře předvídatelného vývoje, který byl dán nikoli dobou, ve které byla původní smlouva uzavřena, nýbrž očekávatelnou potřebou navazující aktualizace systému, bez ohledu na důvody vzniku takové potřeby v budoucnu.“ Tento závěr je, s přihlédnutím ke konkrétním skutkovým okolnostem, plně použitelný i v nyní projednávané věci.*
46. Pokud pak žalovaný vycházel z rozhodnutí ve věcech *Ministerstvo zemědělství I* či *Opencard*, nutno konstatovat, že se držel obsahu a smyslu principů v nich vyjádřených, přestože (jak zdůrazněno již výše) v nich nebyly zcela totožné skutkové a právní okolnosti jako v nyní projednávané věci. V rozsudku *Ministerstvo zemědělství I* Nejvyšší správní soud uvedl, že zadavatel se „*nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastatou situaci dostupnými právními prostředky změnit.*“ Dodal, že v každém jednotlivém případě je třeba „*velmi pečlivě vážit, zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný*“, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky. Kasační soud zdůraznil, že pro závěr o nesplnění materiální podmínky aplikace § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách nepostačí bez dalšího konstatovat, že si zadavatel sám v předcházející zakázce vytvořil právní omezení. Dospěje-li žalovaný k takovému závěru, je nutno *na toto chování zadavatele též „bledět z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky*“. Dále soud uvedl, že je „*otázkou účelnosti takto vynaložených veřejných prostředků, jestli je správné, aby si zadavatel vyhrazoval práva, o kterých nelze v době přípravy zadávacího řízení rozumně očekávat, že nastanou.*“
47. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 15. 10. 2015, č. j. 62 Af 112/2013-131 (věc *Opencard*) z citovaného rozsudku ve věci *Ministerstvo zemědělství I* vycházel, přičemž k němu, jakož i k předchozí judikatuře, konstatoval, že této „*argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného ‚zavinění‘ půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem, kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadávání navazujících zakázek*“. Nejvyšší správní soud v řízení o kasační stížnosti proti tomuto rozsudku uvedený závěr potvrdil a uzavřel, že žalobce si *byl vědom* charakteru, technologické náročnosti a nutnosti následného rozvoje projektu, proč se nemůže s úspěchem odvolávat na svou „*nešikovnost*“ či „*nevědomost*“ (bod [103] rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci *Opencard*).
48. Jak uvedeno již výše, v nyní projednávané věci žalobce *věděl* v návaznosti na uzavření původní smlouvy o budoucí potřebě plnění ohledně podpory a provozu systému NS-VIS, a *musel* je tak *rozumně očekávat*. Jak přitom plyne z výše citované judikatury, není nezbytně nutné, aby toto jednání zadavatele bylo již činěno s nějakým nekalým úmyslem budoucího obcházení zákona

o veřejných zakázkách. Tu je nutno zopakovat, že pojem „zavinění“ není soudy v uvedených souvislostech používán ve smyslu jakékoli delikttní odpovědnosti za navození stavu exkluzivity, nýbrž ve smyslu vyloučení „nešikovnosti“ zadavatele. Pokud pak Nejvyšší správní soud na závěr rozsudku ve věci *Ministerstvo zemědělství I* konstatoval, že „[v] postupu žalobce není možno sledovat účelovost a úmysl obejítí zákona o veřejných zakázkách při zadávání návazných veřejných zakázek“, hodlal tím toliko zdůraznit skutkovou odlišnost dané věci od judikatury, na niž bylo stěžovatelem v dané věci odkazováno a v níž o taková jednání šlo.

49. V uvedených souvislostech žalobce namítl, že žalovaný nezkoumal, zda byl předmětný postup vyvážen hlediskem hospodárnosti a zcela rezignoval na hodnocení postupu žalobce z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zde je v první řadě nutno uvést, že ekonomická stránka věci by mohla převážet ve prospěch zadavatele právě v tzv. čtvrté typové situaci, která, jak uvedeno výše, v nyní projednávané věci nenastala. I kdyby tomu tak však bylo, je třeba souhlasit se žalovaným, že v tomto ohledu žalobce nedoložil potřebnou analýzu, či jiné relevantní podklady, přestože mu v tomto ohledu svědčila návrhová a důkazní povinnost. Zde lze poukázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 2. 2021, č. j. 30 Af 19/2019-115 (věc *Moravskoslezský kraj*), v jehož bodě 88. je uvedeno: „Aby zadavatel mohl s úspěchem argumentovat hospodárností zvoleného řešení, musel by prokázat 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 nešikovní 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 podat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění [...]“. Takové komplexní zhodnocení žalobce v nyní projednávané věci skutečně nepředložil. Požadovaná kritéria komplexnosti přitom nesplňuje ani žalobcem v řízení před soudem předložený znalecký posudek č. 12/2/2018, z něhož lze maximálně dovodit názor znalecké kanceláře, že cena případně pořízeného zcela nového systému by byla ve srovnání s původní cenou systému v roce 2006 obdobná (odpověď na otázku č. 3).
50. Žalobce též nesouhlasil se závěrem správních orgánů, že neunesl důkazní břemeno ohledně splnění podmínek JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. K této námitce je třeba v první řadě uvést, že např. již v rozsudku ve věci *Ministerstvo zemědělství I* dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že důvody pro zadání veřejné zakázky formou JŘBU musí být objektivně dány a zadavatelem jednoznačně prokázány. Jinak řečeno, ten, kdo se dovolává existence okolností opravňujících k použití JŘBU, nese v tomto ohledu také důkazní povinnost. Zvolil-li zadavatel výjimečný postup, jenž spočívá v uzavření smlouvy na veřejnou zakázku bez uveřejnění, tedy bez reálné možnosti dodavatelů získat povědomí o zadávané veřejné zakázce, je to právě zadavatel, kdo musí mít před zahájením takového postupu postaveno najisto, že jsou pro to naplněny konkrétní důvody. Za zadavatele takové důvody vskutku nikdo (ani žalovaný) sám domýšlet a vyhledávat nemůže, jednoduše již jen proto, že nikdo konkrétní okolnosti na straně zadavatele nemůže znát (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 3. 2020, č. j. 10 As 372/2019-56, či ze dne 10. 12. 2020, č. j. 4 As 207/2020-40). Z napadeného rozhodnutí však nevyplývá, že by žalovaný, resp. předseda Úřadu formuloval závěr, který by byl s uvedenými východisky v zásadním v rozporu. Žalobci nebylo v průběhu správního řízení bráněno v předkládání důkazů a předloženými důkazy a jejich vyhodnocením se správní orgány zabývaly. Žalobcem užitou argumentaci soud v daném ohledu vnímá spíše jako vyjádření nespokojenosti nad závěry vyvozenými správními orgány z důkazů předložených žalobcem, což je však již otázka poněkud jiná. Uvedené na druhou stranu neznámá apriorní povinnost zadavatele podkládat doslova každý svůj krok znaleckými posudky. Je však nepochybné, že dle judikatury se při přezkumu splnění podmínek pro užití JŘBU předpokládá důkazní povinnost zadavatele, a to i ve vztahu k podmínce materiální.
51. V uvedených souvislostech lze jako lichou odmítnout žalobcovu poznámku, že materiální podmínka nevyplývá ze znění příslušného ustanovení zákona, ale byla dovozena toliko

judikatorně, a to navíc až poté, co žalobce uzavřel původní smlouvu o dílo. Pomine-li soud evropskou judikaturu (viz shora) a z ní plynoucí závěry ohledně důkazní povinnosti, lze poukázat např. již na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 5. 11. 2002, č. j. 2 A 3/2002-75, či rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 5. 2005, sp. zn. 31 Ca 101/2004, které se materiálním konceptem zabývají. Byť je tedy materiální podmínka použití JŘBU konkretizována v judikatuře, je dlouhodobě aplikována a není zřejmé, proč by se mělo jednat o nepřipustně extenzivní výklad zákona v neprospěch žalobce. Nejde ani o porušení zásady *in dubio pro reo*, která je samozřejmě v případě skutkových pochybností plně použitelná.

52. Pokud pak jde o žalobcem zmiňované *technické důvody*, nutno v první řadě konstatovat, že v zadávacím řízení žalobce coby na důvod pro použití JŘBU poukazoval toliko na důvod spočívající v ochraně výhradních práv dosavadního dodavatele. Soud se nicméně zabýval i touto částí žalobcovy argumentace, přičemž shledal, že ani z žalobcem předloženého znaleckého posudku č. 12/2/2018 neplynou takové technické důvody ve smyslu absolutní jedinečnosti technického řešení, které by samy o sobě odůvodňovaly použití JŘBU v daném případě. Jinak řečeno, v případě žalobcem tvrzených technických důvodů nejde o skutečnou technickou nemožnost plnění předmětu veřejné zakázky jiným dodavatelem než vybraným uchazečem, nýbrž o faktický důsledek exkluzivity výhradních práv vybraného uchazeče vyplývající z původní smlouvy o dílo. Jak dále plyne i z judikatury (srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 21. 12. 2015, č. j. 30 Af 78/2013-148), skutečnost, že dosavadní dodavatel má detailní znalost jednotlivých částí systému a souvisejícího softwarového a hardwarového prostředí zadavatele, s nímž jsou části systému provázány, a má tudíž jisté know-how, není sama o sobě technickým důvodem pro zadání zakázky v JŘBU tomuto dodavateli. Na stejné úrovni (tedy jako skutečnosti, které samy o sobě nejsou relevantními technickými důvody) se nachází též žalobcem tvrzená bezpečnostní rizika ohledně úprav systému, migrace dat v případě přechodu na nový systém či současného fungování dvou takových systémů apod. Žalobce vskutku neprokázal technickou jedinečnost daného systému, byť složitého a robustního, na jejímž základě by byl za podmínky obecné dostupnosti veškerých potřebných informací (znalost softwaru, příslušné podrobné dokumentace, struktury systému apod.) schopen zajistit provoz a podporu systému toliko vybraný uchazeč. Jím předkládané důkazy poukazují toliko na složitost a rizikovost, nikoli tedy na technickou nemožnost, takového postupu. Právě v tomto ohledu dává smysl závěr předsedy Úřadu uvedený v bodě 56. napadeného rozhodnutí, že posouzení technických důvodů není v dané věci prioritní, neboť jedinečné postavení vybraného uchazeče nevyplývalo z jeho speciálních schopností umožňujících mu jako jedinému podporovat a rozvíjet daný systém, ale toliko z důvodů autorskoprávních a smluvně-licenčních. Nelze přitom argumentovat nemožností získat v rámci prvotní veřejné zakázky příslušná oprávnění k úpravám systému a ke zdrojovým kódům. Ostatně i ze znaleckého posudku č. 12/2/2018 plyne, že by se takový postup zřejmě jevil v roce 2006 poněkud neobvyklým, nikoli však nemožným (v tomto ohledu lze nicméně znaleckému posudku vytknout nepřezkoumatelnost, neboť znaleckým ústavem provedená anketa mezi dodavateli zůstala zcela anonymní).
53. K uvedenému je navíc nutno ve shodě se správními orgány konstatovat, že i kdyby se žalobci podařilo prokázat, že neexistuje subjekt odlišný od vybraného uchazeče, jenž by byl schopen realizovat předmět dané veřejné zakázky, nic to nemění na skutečnosti, že stav exkluzivity na jeho straně byl způsoben toliko jednáním žalobce samotného. Tedy v situaci, kdy nebyl naplněn materiální předpoklad postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, bylo prokazování předpokladů formálních fakticky nadbytečné. Z napadeného rozhodnutí lze mít nicméně v tomto ohledu za to, že existenci výhradních práv vybraného uchazeče byla žalovaným, výslovně pak předsedou Úřadu, akceptována.
54. K tvrzení žalobce, že konání JŘBU bylo jedinou reálně možnou cestou, jak zachovat všechny povinnosti plynoucí z právního řádu jako celku, nutno konstatovat, že soud nepopírá složitost celkového žalobcova postavení v momentě zadávání předmětné veřejné zakázky a je dalek

postoji, který by mohl být, byť třeba i jen vzdáleně, vnímán jako poskytování tzv. „knížecích rad“. Je faktem, že se žalobce dostal do slepé (svého druhu) uličky. Poukazovaným prizmatem však s ohledem na shora uvedená právní východiska nelze na nyní projednávanou věc nahlížet. Žalobci je jednak přičitatelná jeho předchozí činnost, popř. nečinnost, jednak nelze přehlédnout horizont existence a provozování předmětného informačního systému (a to za účinnosti zákona o veřejných zakázkách). Předmětem dohledu žalovaného bylo dodržení zákonných podmínek pro zadání *předmětné* veřejné zakázky v JŘBU. Otázka konkrétních dopadů závěru žalovaného o nemožnosti použití JŘBU v daném případě je však problematikou poněkud jinou. Žalobce v rámci využití JŘBU poukázal na ochranu výhradních práv [v žalobě pak též na technické důvody] dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Pokud tyto zákonem stanovené důvody pro použití JŘBU nebyly splněny, byť třeba i jen ve svém materiálním předpokladu, nemohou případné dopady nemožnosti aplikace tohoto specifického postupu dle předmětného ustanovení samy o sobě jeho využití odůvodnit.

55. Z obdobného důvodu nemůže obstát ani tvrzení žalobce, že ve skutečnosti nemohlo dojít k vlivu jeho postupu na výběr nejvhodnější nabídky ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť i v případě zadání předmětné veřejné zakázky v otevřeném řízení by mohl podat nabídku výhradně stávající dodavatel. Žalobce zde však přehlíží, že znemožnění soutěže v daném případě způsobil svým celkovým postupem on sám. Nekonala-li se o danou zakázku vůbec soutěž z důvodů na straně žalobce, je dostatečně zřejmé, že jeho postupem mohlo dojít k vlivu na výběr nejvhodnější nabídky.
56. Soud se pak neztotožnil ani s tvrzením žalobce, že napadeným rozhodnutím bylo porušeno pravidlo přednosti pozdější příznivější právní úpravy. V této souvislosti žalobce poukázal jednak na § 29 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek, jednak na § 63 odst. 3 písm. b), odst. 4 téhož zákona. K uvedenému je nutno v prvé řadě uvést, že ani jedním z uvedených ustanovení nedošlo k výslovné dekriminalizaci typového jednání spáchaného žalobcem oproti předchozí právní úpravě. Pokud pak jde o první ze zmiňovaných ustanovení, podle § 29 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek *žadavatel není povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, pokud by provedení zadávacího řízení ohrozilo ochranu základních bezpečnostních zájmů České republiky a současně nelze učinit takové opatření, které by provedení zadávacího řízení umožňovalo*. Toto ustanovení nevyjímá oblast základních bezpečnostních zájmů státu z působnosti zákona, toliko umožňuje zadavateli, aby při výběru dodavatele nepostupoval v zadávacím řízení. Pokud však zadavatel možnosti uplatnit danou výjimku nevyužije, zákonu plně podléhá. I kdyby soud v daném případě shledal, že předmětná veřejná zakázka by teoreticky mohla spadat pod danou výjimku, nebylo by možné (z hlediska případné aplikace pozdější právní úpravy) presumovat skutkový stav, totiž reálnou volbu zadavatele. V nyní projednávané věci je tak třeba vycházet z toho, že předmětné zadávací řízení bylo provedeno formou JŘBU. Soud má navíc pochyby o poněkud zjednodušeném tvrzení žalobce, že by nebylo možné učinit opatření, které by provedení předmětného zadávacího řízení umožňovalo, byť nepopírá, že by takové opatření mohlo být složité.
57. Co se týče ustanovení § 63 odst. 3 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek, podle něhož *žadavatel může také použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž*, má soud ve shodě s žalovaným za to, že oproti dosavadní právní úpravě nedošlo k zásadní změně v chápání podmínek pro umožnění postupu v JŘBU. Nově není kladen větší důraz na objektivní vyloučení hospodářské soutěže z technických důvodů, tento důsledek existence technických důvodů je nyní toliko explicitně vyjádřen v textu zákona. Navíc i současný zákon akcentuje i naplnění materiální podmínky JŘBU. Není tedy možné, aby k faktickému vyloučení hospodářské soutěže došlo následkem stavu exkluzivity vzniklého v minulosti. Jak plyne z důvodové zprávy, „[p]oužití tohoto řízení by mělo být omezeno pouze na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je již od začátku jasné, že by

uverejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden dodavatel, který může veřejnou zakázku splnit. K použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, situace výlučnosti tak nemůže být vytvořena samotným zadavatelem.“ (podtržením zvýraznil soud). Ani v jednom ze žalobcem poukazovaných případů tak nebylo možno dospět k závěru, že pozdější právní úprava by byla pro žalobce příznivější.

58. Žalobce dále brojil proti uložené sankci. K rozsahu, v němž soud přezkoumává zákonost uložené sankce, lze odkázat např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 4. 2012, č. j. 1 Afs 1/2012-36, č. 2671/2012 Sb. NSS (věc *Asociace užité grafiky a grafického designu I*), podle něhož „*při posuzování zákonosti uložené sankce správní soud k žalobní námitce přezkoumá, zda správní orgán při stanovení výše sankce zohlednil všechna zákonem stanovená kritéria, zda jeho úvahy o výši pokuty jsou racionální, ucelené, koherentní a v souladu se zásadami logiky, zda správní orgán nevybočil z mezí správního uvážení nebo jej nezneužil, ale rovněž, zda uložená pokuta není likvidační [srov. např. usnesení rozšířeného senátu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008-133, publikované pod č. 2092/2010 Sb. NSS, www.nssoud.cz, nebo nálezy Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 3/02 ze dne 13. 8. 2002 (N 105/27 SbNU 177; 405/2002 Sb.), nebo sp. zn. Pl. ÚS 38/02 ze dne 9. 3. 2004 (N 36/32 SbNU 345; 299/2004 Sb.); oba dostupné na <http://nalus.usoud.cz>]. Při hodnocení zákonosti uložené sankce správními soudy není dán soudu prostor pro změnu a nabrání správního uvážení uvážením soudním, tedy ani prostor pro hodnocení prosté přiměřenosti uložené sankce. Přiměřenost by při posuzování zákonosti uložené sankce měla význam jediné tehdy, pokud by se správní orgán dopustil některé výše popsané nezákonnosti, v jejímž důsledku by výše uložené sankce neobstála, a byla by takříkajíc nepřiměřená okolnostem projednávaného případu. Používání výrazu ‚přiměřenost uložené pokuty‘ v této souvislosti je však do jisté míry nepřesné, neboť soudní řád správní umožňuje správnímu soudu zohlednit hledisko přiměřenosti jen v rámci posuzování individualizace trestu, tj. v situaci, kdy je správní soud podle § 78 odst. 2 s. ř. s. na návrh žalobce nadán pravomocí nahradit správní uvážení a výši uložené sankce moderovat a zároveň je správním orgánem uložená sankce zjevně nepřiměřená. Ani v takovém případě ale pro zásah do správního uvážení soudem nepostačí běžná nepřiměřenost, ale je nutné, aby nepřiměřenost dosáhla kvalitativně vyšší míry a byla zjevně nepřiměřená.*“ K tomu lze dodat, že ani v případě moderace pokuty soudem není jejím smyslem a účelem hledání „ideální“ výše sankce soudem místo správního orgánu, ale toliko její korekce v případech, v nichž by sankce, pohybuující se nejen v zákonném rozmezí a odpovídající i všem zásadám pro její ukládání a zohledňující kritéria potřebná pro její individualizaci, zjevně neodpovídala zobecnitelné představě o adekvátnosti a spravedlivosti sankce [srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs 77/2012-46 (věc *Asociace užité grafiky a grafického designu II*), ze dne 19. 4. 2012, č. j. 7 As 22/2012, č. 2672/2012 Sb. NSS, či ze dne 14. 9. 2020, č. j. 5 As 204/2019-62 (věc *ARMEX Oř*)].
59. V uvedených souvislostech nutno uvést, že žalovaný, potažmo předseda Úřadu, při ukládání pokuty postupovali v souladu se zákonem i zásadami plynoucími z judikatury (viz výše). K jednotlivým námitkám žalobce lze v první řadě konstatovat, že preventivní funkce pokuty má svoji obecnou i individuální stránku. Žalovaný výslovně zohlednil skutečnost, že žalobce od vybraného uchazeče získal výhradní práva, která byla důvodem zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU. Přestože je tedy zamezeno tomu, aby žalobce do budoucna zadával veřejné zakázky týkající se daného informačního systému témuž dodavateli v JŘBU z důvodu ochrany jeho výhradních práv, neznamená to, že uložená pokuta pozbyla svůj preventivní charakter generální (vůči široké obci zadavateli) či individuální (vůči žalobci při zadávání jakýchkoli jiných veřejných zakázek).
60. Žalovaný přihlédl k žalobcově snaze odstranit stav exkluzivity, a to k coby polehčující okolnosti (bod 185. rozhodnutí žalovaného), přičemž zohlednil i to, že tato snaha byla úspěšná. Je pravdou, že žalovaný konkrétně neuvedl, jakým způsobem tato polehčující okolnost ovlivnila uloženou pokutu, takový postup však není nezbytný. Klíčové je, aby se uváděná okolnost reálně odrazila ve výši uložené sankce. Tak tomu i bylo. V této souvislosti však při porovnávání s pokutami uloženými v jiných případech (na něž např. odkazuje žalobce) není určující samotná nominální výše uložené pokuty, neboť ta se může v jednotlivých případech lišit jak na základě specifík té

kteří věci, tak na základě proměnlivé hranice horní sazby. Pro účely komparace uložené sankce s jinými případy je naopak vypovídající její relativní vyjádření, z něhož lze odvozovat přísnost správního orgánu v konkrétní věci. V nyní projednávané věci uložená pokuta dosahuje výše 5 % možné sazby. Z tohoto relativního pohledu je poměrně zřejmé, že by se v daném případě mohlo jednat o sankci uměřenou a odpovídající skutkovým okolnostem. Tento závěr pak lze ověřit např. porovnáním s pokutami ukládanými žalovaným v obdobných případech v témže období. Soud shodou okolností v nedávné době přezkoumával řadu takových rozhodnutí (jednalo se o IT zakázky zadávané prostřednictvím JŘBU Generálním finančním ředitelstvím), na základě své úřední činnosti tak může porovnat, že v nyní projednávané věci byla uložena podstatně (řádově a leckdy mnohonásobně) nižší pokuta – ve věci vedené zdejší soudem pod sp. zn. 29 Af 23/2018 dosahovala pokuta výše 27,55 % možné sazby, ve věci sp. zn. 29 Af 24/2018 výše 17,14 %, ve věci sp. zn. 29 Af 25/2018 výše 19,85 %, ve věci sp. zn. 29 Af 26/2018 výše 12,41 %, ve věci sp. zn. 29 Af 27/2018 výše 38,50 %, ve věci 29 Af 28/2018 výše 35,2% a ve věci 29 Af 31/2018 výše 26,09 %. I když se jedná toliko o namátkový výběr z rozhodovací činnosti žalovaného, je z něj zřejmé, že k jiným obdobným případům žalovaný přistupoval přísněji. Nelze tak dospět k závěru, že by žalovaný potrestal žalobce exemplárním způsobem. Na základě uvedeného srovnání lze naopak důvodně předpokládat, že pokud by žalovaný nemohl přihlídnout k poukazované polehčující okolnosti, mohla by uložená pokuta dosahovat zjevně vyšších hodnot.

61. Pokud pak žalobce poukázal na výši uložené pokuty z toho důvodu, že hospodář s omezenými rozpočtovými prostředky, které jsou vázány na realizaci předem definovaných úkolů a plnění (bezpečnost státu), nutno uvést, že v tomto ohledu působí pouhý odkaz žalovaného na rozpočet žalobce za rok 2017 (bod 193. rozhodnutí žalovaného) skutečně do jisté míry zjednodušujícím dojmem. Na druhou stranu tento odkaz žalovaný učinil toliko za účelem, aby vyloučil případný likvidační účinek uložené pokuty. Tu mu lze naopak dát za pravdu, že pokud daný rozpočet dosahuje výše v řádu miliard korun, lze důvodně předpokládat, že pokuta uložená ve výši 1 000 000 Kč nezpůsobí zásadní (neúměrně škodlivou) poruchu v činnosti žalobce i za současného uznání účelové vázanosti podstatné části přidělených rozpočtových prostředků. Vedle toho je nutno zdůraznit, že žalobce ani netvrdil a neprokázal konkrétní neúnosné dopady, které by uložená pokuta měla způsobit v jeho rozpočtové situaci. Navíc je nezpochybnitelnou skutečností, že za žalobcem coby organizační složkou státu stojí *largo sensu* celý státní rozpočet, pročez je žalovaným učiněný odkaz plně odpovídající danému účelu [poněkud jinou otázkou je v tomto ohledu problematika žalobní legitimace státu, srov. zejména usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 2. 2020, č. j. 8 Afs 128/2018-46, č. 4006/2020 Sb. NSS (věc *PROMOPRO II*)].
62. Soud se též ztotožnil se způsobem, jímž žalovaný aplikoval § 120 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách (body 173. až 175. rozhodnutí žalovaného, bod 75. rozhodnutí předsedy Úřadu). Argument žalobce, že žalovaný měl vycházet z maximální ceny bez DPH je lichý. Sporné ustanovení, na rozdíl např. od § 13 odst. 1 téhož zákona, neříká o nezapočítávání DPH ničeho. Žalovaný pak k této problematice správně podotkl, že žalobce zde *de facto* nemohl být dotčen na právech, neboť vzhledem k maximální ceně zakázky byla horní sazba pokuty shodná.
63. Vzhledem k tomu, že soud nedospěl k závěru o zjevné nepřiměřenosti uložené pokuty, nemohl přistoupit k žalobcem navrhovanému užití moderačního oprávnění.

VII. Závěr a náklady řízení

64. Soud shledal námitky žalobce nedůvodnými. V řízení nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž musí soud přihlížet z úřední povinnosti. Z těchto důvodů zdejší soud žalobu zamítl jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s. ř. s.

65. O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl, a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníkovi řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 14. února 2022

JUDr. Zuzana Bystřická v.r.
předsedkyně senátu