



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců Mgr. Petra Sedláka, PhD. a JUDr. Václava Štencla, MA ve věci

žalobce: **Statutární město Brno**, IČO 44992785
sídlem Dominikánské nám. 196/1, 602 00 Brno
zastoupený advokátem Mgr. Milanem Šebestou, LL.M.
sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno

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

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 2. 1. 2018, č. j. ÚOHS-R0192/2017/VZ-37799/2017/323/Lva

takto:

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

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

1. Rozhodnutím žalovaného ze dne 11. 10. 2017, č. j. ÚOHS/S0309/2017/VZ-29605/2017/523/Hvo (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“), byl žalobce shledán vinným ze spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 30. 9. 2016 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), kterého se měl dopustit tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, když

veřejnou zakázku s názvem „Rozšíření a rozvoj systému GINIS“ (dále také jako „veřejná zakázka“ nebo „předmětná veřejná zakázka“) zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, zahájeném dne 16. 7. 2015, s odkazem na důvody ochrany výhradních práv vybraného uchazeče (tj. společnosti GORDIC spol. s r. o.), aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, přičemž postup žalobce mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a žalobce uzavřel dne 6. 11. 2015 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Za uvedený přestupek uložil žalovaný prvostupňovým rozhodnutím žalobci pokutu ve výši 270 000 Kč. Proti prvostupňovému rozhodnutí brojil žalobce rozkladem, který předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 2. 1. 2018, č. j. ÚOHS-R0192/2017/VZ-37799/2017/323/Lva (dále jen „napadené rozhodnutí“), dle § 152 odst. 6 písm. b) a § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zamítl, přičemž prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

II. Obsah žaloby

2. Žalobce se domáhá zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. Namítá nezákonnost napadeného rozhodnutí spočívající ve vadném posouzení skutkového stavu a nesprávném právním posouzení. Dle názoru žalobce žalovaný nepřihlížel k žalobcem opakovaně namítaným skutečnostem v podobě nutnosti zohlednění vývoje IT na úrovni zadavatele (žalobce) jako statutárního města za období uplynulé dekády, ani k tvrzením ohledně nutnosti jednotné technologické a systémové základny prostředí zadavatele, ke kterému všechny kroky zadavatele směřovaly. Žalovaný nevzal v potaz ani konkrétní podmínky provozu a jeho ekonomiku, časový a personální rozměr a oprávněné nároky uživatelů informačního systému v podmínkách zadavatele. Tímto směrem v podstatě ani nevedl dokazování v rámci zjišťování skutečného stavu věci, o němž nepanují pochybnosti. Z napadeného rozhodnutí ani odkazů žalovaného na judikaturu nevyplývá, že by žalobcem nashromážděné podklady nebyly dostatečné k prokázání existence výhradních práv a toho, že se nejedná o zaviněnou exkluzivitu. Žalobce již před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění disponoval dlouhodobou zkušeností z možností na trhu s informačními systémy předmětné povahy, vypracoval si studii v souvislosti s možností aplikace jiného produktu a pokoušel se, avšak neúspěšně, o jeho zavedení. Průběžně monitoroval stav trhu, ale v dané době na trhu neexistovala možnost zasažení jiných subjektů do informačního systému GINIS. Za dané situace žalobce nemohl učinit nic jiného, než existující a funkční systém využívat a na jeho dodavatele působit tak, aby *pro futuro* došlo k „otevření trhu“, což žalobce v rámci svých pokusů při ověřování autorskoprávní výlučnosti pravidelně činil. O výhradnosti svých práv vybraný uchazeč poskytoval čestné prohlášení – takový důkaz není možno ignorovat, avšak žalovaný tak činí. Tvrzení žalovaného o nedostatečném podložení oprávněnosti využití jednacího řízení bez uveřejnění svědčí o zjevném ignorování skutečností daných a prokázaných v průběhu správního řízení (evidentní snaha žalobce vyvázat se z „*vendor lock-in*“ situace, předložená studie, ověření stavu autorskoprávní výlučnosti, znalecký posudek „Posouzení dodavatelské výlučnosti při podpoře a rozvoji informačního systému GINIS“ ze dne 6. 10. 2017). Závěr, že posudek neobsahuje odpovědi na rozhodující otázky, není žalovaným náležitě odůvodněn, žalovaný ho učinil bez dalších důkazů. Snaha žalovaného hledat podobnost pro jím tvrzený skutkový stav v dílčích aspektech fungování operačního systému Windows s jinými softwarovými produkty na zcela jiném trhu jen dosvědčuje absenci dostatečného argumentu, který by zpochybnil fakt, že žalobce nebyl reálně schopen změnit neochotu dodavatele informačního systému otevřít možnost dalším dodavatelům ucházet se o alespoň dílčí plnění navazující na hlavní systém GINIS.
3. Žalobce dále namítá nezákonnost uložené pokuty. Má za to, že žalovaný nedostál své povinnosti dostatečné přezkoumatelnosti úvah o uložení sankce a že opakovaně překročil meze správního uvážení. Žalovaný se dopustil dvojího přičítání téhož, když potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky posoudil současně jako následek spáchání přestupku, aniž by dostatečně odůvodnil jeho intenzitu. Ani předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí nijak nerozvedl

úvahy o závažnosti. Žalovaný musí vzhledem k přijetí zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „přestupkový zákon“) přihlédnout jako k příznivější právní úpravě rovněž k ustanovení jeho § 37, který mu ukládá výslovně se zabývat všemi polehčujícími okolnostmi. Žalovaným nebyly dostatečně zohledněny polehčující okolnosti. Skutečnost, že žalobce neuspěl ve snahách o přechod na jiný informační systém, nelze přičítat jednání žalobce, ale objektivní skutečnosti spočívající ve vlastnostech stávajícího systému a stavu trhu. Ani žalovaným zohledňovaná délka trvání stavu není skutečností, kterou by mohl žalobce ovlivnit, a nelze ji tedy žalobci přičítat k tíži, mělo tedy dojít přinejmenším ke snížení uložené pokuty.

4. Žalobce nesouhlasí s hodnocením relevantnosti výsledku šetření podnětu vedeného pod sp. zn. P120/2014/VZ, provedeným žalovaným, zejména pak s tvrzením žalovaného, že legitimní očekávání žalobce mohlo založit pouze pravomocné rozhodnutí, kterým závěr šetření daného podnětu nebyl. Naopak sdělení žalovaného v dané věci bylo pro budoucí kroky žalobce legitimně vnímáno jako potvrzení dobré praxe žalobce. Žalovaný se nedostatečně nvyvořádal s námítkou žalobce, když nezdůvodnil nutný odklon od svého předchozího pohledu na věc, čímž porušil princip legitimního očekávání žalobce (§ 2 odst. 4 správního řádu) a v konečném důsledku napadené rozhodnutí zatížil vadou nepřezkoumatelnosti.

III. Vyjádření žalovaného

5. Žalovaný ve svém vyjádření odkazuje na odůvodnění správních rozhodnutí a navrhuje, aby soud žalobu zamítl. Žalovaný zjišťoval veškeré skutečnosti ve prospěch i v neprospěch žalobce. Co se týče doložení podmínek opravňujících použití jednacního řízení bez uveřejnění, povinnost zjištění skutkového stavu věci se vztahuje pouze na zjištění, zda žalobce toto důkazní břemeno unesl. V šetřeném případě nebyla naplněna materiální stránka pro využití jednacního řízení bez uveřejnění. Stav exkluzivity si žalobce vytvořil sám uzavřením původních smluv s takovými licenčními podmínkami, které mu údajně neumožnily zadat veřejnou zakázku jinak, než v jednacím řízení bez uveřejnění. Každým dalším dodatkem k původní smlouvě žalobce posiloval stav exkluzivity vybraného uchazeče. Žalobce měl více možností, jak se mohl vyhnout tzv. „*vendor lock-in*“ efektu. Služby, které byly předmětem veřejné zakázky, jsou činnostmi, které mohl žalobce rozumně očekávat. Nedošlo k retroaktivnímu výkladu právních norem, žalovaný podmínky pro zadání předmětné veřejné zakázky posuzoval s ohledem na zákonnou úpravu účinnou v době jejího zadávání. Žalovaný trvá na nadbytečnosti posudku, neboť spornou otázkou není to, zda je informační systém GINIS autorským dílem, na což znalecký posudek toliko kladně odpovídá, ale to, zda stav výlučnosti vybraného uchazeče byl způsoben žalobcem. Ze znaleckého posudku by mělo vyplývat, jaké konkrétní technické důvody existují a vedou k tomu, že předmět šetřené zakázky nemůže realizovat jiný dodavatel než vybraný uchazeč - to však z posudku nevyplývá. Žalovanému tak nevznikla povinnost ustanovit znalce k vyhotovení oponentního posudku. Zadavatel by již před realizací jednacního řízení bez uveřejnění měl mít postaveno najisto, zda jediným způsobem zadávání zakázky je jednacím řízením bez uveřejnění. Následně vyhotovený znalecký posudek tedy z logiky věci svou relevancí postrádá.
6. Uložená pokuta je dostatečně individualizovaná a přiměřená. Žalovaný zohlednil všechna kritéria a okolnosti podstatné pro výměru pokuty. Vzal v úvahu, že žalobce zcela vyloučil hospodářskou soutěž. Není pravdou, že by žalovaný některou polehčující okolností nezohlednil, existovala pouze jediná. Žalovaný nemůže přehlédnout nevyužitý časový úsek, ve kterém se žalobce mohl pokusit stávající právní vztah upravit. Žalovaný posoudil, zda sankce není pro žalobce likvidační. Byla naplněna represivní i preventivní funkce sankce. Žalovaný aplikoval princip obsažený v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, přičemž dospěl k tomu, že zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“) není pro žalobce příznivější. Pokuta byla uložena v rámci zákonných mantinelů a nebyla stanovena ve zjevně nepřiměřené výši. Svým pochybením žalobce *de facto*

zcela vyloučil hospodářskou soutěž. Potenciální ovlivnění výběru nevhodnější nabídky je již samotným znakem skutkové podstaty přestupku, neznamená tedy, že skutečná míra narušení soutěže nemohla být žalovaným posuzována v rámci závažnosti přestupku – k dvojímu přičítání téhož nedošlo. Legitimní očekávání žalobce může založit jedině správní praxe založená ustálenou, dlouhodobou, jednotnou činností správního orgánu ve formě pravomocných rozhodnutí. Jestliže v minulosti zůstalo stejné protiprávní jednání žalobce žalovaným nesankcionováno, nemůže se toho žalobce bezvýhradně domáhat i nyní. I kdyby žalobce prokázal existenci objektivních důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tak za předpokladu, že by žalovaný měl na základě skutkových zjištění za to, že si žalobce tyto důvody způsobil sám, musel by žalobce následně doložit, že tyto důvody svým vlastním předchozím jednáním nezapříčinil.

IV. Replika

7. Žalobce v podané replice odkazuje na žalobu, opakuje žalobní námitky nebo závěry z nich vyplývající. Dodává, že z obsahu správního spisu je patrná snaha žalobce vysoutěžit jiné řešení. Po neúspěchu této alternativy působil žalobce na vybraného uchazeče ve snaze přimět ho k „otevření“ zdrojového kódu, tedy toho, co je stěžejní faktickou překážkou možnosti širší soutěže na informační systémy. Nelze říci, že by postup žalobce po dobu smluvního vztahu s vybraným uchazečem nebyl opřen o objektivní důkazy. Žalovaný nepředložil pádné argumenty a důkazy o jím tvrzené zaviněné exkluzivitě. Žalovaný nezohlednil specifika IT prostředí v podmínkách města Brna nebo bagatelizoval důkazy. Závěr žalovaného o nedostatečném unesení důkazního břemene je založen na přesvědčení, že v případě existence smlouvy na informační systém s faktorem „exkluzivity“ ani důkazní břemeno unést nelze a jakékoliv (nepodložené) zpochybnění čistě hypotetickými (na daném trhu v dané době nereálnými) alternativami inspirovanými až stavem trhu a oboru v současnosti, postačí jako důkaz o zavinění exkluzivity. Žalovaný se bez náležité důkazní podpory snaží dovodit, že daný stav exkluzivity žalobce v minulosti nemusel založit, a tedy že by byl schopen implementovat informační systém GINIS s odlišnými licenčními podmínkami – takové závěry jsou přitom v přímém rozporu se znaleckým posudkem, který žalobce jako důkaz předložil. U materiální podmínky, tedy neexistence zaviněné exkluzivity, spočívá důkazní břemeno stále na žalovaném, ten však výrok o vině žalobce opřel především o tvrzení, že žalobce neunesl důkazní břemeno v souvislosti s materiální podmínkou použití jednacím řízení bez uveřejnění, neboť formální podmínku žalovaný v podstatě nezpochybněval. Žalovaný zcela nedostatečně posoudil existenci intenzity následku, a dopustil se tak při ukládání pokuty libovůle

V. Posouzení věci krajským soudem

8. Krajský soud v Brně na základě včas podané žaloby přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů; dále jen „s. ř.“), jakož i řízení předcházející jeho vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). Ve věci rozhodl bez nařízení jednání za splnění zákonných podmínek (§ 51 odst. 1 s. ř. s.).
9. Předmětem sporu mezi stranami je otázka, zda žalobce splnil podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, resp. zda unesl důkazní břemeno ve vztahu k naplnění v tomto ustanovení uvedených podmínek. Dle citovaného ustanovení platí, že „[z]adavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem“ (podtržení doplněno zdejším soudem).

10. K otázce naplnění shora vymezených podmínek zdejší soud poznamenává, že jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání toliko jednoho zájemce (či omezený okruh zájemců), avšak použití tohoto řízení je vázáno na splnění omezujících podmínek (zamezujících zneužití takového typu zadávacího řízení). Veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění je možné zadat pouze v případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku (k tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, publ. pod č. 2790/2013 Sb. NSS; všechny zde citované rozsudky Nejvyššího správního soudu jsou dostupné na www.nssoud.cz). Jednací řízení bez uveřejnění je tedy výjimečným postupem, který je zadavatel oprávněn použít výlučně za naplnění zákonem taxativně stanovených podmínek. Jsou-li tyto podmínky dány, není pak zadavatel povinen uveřejnit zahájení zadávacího řízení vůči neomezenému počtu potenciálních dodavatelů; oslovuje pouze předem určené subjekty a z povahy věci tak dochází (v tomto případě k zákonem předvídanému) omezení hospodářské soutěže. Nutno zdůraznit, že o použití příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost.
11. Z ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu (srov. např. rozsudky ze dne 28. 11. 2012, č. j. 1 Afs 23/2012 - 102; ze dne 31. 8. 2015, č. j. 8 As 149/2014 - 68; ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015 - 95, publ. pod č. 3436/2016 Sb. NSS; či ze dne 1. 11. 2017, č. j. 1 As 242/2017 - 48), vycházející mimo jiné z rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02, *Komise proti Itálii* (obdobně srov. také rozsudky Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 3. 1987 ve věci C-199/85, *Komise proti Itálii*, či ze dne 17. 11. 1993 ve věci C-71/92, *Komise proti Španělsku*, všechna zde citovaná rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie jsou dostupná na <https://curia.europa.eu>), vyplývá potřeba restriktivního výkladu ustanovení umožňujících výjimku spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění, jakož i potřeba unesení důkazního břemene o tom, že jsou dány výjimečné podmínky odůvodňující aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, ze strany toho, kdo se takové výjimky dovolává, tj. zadavatele.
12. V rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, Nejvyšší správní soud konstatoval, že v jím posuzované věci „[z]adavatel musel důkladně a objektivně osvědčit, že jsou dány důvody aplikace jednacího řízení bez uveřejnění, a to např. posudkem z oboru IT a oboru práva, tak jak to zadavatel učinil. Zadavatel byl povinen před rozhodnutím, zda lze využít jednací řízení bez uveřejnění, důkladně právně posoudit předchozí zakázku, na kterou se má navazovat, z hlediska autorského práva, povahy licence a technického hlediska. Prokázání existence důvodu pro aplikaci ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona není z obecného hlediska vázáno pouze na předložení listiny ve formě dokladu (např. ochranná známka, užitečný vzor, patent, licence), ale tyto objektivní důvody musí skutečně existovat [jedná se o naplnění formální stránky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění]; podmínky pro aplikaci citovaného ustanovení zákona musí být naplněny fakticky“ (podtržení doplněno zdejším soudem). V Nejvyšším správním soudem posuzované věci byla znaleckými posudky prokázána „objektivní existence výhradních práv (autorských), která nedovolují zadavateli libovolně nakládat s předchozími systémy, na které by měla veřejné zakázka navazovat.“
13. Rozložení důkazního břemene v otázce důvodnosti využití jednacího řízení bez uveřejnění logicky vyplývá z povahy samotného jednacího řízení bez uveřejnění, jež je výjimkou z otevřené soutěže a pro jehož použití platí zákonem stanovené podmínky směřující k omezení možnosti využívat tohoto typu veřejné zakázky jen ve skutečně odůvodněných případech. Jestliže žalobce upřednostnil tuto formu veřejné zakázky, bylo jeho povinností prokázat, že jasnou a odůvodněnou vědomost o existenci důvodů pro jednací řízení bez uveřejnění měl ještě před zadáním zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění a že těmito důvody zadání jednacího řízení bez uveřejnění odůvodnil. Bylo na žalobci, aby doložil ve správním řízení splnění podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění, a nikoliv na žalovaném, aby prokazoval žalobci, že podmínky pro jednací řízení bez uveřejnění nebyly naplněny. K prokázání naplnění podmínek pro použití

jednacího řízení bez uveřejnění může zadavatel ve správním řízení kromě zadávací dokumentace navrhovat i další důkazy, např. znalecké posudky. Nejvyšší správní soud se k důkaznímu břemenu v rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53 vyjádřil tak, že „[p]okud měl stěžovatel [žalovaný] za to, že součástí plnění měly být běžně dostupné služby a dodávky (např. dodávka hardware a běžných licencí, jiné nenavazující plnění), které by bylo nutné zadat v obecně použitelném druhu zadávacího řízení, měl tuto skutečnost ve svém rozhodnutí uvést, případně vhodně zvolenými znaleckými posudky prokázat“. Důkazní břemeno tedy žalovaného stíhá tehdy, pokud chce zpochybnit skutečnosti, u kterých unesl své důkazní břemeno zadavatel.

14. Ochrana výhradních práv, jakožto jeden z důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, připadá v úvahu zejména v situaci, kdy zadavatel získal v minulosti dílo zatížené výhradními právy dodavatele, které je nezbytné pro pořízení dalšího plnění, a dodavatel nemá vůli udělit autorskoprávní nebo jinou licenci jiné osobě, která by plnění mohla zadavateli poskytnout (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 – 53). Pouhý odkaz zadavatele na dosavadního dodavatele (jeho znalosti a zkušenosti získané právě na základě jejich dosavadní spolupráce) a potřebu zajištění kontinuity poskytovaných IT služeb nemůže bez dalšího obstát jako důvod pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Nejde o technický důvod ani o důvod spočívající v ochraně výhradních práv, ale o důvod spíše organizačně-provozní povahy, jehož akceptace by ve výsledku vedla k nedůvodnému popření soutěžního prostředí (rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 21. 12. 2015, č. j. 30 Af 78/2013 – 148, publ. pod č. 3390/2016 Sb. NSS). K naplnění podmínek dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tedy nestačí existence technických, uměleckých či autorskoprávních důvodů, musí být prokázána nezbytnost splnění zakázky pouze určitým dodavatelem, tzv. stav exkluzivity (rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 149/2014 – 68 či č. j. 1 As 256/2015 – 95).
15. Zároveň je nutno zdůraznit, že pro možnost využití jednacího řízení bez uveřejnění, nemůže být „stav exkluzivity“ (tj. nezbytnost splnění zakázky pouze určitým dodavatelem) vytvořen samotným zadavatelem (v opačném případě nelze hovořit o naplnění materiální podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění). Opačný závěr by byl zcela v rozporu se smyslem a účelem zásad, na kterých je právní úprava veřejných zakázek postavena (tj. zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace). K tomu srov. zejména rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, ve kterém Nejvyšší správní soud uzavřel, že „jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zavineným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak 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 nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.“ (obdobně srov. též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012 - 54, publ. pod č. 2790/2013 Sb. NSS).
16. Lze tedy shrnout, že pro využití jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv pro účely zadání veřejné zakázky na správu, úpravu či rozšíření dříve dodaného díla musí být splněno několik podmínek, které musí v případném řízení před žalovaným zadavatel prokázat: 1) Existuje stav exkluzivity konkrétního dodavatele k určitému dílu, v důsledku kterého nemůže toto dílo dále spravovat, upravovat, rozšiřovat apod. nikdo jiný. 2) Zadání zakázky tomuto dodavateli je vynuceno tímto stavem exkluzivity, tj. zakázku nelze objektivně řešit jinak než jejím zadáním konkrétnímu dodavateli. 3) Tyto dvě podmínky musí zadavatel před využitím jednacího řízení bez uveřejnění dostatečně zanalyzovat a v dokumentaci k veřejné zakázce řádně zdůvodnit. 4) Stav exkluzivity, který je důvodem pro využití jednacího řízení bez uveřejnění, si nezpůsobil sám zadavatel, ač si mohl být vědom pozdější nutnosti dílo dále upravovat či rozšiřovat.

17. Jak vyplývá ze zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce, předmětem plnění této zakázky byly „*služby a doplnění již implementovaného systému GINIS o další moduly požadované zadavatelem*“ (blíže specifikované v příloze č. 1 zadávací dokumentace).
18. Z výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 16. 7. 2015 a z přílohy této výzvy – zadávací dokumentace vyplývá, že žalobce považoval podmínky stanovené § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách za splněné, a to na základě čestného prohlášení vybraného uchazeče o autorských právech k systému GINIS, z něhož vyplývá, že vybraný uchazeč je jedinou osobou oprávněnou k výkonu autorských práv k systému GINIS. Jako důvod pro zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění tedy uvedl zákonnou ochranu autorských práv vybraného uchazeče, pro kterou je vybraný uchazeč jedinou osobou, která může předmětnou veřejnou zakázku splnit.
19. Z obsahu správního spisu dále vyplývá, že žalobce v průběhu správního řízení předložil žalovanému podklady k prokázání důvodnosti jeho postupu užití jednacím řízení bez uveřejnění, zejména dokument z března 2010 „Studie rozvoje AISMB na platformě SAP pro MMB“, dokument z června 2011 „Posouzení budoucí nákladovosti informačních systémů SAP a GINIS v rámci statutárního města Brna“, dále nedatovaný dokument „Rozsah funkcionalit ekonomického modulu“ a po vydání prvostupňového rozhodnutí rovněž znalecký posudek „Posouzení dodavatelské výlučnosti při podpoře a rozvoji informačního systému GINIS“ ze dne 6. 10. 2017.
20. Revizí správního spisu a jeho následným hodnocením dospěl soud k závěru, že žalobce v posuzované věci prokázal, že se v minulosti zabýval možností implementace jiného informačního systému, monitoroval situaci na trhu a srovnával ji se svými potřebami v oblasti IT, měl zájem o změnu dosavadních licenčních podmínek. Jak však vyplývá z výše citovaných judikatorních závěrů, žalobce je jako zadavatel již před zadáním zakázky v rámci jednacím řízení bez uveřejnění povinen mít postaveno najisto, že jediným možným dodavatelem předmětné veřejné zakázky je právě vybraný uchazeč, jinými slovy že objektivně neexistuje žádný jiný dodavatel, který by byl schopen žalobci poskytnout obsah požadovaného plnění (tedy že je naplněna formální podmínka pro využití jednacím řízení bez uveřejnění). Důvody, které jej vedly k využití jednacím řízení bez uveřejnění, pak musí zadavatel formulovat a podložit již v rámci dokumentace k veřejné zakázce a následně také vysvětlit a obhájit v řízení před žalovaným.
21. K tomu, aby v posuzované věci mohlo být konstatováno naplnění formální stránky pro využití jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, je nutno zkoumat nejprve **zdůvodnění a doložení, že zadání jednacím řízení bez uveřejnění bylo vynuceno exkluzivními právy vybraného uchazeče**, tj. v daném případě zdůvodnění a doložení **dvou dílčích skutečností**: 1) **nezbytnosti přijmout daná řešení**, jež byla předmětem veřejné zakázky, **právě v rámci systému GINIS** a 2) **existence výhradních práv vybraného uchazeče k systému GINIS, která neumožňují zadat plnění spočívající v rozvoji a rozšíření systému GINIS jinému subjektu**. Poté je nutno zkoumat **prokázání těchto skutečností v řízení před žalovaným**. Z obsahu správních rozhodnutí vyplývá, že dle názoru žalovaného žalobce nezdůvodnil, nedoložil a následně neprokázal ani jednu z těchto skutečností.
22. Soud přistoupil k posouzení první z uvedených skutečností, tedy toho, zda žalobce již v době zadání jednacím řízení bez uveřejnění dostatečně odůvodnil nezbytnost plnění veřejné zakázky právě v rámci systému GINIS.
23. Žalobce ve výzvě, potažmo v zadávací dokumentaci hovoří o postupném rozšiřování systému GINIS. V příloze č. 1 zadávací dokumentace obsahující přehled nasazovaných aplikačních programových modulů a dalšího rozvoje systému jsou pod body 1. až 12. obsaženy služby a doplnění systému GINIS o další moduly, aniž by u každé služby bylo obsaženo odůvodnění její potřeby právě v rámci systému GINIS. Nutno podotknout, že předmět veřejné zakázky byl

poměrně obsáhlý, zahrnoval několik dílčích, různorodých, mnohdy na sobě nezávislých, plnění. Hovoří-li žalobce např. o „rozvoji příkazního a správního řízení, podpoře vymáhání pohledávek a integrace s modulem DAWAY“, „obecném řešení procesu přestupkového řízení“, „vybudování rozhraní mezi systémem GINIS a Portálem otevřených dat v části Open Data Eko“, „zavedení základních komponent interaktivního úřadu“, „implementaci dříve dodaných modulů“ (evidence majetku, psů, smluv), z popisu obsahu těchto služeb tak, jak je uveden v Příloze č. 1 zadávací dokumentace, automaticky nevyplývá, že by k jejich realizaci mohlo dojít jedině v rámci systému GINIS. Přestože žalobce dle zadávací dokumentace požadoval provedení většího množství plnění, všechna je takřka automaticky zahrnul pod „rozšíření a rozvoj“ systému GINIS, aniž by se vypořádal s důvody, pro které žádné z těchto plnění nemůže být realizováno jinak než v rámci systému GINIS (tj. realizaci nelze provést v rámci jiného systému, potažmo prostřednictvím zcela samostatných aplikací). Tuto skutečnost nedokládají ani žalobcem doložené snahy z minulých let o změnu dodavatele informačního systému, resp. o změnu informačního systému (především šlo o snahy o implementaci informačního systému SAP). Některé ze specifikovaných činností zjevně u žalobce, respektive u jednotlivých městských částí probíhaly doposud jiným způsobem, přičemž žalobce neuvedl žádný důvod, pro který jsou pro něj dosavadní řešení do budoucna již nerealizovatelná. Zdejší soud proto v této dílčí otázce konstatuje, že žalobce v dokumentaci o veřejné zakázce jakkoli nezdůvodnil ani nedoložil nutnost realizace všech částí vymezeného předmětu plnění v rámci systému GINIS. Již s ohledem na tuto skutečnost je nutno uzavřít, že žalobce neunesl důkazní břemeno (fakticky ani břemeno tvrzení) ohledně 1) existence objektivních důvodů pro zadání veřejné zakázky v rámci jednacích řízení bez uveřejnění a 2) jejich zdůvodnění v rámci dokumentace k veřejné zakázce.

24. Soud dále přistoupil k posouzení druhé z výše předestřené povinnosti žalobce, tedy zdůvodnění a doložení existence výhradních práv vybraného uchazeče k systému GINIS, která neumožňují zadat plnění spočívající v rozvoji a rozšíření systému GINIS jinému subjektu. Přestože má zdejší soud za to, že žalobce učinil před zadáním veřejné zakázky určité kroky k prověření exkluzivity práv vybraného uchazeče k systému GINIS, touto otázkou se v rámci dokumentace k veřejné zakázce zabýval a doložil i určité podklady, nejednalo se o dostatečné kroky k tomu, aby mohl odpovědně rozhodnout o použití jednacích řízení bez uveřejnění.
25. Samotné licenční ujednání smlouvy o dílo uzavřené mezi žalobcem a vybraným uchazečem dne 15. 5. 1998, ani čestné prohlášení vybraného uchazeče (o tom, že systém GINIS je souborným autorským dílem, vybraný uchazeč je výhradním vykonavatelem majetkových práv k celému aplikačnímu programovému systému i k veškeré dokumentaci k systému GINIS, přičemž vybraný uchazeč má výhradní právo aplikační programový systém GINIS i veškerou dokumentaci k systému GINIS nastavovat, udržovat, upravovat a také rozšiřovat - za úplatu dodávat kopie a poskytovat licence k užití - ve vztahu k budoucím uživatelům) nelze považovat za objektivní posouzení stavu, neboť to nutně předpokládá součinnost třetí osoby, která není součástí původní zakázky, a nemá proto žádný zájem na určitém konkrétním výsledku a ani u ní není důvod zpochybňovat nestrannost analýzy. Zadavatel musí již před rozhodnutím o použití jednacích řízení bez uveřejnění disponovat určitým objektivním podkladem zejména proto, že samotná standardní uživatelská licence automaticky nevyklučuje veškeré úpravy software ze strany uživatele, neboť určitými oprávněními disponuje uživatel ze zákona (v podrobnostech viz body 125 a 126 prvostupňového rozhodnutí, v nichž žalovaný odkazuje na § 66 odst. 1 písm. a) a b) zákona č. 121/2000 Sb., autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů). Lze přitom logicky očekávat, že dodavatel takového software se naopak bude jakýmkoliv úpravám bez svého souhlasu spíše bránit, proto nelze jeho prohlášení považovat za směrodatné.
26. Dokument „Studie rozvoje AISMB na platformě SAP pro MMB“ z března 2010 není dokumentem, jenž by mohl být považován za jakoukoli analýzu provedenou v rámci posuzování závislosti žalobce na vybraném uchazeči, co se týče předmětu veřejné zakázky. Jedná se vyloženě o dokument představující systém SAP dodávaný společností IDS Scheer ČR, s. r. o. Co se týče

„Posouzení budoucí nákladovosti informačních systémů SAP a GINIS v rámci statutárního města Brna“ z června 2011, takovýto dokument již jistě lze považovat za důkaz svědčící o zájmu žalobce o získání porovnání ekonomické zátěže související s implementací systému GINIS a systému SAP. Přestože provedená ekonomická analýza jistě mohla dát žalobci předběžnou informaci o potřebných nákladech souvisejících se zavedením toho kterého systému, jedná se pouze o jedno z více hledisek, které by měl žalobce při výběru, resp. změně systému zvažovat, přičemž nejde z hlediska využití postupu dle § 23 zákona o veřejných zakázkách hledisko rozhodné. Nadto ani prvotní „ekonomičtější“ investice do daného systému nemusí být ve svém důsledku výhodnější volbou – právě například v důsledku možného následného „využití“ získané exkluzivity dodavatele v rámci následného rozšiřování informačního systému a s tím souvisejícího navyšování ceny. K nedatovanému dokumentu „Rozsah funkcionalit ekonomického modulu“ pak soud (bez ohledu na neznámý původ tohoto dokumentu) uvádí toliko to, že jeho obsah mohl být možná žalobci nápomocný při rozvíjení informačního systému GINIS, nemůže však nijak odůvodňovat výlučnost práv vybraného uchazeče k systému GINIS, a tedy ani zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Už vůbec nemůže takovou funkci splnit „Informační koncepce ISVS“ ze dne 31. 8. 2011, definující cíle a požadavky týkající se informačních systémů veřejné správy, ani „Informační strategie města Brna“ ze dne 6. 12. 2011, navrhuující strategické projekty na dosažení cílů na období předcházející období zadání předmětné veřejné zakázky. Zdejší soud nepopírá, že žalobcem předložené dokumenty jistě měly v obecné rovině z hlediska jeho rozhodování o rozvoji informačních systémů zásadní význam, nicméně tyto dokumenty nelze předkládat jako důkazy vypovídající o snaze žalobce získat před zadáním předmětné zakázky objektivní posouzení existence výhradních práv vybraného uchazeče k systému GINIS a nemožnosti rozvíjet systém GINIS prostřednictvím třetích osob (možných uchazečů o veřejné zakázky).

27. Žalobce tedy neprokázal, že by se před zadáním předmětné veřejné zakázky dostatečně zabýval povahou skutkového stavu tak, aby mohl informovaně vyhodnotit výlučnost práv vybraného uchazeče k systému GINIS, a tedy naplnění podmínek pro zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Ačkoliv žalobce zdůvodnil již při zadání jednacím řízení bez uveřejnění existenci výhradních práv vybraného uchazeče, nedoložil, že by pro své úvahy měl objektivní podklad, který by mu umožňoval odpovědné posouzení splnění podmínek § 23 zákona o veřejných zakázkách.
28. Existenci výhradních práv vybraného uchazeče k systému GINIS, která neumožňují zadat plnění spočívající v rozvoji a rozšíření systému GINIS jinému subjektu, pak žalobce neprokázal ani ve správním řízení a důkazní břemeno jej tížící v tomto řízení neunesl.
29. Ani znalecký posudek předložený žalobcem po vydání prvostupňového rozhodnutí totiž nelze považovat za důkaz, který by mohl osvědčit druhou z předestřených povinností žalobce. Ačkoliv soudy ani správní orgány zásadně nejsou oprávněny přehodnocovat „odborné“ závěry znalce, nemohou slepě přejímat jeho závěry, aniž by se zabývaly tím, zda je znalecký posudek dostatečně odůvodněn, zda je způsob vyvozování závěrů logicky konzistentní, zda jsou použita teoretická východiska věrohodná či zda jsou znalcem použité metody spolehlivé. Pro tato hodnocení není často nutné odborné hodnocení ze strany dalšího znalce.
30. Závěr o nedostatečnosti znaleckého posudku předloženého žalobcem přitom neplatí z jakéhokoliv přehodnocování „odborných“ závěrů znalce, nýbrž ze zcela zjevných a zásadních nedostatků znalcem použité metodiky. Ostatně sám znalecký posudek v kapitole 3. *Shrnutí posuzované problematiky* výslovně uvádí, že „[v]ypovídací hodnota odpovědi je limitována metodikou zpracování znaleckého posouzení“. Metodiku zpracování znaleckého posudku tvořilo z převážné části dotazování vybraného uchazeče. Odpovědi na dotazy pokládané vybranému uchazeči, jež znalec přejal do svých závěrů, jsou svou vypovídací hodnotou rovny čestnému prohlášení vybraného uchazeče. S ohledem na to, že znalec k těmto odpovědím nedodává žádnou „přidanou hodnotu“ a fakticky odpovědi vybraného uchazeče přejímá jako své závěry, lze stejně tak konstatovat, že

vypovídací hodnota samotného znaleckého posudku je rovna vypovídací hodnotě čestného prohlášení vybraného uchazeče. Jelikož vybraný uchazeč má zájem na výsledku zadávacího řízení, nemohou být jeho odpovědi ani znalecký posudek fakticky vycházející pouze z těchto odpovědí dostatečně věrohodným, uceleným a objektivním důkazem svědčícím o existenci výhradních práv vybraného uchazeče k systému GINIS, která neumožňují zadat plnění spočívající v rozvoji a rozšíření systému GINIS jinému subjektu. Znalecký posudek tedy zvolenou metodikou není důkazem poskytujícím objektivní posouzení, zda je možné předmět zakázky realizovat jinak než výlučně zásahem do autorských práv původního dodavatele. Zdejší soud proto uzavírá, že i kdyby obsah dokumentace k veřejné zakázce nasvědčoval tomu, že si žalobce před využitím jednacího řízení bez uveřejnění opatřil dostatečné podklady pro své rozhodnutí, neunesl následně žalobce důkazní břemeno ohledně toho, zda tyto důvody skutečně objektivně existovaly.

31. S ohledem na výše uvedené je nutno konstatovat, že žalobce **neprokázal, že zadání zakázky v rámci jednacího řízení bez uveřejnění bylo vynuceno exkluzivními právy vybraného uchazeče**, a neunesl tedy důkazní břemeno o naplnění podmínek ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Stežejní a zcela postačující pro takový závěr je již ta skutečnost, že žalobce vůbec nezdůvodnil a nedoložil, že by bylo nutné řešení, jež byla předmětem veřejné zakázky, realizovat právě v rámci systému GINIS. Kromě toho žalobce nedoložil, že by před zadáním zakázky disponoval dostatečnými podklady pro svůj závěr, že by rozšíření systému GINIS nemohla provést třetí osoba (tj. jiný uchazeč o veřejnou zakázku) s ohledem na výhradní práva vybraného uchazeče. A nakonec žalobce naplnění zákonných podmínek ani v řízení před žalovaným neprokázal.
32. Už proto žalobce nemůže svůj postup obhájit poukazem na to, že stav exkluzivity si sám nezpůsobil. Kromě toho je nutno přisvědčit žalovanému v tom, že pokud skutečně autorská práva vybraného uchazeče (která nikdo nezpochybňuje, zpochybňováno je pouze prokázání, že tato autorská práva bránila realizaci zakázky ze strany jiného subjektu) bránila realizaci rozšíření systému GINIS jiným subjektem, na konkrétní obsah smluvního vztahu v rámci původní dodávky systému GINIS žalobce přistoupil vědomě a dobrovolně, a vlastním přičiněním docílil výsledného nastavení rozsahu uživatelských práv k tomuto systému. To vše i přesto, že systém GINIS měl evidentně v plánu využívat dlouhodobě, a musel, resp. měl, si být vědom toho, že takový víceúčelový informační systém, jakým systém GINIS je, bude vyžadovat (právě například v důsledku předvídatelných legislativních změn) kromě standardní údržby rovněž pravidelné aktualizace a úpravy, či dost možná rozšíření. Žalobce si byl tedy jistě vědom charakteru, technologické náročnosti, jakož i nutnosti následného rozvoje informačního systému. V původní smlouvě si však nevyhradil žádnou možnost zasahovat sám či prostřednictvím třetích osob (zejména případných uchazečů o navazující veřejné zakázky) do systému a všemi následnými dodatky navazujícími na původní smlouvu jen prohluboval výlučnost vybraného uchazeče. Žalobce si musel být vědom toho, že licenční podmínky, které s vybraným uchazečem uzavřel, jej budou v budoucnu omezovat v rozvoji informačního systému ve vztahu k dalším aplikacím. Žalobce si tedy nejprve sám vytvořil určitá právní omezení, tato v průběhu času prohluboval a teprve poté přistoupil k úvahám o tom, jaké ustanovení zákona může v rámci způsobu zadání plánované veřejné zakázky využít. Okolnosti, které žalobce vedly k zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, jednoznačně nenastaly nezávisle na vůli žalobce. Ze zadávací dokumentace jednoznačně vyplývá, že žalobce již v minulosti počítal s postupným rozšiřováním a úpravami systému GINIS, respektive s postupnou implementací jeho jednotlivých částí. Nelze tedy říct, že by žalobce původní veřejnou zakázku zadával prokazatelně bez vědomí o tom, že v budoucnu mu vznikne potřeba zadat předmětnou či jinou obdobnou veřejnou zakázku (k tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015-95). Obdobně jako v případě řešeném Nejvyšším správním soudem v rozsudku ze dne 1. 11. 2017, č. j. 1 As 242/2017-48, žalobce jako zadavatel veřejné zakázky jednal při uzavření licenčních podmínek

v rámci původní smlouvy a následných dodatků takovým způsobem, že vybranému uchazeči poskytl do budoucna výhradní postavení dodavatele všech souvisejících zakázek. Takové jednání nemůže být považováno za jednání směřující k účelnému vynakládání veřejných prostředků. Za těchto okolností se tedy žalobce nemůže dovolávat naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť je zjevné, že nežádoucí stav exkluzivity zapříčinil vlastním jednáním.

33. Nad rámec výše uvedených nosných úvah soud poznamenává, že řešení stávající situace (pokud žalobci skutečně výhradní práva vybraného uchazeče neumožňují rozšiřování systému GINIS prostřednictvím jiných subjektů, což ovšem žalobce v tomto řízení neprokázal) může být pro žalobce obtížné. Pokud taková situace u žalobce opravdu nastala, bylo by za určitých okolností akceptovatelné, kdyby žalobce v rámci jednacího řízení bez uveřejnění zadával toliko činnosti, jako je údržba systému, customizace, školení nových uživatelů systému, expertní podpora, či zefektivnění již implementovaných modulů. Takové činnosti mohou být teoreticky pro zadavatele, který hodlá nadále daný systém účinně využívat, nezbytné. V žádném případě však nelze akceptovat umocňování negativních důsledků (na hospodářskou soutěž a veřejné rozpočty) nevýhodně nastavených licenčních podmínek tím, že daný systém je dále rozšiřován, závislost na konkrétním dodavateli se zvyšuje a exkluzivita postavení tohoto dodavatele se prohlubuje. Výhradní práva dodavatele původního systému zcela jednoznačně nejsou důvodem pro rozšiřování systému spočívající v implementaci modulů obsahujících nové, dosud nezavedené a žalobcem dosud nevyužívané činnosti (respektive činnosti dosud řešené jiným způsobem). Jakkoliv je jistě uživatelsky komfortní, využívají-li úředníci pouze jedinou aplikaci, v rámci které disponují celou řadou modulů, které jim umožňují řešit širokou škálu jejich činností, uživatelský komfort nemůže převážit nad požadavkem na umožnění volné soutěže dodavatelů. Jestliže zadavatel přistoupil na nevhodné licenční podmínky, byť se tak stalo již před řadou let, je legitimní, aby nesl negativní důsledky svého jednání, slevil z uživatelského komfortu a některé zakázky zkrátka poptával zcela nezávisle na systému GINIS (tj. jako samostatné aplikace, potažmo v rámci zavedení paralelního modulárního software, obdobného systému GINIS).
34. Co se týče podmínek pro využití jednacího řízení bez uveřejnění z technických důvodů, ty jsou v zásadě obdobné jako v případě důvodů ochrany výhradních práv. Pro využití tohoto důvodu, by musel žalobce již v rámci dokumentace k veřejné zakázce zdůvodnit existenci technických důvodů a nezbytnost zadání zakázky konkrétnímu dodavateli v důsledku těchto technických důvodů a pro tyto závěry si již *ex ante* opatřit určité podklady. Následně by pak musel v řízení před žalovaným existenci těchto skutečností také prokázat.
35. Žalobce ovšem nic z toho nečinil, v rámci zadávací dokumentace neuvedl žádné technické důvody, neopatřil si žádné podklady, které by mohly podporovat technické důvody, a v rámci správního řízení technické důvody neprokázal. Veškerá argumentace žalobce směřuje k důvodům ochrany výhradních práv a žalobce pouze bez dalšího dovozuje ze své argumentace, že tudíž musely být dány také důvody technické. Kromě toho, že soud nepřisvědčil argumentaci žalobce ve vztahu k důvodům ochrany výhradních práv, žalobce svým postupem zcela směšuje oba zákonné důvody. Jakkoliv by bylo možné bez zákonného kontextu argumentovat tím, že existence výhradních práv je technickým důvodem pro zadání zakázky konkrétnímu dodavateli, ze zákona je zřejmé, že oba důvody jsou samostatné – tj. ochrana výhradních práv je speciálním důvodem a důvody technické mohou dopadat pouze na takové situace, které nejsou pokryty tímto speciálním důvodem.
36. S ohledem na shora učiněné závěry považuje soud za nadbytečné podrobněji posuzovat, zda mohl mít žalobce legitimní očekávání, že jeho postup bude posouzen jako správný, s ohledem na výsledek šetření podnětu vedeného u žalovaného pod sp. zn. P120/2014/VZ, kdy byl údajně obdobný postup žalobce v téže skutkové situaci žalovaným aprobován. Posouzení této námítky by totiž nemohlo mít vliv na závěr soudu o tom, že žalobce zadal veřejnou zakázku v jednacím

řízení bez uveřejnění, aniž by v té době v rámci dokumentace k veřejné zakázce zdůvodnil a doložil existenci objektivních důvodů, pro které může veřejnou zakázku splnit toliko vybraný uchazeč. Teprve splnil-li by žalobce svou primární povinnost, zejména pokud by zdůvodnil a doložil nezbytnost přijmout daná řešení právě v rámci systému GINIS, mělo by smysl posoudit jednotnost přístupu žalovaného k možnosti rozšiřování systému GINIS cestou jednacích řízení bez uveřejnění. Z těchto důvodů soud ani neprováděl dokazování spisem žalovaného vedeným pod sp. zn. P120/2014/VZ, neboť by to nemohlo přispět k dalšímu objasnění věci. Žalobcem tvrzenou nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí spočívající v nedostatečném vypořádání rozkladové námitky o porušení zásady legitimního očekávání žalovaným přitom zdejší soud neshledal. Předseda žalovaného se k uvedené námitce žalobce v napadeném rozhodnutí vyjádřil, uvedl konkrétní a srozumitelné důvody, pro které nepovažoval dřívější stanovisko žalovaného za případné na právě projednávanou věc a zároveň ani za způsobilé založit legitimní očekávání žalobce. Žalobci tedy z takového odůvodnění muselo být zřejmé, z jakého důvodu byla tato rozkladová námitka předsedou žalovaného shledána nedůvodnou. Ostatně sám proti odůvodnění žalovaného brojí zcela konkrétní argumentací oponující argumentaci předsedy žalovaného.

37. Soud následně přistoupil k vypořádání námitek žalobce směřujících proti uložené sankci. Tu žalobce považuje za nezákonnou a úvahy o jejím uložení za nepřezkoumatelné.
38. Vzhledem k tomu, že na prvostupňové a druhostupňové rozhodnutí je nutno pohlížet jako na jeden celek (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 11. 2009, č. j. 1 Afs 88/2009 – 48, či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 2. 2017, č. j. 6 As 214/2016 - 33), soud odůvodnění pokuty za přestupek posoudil v kontextu obou rozhodnutí.
39. K odůvodnění sankce a k její výši Nejvyšší správní soud konstantně judikuje, a např. v rozsudku ze dne 3. 4. 2012, č. j. 1 Afs 1/2012 – 36 15. 2. 2017, č. j. 6 As 214/2016 - 33 také jasně uvedl, že *„ukládání pokut za správní delikty se děje ve sféře volného správního uvážení (diskrečního práva) správního orgánu, tedy v zákonem dovolené volnosti správního orgánu rozhodnout ve vymezených hranicích, resp. volit některé z více možných řešení, které zákon dovoluje. Na rozdíl od posuzování otázek zákonnosti, jimiž se soud musí při posuzování správní věci k žalobní námitce zabývat, je oblast správní diskrece soudní kontrole prakticky uzavřena. Podrobit volné správní uvážení soudnímu přezkoumání při hodnocení zákonnosti rozhodnutí lze jen potud, překročil-li správní orgán zákonem stanovené meze tohoto uvážení, vybočil-li z nich nebo volné uvážení zneužil. Není však v pravomoci správního soudu, aby vstoupil do role správního orgánu a položil na místo správního uvážení uvážení soudcovské a sám rozhodl, jaká pokuta by měla být uložena. [...] Z judikatury Nejvyššího správního soudu přitom vyplývá, že při posuzování zákonnosti 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 meze správního uvážení nebo jej zneužil, 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 zákonnosti 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 zákonnosti 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 takřkajíc nepřiměřená okolnostem projednávaného případu“* (podtržení doplněno zdejším soudem; obdobně srov. také např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 2. 2017, č. j. 6 As 214/2016 - 33).
40. Podle § 121 odst. 2 věty první zákona o veřejných zakázkách je žalovaný povinen při určení výměry pokuty přihlídnout k závažnosti přestupku, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

41. Z textu správních rozhodnutí je zřejmé, že se žalovaný vypořádával jak se způsobem spáchání, následky a okolnostmi spáchání přestupku, tak i případným likvidačním charakterem pokuty. Žalovaný v rámci odůvodnění uložené sankce zdůvodnil své úvahy vedoucí k výsledné výměře pokuty, z napadeného rozhodnutí je patrná reakce na námitky žalobce uvedené v rozkladu. Krajskému soudu proto nic nebrání v tom, aby správnost těchto úvah věcně posoudil. Námitku nepřezkoumatelnosti uložené sankce proto soud shledal nedůvodnou.
42. Nelze přisvědčit žalobci v tvrzení, že se žalovaný dopustil dvojího přičítání téhož, pokud potenciální vliv na výběr nejhodnější nabídky posoudil současně jako následek spáchání přestupku, aniž by dostatečně odůvodnil jeho intenzitu. Jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 29. 8. 2012 č. j. 4 Ads 114/2011 – 105, „*zásada zákažu dvojího přičítání má zabránit tomu, aby se jedna a tatáž skutečnost určité kvantity a kvality (intenzity) přičítala pachateli dvakrát, a to jednou jako znak skutkové podstaty (při hodnocení viny) a podruhé jako okolnost přitěžující či polehčující (při hodnocení ukládaného trestu). V případě zákažu dvojího přičítání se jedná o otázku rozlišování (odstupňování) intenzity nezbytné k naplnění skutkové podstaty na jedné straně a intenzity další (vyšší, z hlediska naplnění skutkové podstaty nevyčerpané), která teprve může mít význam z hlediska úvah o trestu jako okolnost přitěžující či polehčující, na straně druhé.*“
43. K tomu, aby byla naplněna skutková podstata přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách postačí, pokud zadavatel „*nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku*“. V případě žalobce však byla závažnost přestupku zvýšena tím, že žalobce svým jednáním, nejen že „*podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky*“, ale přímo vyloučil soutěž o zakázku. Intenzita přestupku přitom byla dle zdejšího soudu žalovaným dostatečně odůvodněna, a to právě konstatováním o maximálním možném narušení soutěže v důsledku absolutního vyloučení soutěže o zakázku. Jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 28. 6. 2017, č. j. 6 As 301/2016 - 36, „*s ohledem na zásadu zákažu dvojího přičítání nelze k okolnosti, která tvoří zákonný znak skutkové podstaty správního deliktu, přihlídnout jako k okolnosti polehčující či přitěžující v úvaze při ukládání sankce. Nejvyšší správní soud např. v rozsudku ze dne 6. 10. 2016, č. j. 2 As 161/2016 - 52, rušil právě z tohoto důvodu napadené rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost v části týkající se odůvodnění výše sankce. V citovaném případě bylo jako přitěžující skutečnost shledáno to, že se přestupek stal v obci, což bylo součástí zákonné skutkové podstaty předmětného přestupku. O takový případ se ale nyní nejednalo. V nyní posuzovaném případě je z odůvodnění prvostupňového rozhodnutí zřejmé, že správní orgán přihlédl k závažnosti přestupku a okolnostem, za nichž byl spáchán, které spatřoval v tom, že se jednalo o frekventovanou komunikaci a změřená rychlost se blížila rychlosti, kdy jsou udělovány sankce zákažu činnosti. Správní orgán tak postupoval zcela v souladu s textem zákona o přestupcích*“ (zvýraznění doplněno zdejším soudem). Provedená úvaha žalovaného tedy není dvojitým přičítáním téhož, jak se mylně domnívá žalobce, nýbrž zákonným zohledněním závažnosti a následků přestupku. Žalobci byla přičtena k tíži vyšší intenzita porušení zákona, než je nezbytná k naplnění skutkové podstaty přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Pro naplnění skutkové podstaty totiž postačuje nedodržení jakéhokoliv postupu stanoveného tímto zákonem, přičemž postačí toliko potenciální ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Dopadá tedy na celou řadu pochybení zadavatele, která se mohou výrazně lišit svou závažností. Žalobcem spáchaný přestupek přitom zcela jistě spadá do kategorie závažnějších porušení zákona o veřejných zakázkách.
44. Stejně tak žalovaným zohledňovaná délka trvání právního vztahu mezi žalobcem a vybraným uchazečem za nevýhodných licenčních podmínek (téměř 19 let) je skutečností jdoucí nad rámec zákonné skutkové podstaty daného přestupku, a jedná se tedy o okolnost, která může jít žalobci při úvahách o výměře pokuty k tíži. Byla-li původní smlouva s vybraným uchazečem uzavřena v roce 1998, měl žalobce zjevně dostatek času na to, aby se připravil na řešení pravděpodobné situace potřeby zavedení dalších funkcí a činností v oblasti IT, jež nebyly předmětem smlouvy

v roce 1998. Zohlednil-li tedy žalovaný při ukládání sankce také tuto skutečnost, považuje soud jeho postup za zákonný.

45. Postrádá-li žalobce v napadeném rozhodnutí projev aplikace nového přestupkového zákona, co se týče posouzení všech polehčujících okolností, zdejší soud jeho námitce nepřisvědčuje. Skutečnost, že žalovaný shledal na straně žalobce toliko jedinou polehčující okolnost, neznamená, že jím nebyly polehčující okolnosti zvažovány (k jeho podrobné argumentaci možno odkázat na bod 61 a násl. napadeného rozhodnutí ve spojení s bodem 176 a násl. prvostupňového rozhodnutí). Žalovaný vzal při výměře pokuty zcela v souladu se zákonem v úvahu, že žalobce v minulosti kontroloval dodavatelskou výlučnost vybraného uchazeče ve vztahu k systému GINIS a monitoroval možnosti získání licence k jeho údržbě. Tuto skutečnost lze považovat za polehčující okolnost. V této souvislosti je potřeba zdůraznit, že samotná skutečnost, že žalobce nebyl zcela pasivní a zjišťoval své možnosti ve vztahu k budoucím zakázkám, ovšem rozhodně neznamená, že by v rámci dokumentace k veřejné zakázce zdůvodnil a doložil existenci objektivního důvodu pro zadání veřejné zakázky v rámci jednacního řízení bez uveřejnění, a následně existenci tohoto důvodu také ve správním řízení prokázal). V posuzované věci navíc není rozhodující, zda žalobce měl či neměl ukončit užívání stávajícího systému GINIS a nahradit ho systémem jiným (jakkoli žalobce v minulosti tyto snahy projevil), ale zda vzhledem k obsahu předmětné veřejné zakázky byl dán důvod pro další rozšiřování tohoto systému, a to navíc pouze vybraným uchazečem.
46. Za žalobcem spáchaný přestupek mohl žalovaný dle § 120a odst. 2 zákona o veřejných zakázkách uložit žalobci pokutu až do výše 1 073 028 Kč. Soud si je vědom judikatury Ústavního soudu (srov. náleze ze dne 13. 8. 2002, sp. zn. Pl.ÚS 3/02, dostupný na nalus.usoud.cz), jež zapovídá odnětí majetku v důsledku pokuty, které „*majetkové vztahy dotčeného subjektu zásadně mění, tj. tak, že mění jeho celkovou majetkovou pozici „zmařením“ samé podstaty majetku*“. U pokuty ve výši 270 000 Kč však nelze vůbec uvažovat, že by mohla u města hospodařícího s celkovými příjmy v řádech miliard Kč za rok, způsobit Ústavním soudem popisované účinky (k tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. června 2017, č. j. 1 As 135/2017 – 34). Jakékoliv podrobnější úvahy o vymezení kritérií ukládání pokut veřejným institucím jsou proto v tomto konkrétním případě zbytečné, byly by v této věci pouhým akademickým pojednáním bez vlivu na výsledek věci. V projednávaném případě totiž výše pokuty u žalobce hospodařícího s v mnoha řádech vyššími prostředky likvidační být nemohla. Vzhledem k tomu, že v odůvodnění výše uložené sankce v prvostupňovém rozhodnutí, potažmo v napadeném rozhodnutí je dostatečně popsáno, jaké skutečnosti byly zvažovány, jak byly hodnoceny a jakými úvahami žalovaný ke svým závěrům dospěl, a vzhledem k tomu, že provedeným postupem nebylo vybočeno ze zákonem stanoveného rámce, nedošlo jím k porušení zákonem stanovených povinností, nevykazuje žádný exces ani prvky svévole, zdejší soud shledává uloženou sankci ve výši 270 000 Kč, tedy v 1/4 zákonné sazby, úměrnou, nevymykající se okolnostem případu, a tudíž souladnou se zákonem.

VI. Shrnutí a náklady řízení

47. Krajský soud na základě shora provedeného posouzení neshledal žalobu důvodnou, a proto ji ve smyslu § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.
48. O nákladech řízení bylo rozhodnuto ve smyslu § 60 s. ř. s., podle kterého nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl na věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. V dané věci neúspěšný žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení a žalovanému v souvislosti s tímto řízením žádné náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí 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 22. ledna 2020

JUDr. Jaroslava Skoumalová v. r.
předsedkyně senátu