



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Mgr. Milana Procházky a soudců JUDr. Viktora Kučery a JUDr. Petra Polácha v právní věci žalobce: **statutární město České Budějovice**, se sídlem nám. Přemysla Otakara II. č. 1, 2, zast. Mgr. Markem Vojáčkem, advokátem Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, se sídlem Týn 1049/3, 110 00 Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 17. 6. 2013, č. j.: ÚOHS-R285/2012/VZ-11150/2013/310/RBu, ve věci správního deliktu zadavatele (žalobce),

t a k t o :

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

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí předsedy žalovaného (dále jen „žalovaný“), kterým byl zamítnut rozklad žalobce a potvrzeno jím napadené rozhodnutí žalovaného jako správního orgánu I. stupně (dále jen „správní orgán I. stupně“) ze dne 25. 9. 2012, č. j.: ÚOHS-S593/2011/VZ-18002/2012/513/JWe.

Podle citovaného rozhodnutí se žalobce z pozice zadavatele dopustil dvou správních deliktů dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon o veřejných zakázkách), a to tím, že:

- I. „*nedodržel postup stanovený v § 21 tohoto zákona, když veřejnou zakázku „Outsourcing serverové farmy“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky stanovené v § 23 citovaného zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem – BIT SERVIS spol. s r. o., IČ 45793972, se sídlem Libušská 144/252, 142 00 Praha 4 uzavřel zadavatel dne 13. 11. 2007 smlouvu č. 2007000422 na plnění této veřejné zakázky*“ a
- II. „*uzavřel dne 15. 6. 2010 dodatek č. 2 ke smlouvě č. 2007000422 na plnění veřejné zakázky „Outsourcing serverové farmy“, aniž by dodržel postup stanovený v § 21 citovaného zákona ve spojení s § 6 citovaného zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky*“.

Za spáchání uvedených deliktů byl žalobci uložen úhrnný trest, a sice pokuta podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách ve výši 1 300 000 Kč.

Správní orgán I. stupně přitom vycházel ze závěrů správního (sankčního) řízení, jejichž podstata stojí na tom, že žalobce jako zadavatel neprokázal splnění technických důvodů dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, které by ho opravňovaly k zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Žalobce v tomto ohledu uváděl a dokládal, že jeho současný dodavatel – společnost BIT SERVIS spol. s r. o. – je, resp. byl jediným možným dodavatelem, neboť zadání jinému dodavateli/uchazeči neznajícímu počítačové prostředí zadavatele by přineslo nejen diskontinuitu, nýbrž i vysoké riziko přerušení či odstávky provozu zadavatele. Dle žalovaného ovšem tento žalobcem uvedený důvod, tj. znalost počítačového prostředí ze strany stávajícího dodavatele a případné provozní problémy spojené s jeho změnou, nemůže obstát, neboť se nejedná o technický důvod, na základě které by bylo možno říci, že neexistuje další dodavatel, který by byl schopen předmět veřejné zakázky plnit. Ve vztahu k uzavření zmíněného dodatku č. 2 k původní smlouvě z roku 2007 pak správní orgán I. stupně vyšel z toho, že jeho uzavřením v roce 2010 došlo k podstatné změně předmětu plnění veřejné zakázky, neboť byly pořízeny nové a modernější komponenty HW zařízení a rovněž nové SW vybavení. Nejednalo se tudíž o obnovu stávajícího systému v rámci stávající smlouvy z roku 2007, ale reálným obsahem dodatku z roku 2010 byla nová nadlimitní veřejná zakázka.

Žalobce s těmito závěry nesouhlasil, a proto podal proti prvostupňovému rozhodnutí rozklad, v němž vznesl množství námitek jak ohledně (ne)splnění podmínek pro použití

jednacího řízení bez uveřejnění, tak ve vztahu k obsahu dodatku č. 2 uzavřenému k původní smlouvě a zpochybnil též přiměřenost uložené pokuty. Žalovaný však napadené rozhodnutí potvrdil a zamítl podaný rozklad žalobce, který posléze podal proti rozhodnutí předsedy žalovaného žalobu.

II. Žaloba

V žalobě žalobce jednak namítl nezákonnost rozhodnutí předsedy žalovaného (v části **II. žaloby**), jednak navrhl moderaci sankce (v části **III. žaloby**).

V části týkající se nezákonnosti napadeného rozhodnutí žalobce uvedl, že toto rozhodnutí napadá v celém rozsahu, přičemž primárně poukázal na nesprávné a neúplné zjištění skutkového stavu [**II.a) žaloby**]. Dle žalobce žalovaný nepřihlédl a nevypořádal se s důkazy předloženými žalobcem, dle kterých důvody pro aplikaci předmětného druhu zadávacího řízení v daném případě naplněny byly. Svědčí o tom analýza společnosti BDO IT a. s. ze dne 21. 8. 2007, na kterou žalobce v průběhu správního řízení opakovaně odkazoval a která byla zpracována před zahájením zadávacího řízení. Závěry této analýzy vyznívají jednoznačně ve prospěch postupu žalobce, tedy ve prospěch zachování outsourcingu služeb v oblasti IT, který je v daném okamžiku podle autora analýzy ekonomičtější, efektivnější a hospodárnější. Dalším důkazem kvalifikované úvahy žalobce o způsobu zajištění služeb v oblasti IT je i zápis z 20. schůze Rady města České Budějovice ze dne 29. 8. 2007, jehož součástí je důvodová zpráva obsahující výčet, analýzu a shrnutí důvodů, které žalobce vedly k použití jednacího řízení bez uveřejnění a k zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči – společnosti BIT SERVIS spol. s r. o.

Tento uchazeč byl až do roku 2007 hlavním architektem IT infrastruktury žalobce, který navrhoval i veškeré její úpravy s cílem dosažení maximálního výkonu a bezpečnosti. Zároveň působil jako odborný poradce a garant při řešení mnohých problémů s provozem a bezpečností informačního systému. Vzhledem k této skutečnosti disponoval vybraný uchazeč jako jediný potřebným know-how i citlivými informacemi týkajícími se IT systému a jeho zabezpečení. Tento fakt dle názoru žalobce bez jakýchkoli pochybností odůvodňoval zadání veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění. Vybraný uchazeč vykonával pro žalobce servisní služby v oblasti IT technologií a IT systémů již od roku 1999. Detailní znalostí IT prostředí žalobce získanou za uvedené období nabyl vybraný uchazeč jedinečné know-how, pokud jde o způsob řešení správy celého systému a poskytnutých služeb, kterým nedisponoval (a ani disponovat nemohl) žádný jiný subjekt. Zároveň je toto know-how natolik provázané s poskytováním služeb a spjaté s osobou vybraného uchazeče, že je na jiný subjekt fakticky nepřenositelné a zcela jedinečné. To se projevuje zejména tím, že vybraný uchazeč je schopný neprodleně a adekvátně reagovat na vzniklou problematickou situaci či technické požadavky žalobce. Služby v oblasti IT, které v daném případě vybraný uchazeč poskytoval, jsou komplexní služby v rámci outsourcingu, přičemž jako zásadní je použitý systém, řešení vedení správy a servisních služeb a podrobná znalost zabezpečení celého systému. Poskytnutí hardware (HW) a software (SW) je z hlediska významu správy a servisních služeb až sekundární otázkou, jakkoliv však zároveň nelze tyto oblasti striktně oddělit.

V dané situaci dle žalobce naplňuje know-how vybraného uchazeče do důsledku technický důvod a současně důvod plynoucí z ochrany výhradních práv, tedy důvody, pro které lze veřejnou zakázku zadat vybranému uchazeči, který je výlučným nositelem těchto technických důvodů a výhradních práv. A současně je ze shora uvedeného zřejmé, že žalobce nejprve důsledně analyzoval situaci a zvažoval různé možnosti přístupu k pořízení požadovaného plnění. Žalovaný je ovšem opačného názoru, aniž by se dle žalobce dostatečně vypořádal s jeho tvrzeními, jakož i závěry analýzy zpracované společností BDO IT a. s.

Žalobce proto i nadále trvá na předloženém důkazu v podobě analýzy společnosti BDO IT a.s., jakož i výsledku svědků, které navrhl dodatečně v podání ze dne 6. 2. 2014 (v podrobnostech viz dále pod bodem IV.). Obdobně žalobce trval na tom, že žalovaný měl v řízení provést i důkaz znaleckým posudkem, který by mj. zodpověděl otázku, zda pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění fakticky existovaly objektivní důvody či nikoliv. Nebyl-li totiž žalovaný schopen technické důvody, které žalobce vedly k použití jednacím řízení bez uveřejnění, odborně posoudit sám, mohl (resp. měl povinnost) využít k tomuto posouzení jiného odborně způsobilého subjektu, který by musel nepochybně dojít k závěru, že specifika zadávaného plnění bylo nutno zohlednit ve specifickém druhu zadávacího řízení.

S namítaným nesprávným a neúplným zjištěním skutkového stavu věci bezprostředně souvisí i nesprávné právní posouzení věci **[II.b) žaloby]**. Pokud by totiž žalovaný kvalifikovaně a důsledně posoudil všechny technické důvody, o něž žalobce opírá svůj postup při zadání veřejné zakázky, nemohl by dospět k závěru o spáchání správního deliktu žalobce při uzavírání smlouvy v roce 2007 a jejího dodatku č. 2 v roce 2010. A vedle výše uvedených skutečností vztahujících se vesměs k uzavření smlouvy pak k uzavření dodatku č. 2 této smlouvy dodal, že žalovaný nevzal v úvahu argumentaci a důkazy předložené žalobcem, podle nichž se nejednalo o nové plnění (a tedy novou veřejnou zakázku zadanou v rozporu se zákonem). Naopak jednalo se o změnu smlouvy, a to změnu přípustnou, neboť tato změna byla smluvními stranami předvídána a ve smlouvě výslovně dostatečným způsobem upravena.

To, že předmětný dodatek č. 2 představuje přípustnou změnu uzavřené smlouvy, se snažil žalobce prokázat též s odkazem na závěry rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 19. 6. 2008, C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku, APA-OTS Originaltext-Service GmbH a APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*; tyto závěry přitom stručně shrnul s tím, že výslovně připouští takové změny ve smlouvě, jejichž vznik zadavatel předvídá a v zadávacích podmínkách předem upraví způsob změn za předem vymezených okolností. V takových případech je změna smlouvy přípustná a právě takovým případem je i uzavření dodatku č. 2 v roce 2010 k původní smlouvě na realizaci předmětné veřejné zakázky z roku 2007. Z dokumentace předložené v rámci správního řízení totiž jednoznačně vyplývá, že se jedná o změny předem předvídané a v návrhu smlouvy výslovně upravené, vč. podmínek a okolností jejich provedení. Konkrétně v této souvislosti žalobce poukázal na čl. 7.8 smlouvy, jakož i další podmínky v čl. 7.9 až 7.11 smlouvy, z nichž vyplývá, že žalobce předem předvídal vývoj technologií a obnovu HW a SW v průběhu doby trvání původní smlouvy a předpokládanou

obměnu zohlednil i v kalkulaci ceny za realizaci veřejné zakázky. Nejednalo se tedy o změny smlouvou neupravené, nýbrž změny očekávané a v důsledku vzniku předvídaných okolností také změny žádané, jdoucí ve prospěch zadavatele, neboť obdržel za podmínek předpokládaných v původní smlouvě plnění, které je na technologicky vyšší úrovni; toto plnění, resp. předem předvídané změny byly vyvolány objektivními okolnostmi, a to potřebou připojení nových organizací (uživatelů) na síť zadavatele spojenou s nezbytným navýšením diskové kapacity, výkonu procesorů, paměti atd.

V dalším žalobce napadl nesprávnou právní kvalifikaci a nedostatečnou identifikaci skutku **[II.c) žaloby]** s tím, že ve výroku I. rozhodnutí žalovaného není jednoznačně konstatováno, které konkrétní porušení povinnosti stanovené v § 23 zákona o veřejných zakázkách je mu kladeno za vinu, resp. konkrétně které podmínky upravené v § 23 citovaného zákona nebyly dodrženy. V ustanovení § 23 zákona se totiž vyskytuje celá řada případů, resp. důvodů a jim odpovídajících podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. A obdobně ani ve výroku II. rozhodnutí žalovaného není blíže specifikováno, jaká konkrétní povinnost uvedená v § 21 zákona o veřejných zakázkách byla porušena, což je zarážející o to více, že § 21 odst. 1 písm. d) citovaného zákona upravuje jako jedno z možných zadávacích řízení právě jednací řízení bez uveřejnění, které žalobce použil. Žalobci tak dle jeho názoru byla uložena sankce na podkladě neurčitého výroku o vině, kdy z výroků I. a II. rozhodnutí žalovaného není vůbec zřejmé, jakého nezákonného jednání se měl žalobce dopustit. Dostatečná konkretizace skutku, na jehož základě došlo ke spáchání správního deliktu je přitom jednou ze základních trestněprávních zásad, tedy i zásadou správního trestání, kterou žalovaný odmítl akceptovat, ač na to byl v rozkladu upozorněn. A žalobce v této souvislosti odkázal mj. na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 1. 2008, 2 As 34/2006 – 73, dle něhož je nezbytné postavit najisto, za jaké konkrétní jednání je subjekt postižen.

Ve výsledku tak v případě rozhodnutí žalovaného existuje rozpor mezi výrokem a jeho odůvodněním, což znamená nepřezkoumatelnost tohoto rozhodnutí potažmo rozhodnutí předsedy žalovaného, a to pro nesrozumitelnost, jakož i pro nedostatek důvodů **[II.d) žaloby]**; namítané nedostatečné odůvodnění a jeho rozpor s výrokem rozhodnutí správního orgánu I. stupně, které žalovaný napadeným rozhodnutím potvrdil, přitom navazuje na výše uvedené body žaloby – viz výhrady k výrokům I. a II. rozhodnutí žalovaného, jakož i k jeho závěru, že se v daném případě nejedná o technické důvody bez toho, že by technické důvody uváděné žalobcem po odborné stránce žalovaný podrobněji posoudil, analyzoval a popsál.

V další části **(III. žaloby)** žalobce pro případ, že by předchozí námitky nebyly důvodné, navrhl, aby krajský soud posoudil přiměřenost pokuty a aby od jejího uložení upustil, eventuálně ji snížil. Jak již žalobce uvedl v rozkladu, jedná o pokutu ve výši tří čtvrtin její celkové možné výše. Žalobce přitom jako subjekt veřejné správy hospodaří se schváleným schodkovým rozpočtem ve výši 299,6 mil. Kč a rovněž v rámci přeneseného výkonu státní správy doplácí na výkon rozšířené působnosti každoročně nezanedbatelnou částku ze svého rozpočtu. Celkový zůstatek nesplacených půjček a úvěrů žalobce se přitom v dané době pohyboval ve výši 730,3 mil. Kč. Uložená pokuta tak bude mít negativní vliv na plnění veřejných funkcí žalobce a bude představovat citelný zásah do jeho rozpočtu, zvláště v současné ekonomické situaci, kdy jsou veškeré disponibilní finanční prostředky potřebné

pro hospodaření územního samosprávného celku. Žalobce proto považuje výši pokuty za likvidační ve smyslu podstatného zásahu do jeho finančních prostředků, kterými navíc ani nedisponuje. Navrhl tedy upuštění od uložení pokuty s tím, že již projednání tohoto případu před žalovaným dostatečně splnilo funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona.

S odkazem na aplikační praxi žalovaného (např. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S398/2010/VZ-16684/2010/520/NGL, ze dne 14. 2. 2011 či rozhodnutí č. j. ÚOHS-R47/2009/VZ-1114/2010/310/JSI, ze dne 1. 2. 2010) se žalobce dovolává navíc toho, aby byla zohledněna specifika právě posuzovaného případu spočívající v tom, že veřejnou zakázku zadával za účelem zajištění základního chodu města jako veřejnoprávní instituce sloužící potřebám svých občanů, tedy potřebám ve veřejném zájmu. Žalobce nemá mnoho možností, jak navýšit příjmy svého rozpočtu, a podotýká rovněž, že zakázka byla řádně zrealizována ve smyslu všech obchodních podmínek stanovených žalobce. A pokud by nedošlo k upuštění od uložení pokuty, požaduje její snížení na symbolickou částku, příp. odůvodnění její výše odpovídajícím způsobem. Odůvodnění se totiž omezuje jen na pouhé konstatování závažnosti porušení zákona, bez řádného přihlédnutí k okolnostem šetřeného případu; a jde-li o použitou přitěžující okolnost v podobě uzavření dodatku č. 2 smlouvy, pak se dle názoru žalobce nejedná o přitěžující okolnost, nýbrž o vlastní popis skutkové podstaty správního deliktu.

S ohledem na vše výše uvedené žalobce navrhl (**IV. žaloby**), aby krajský soud zrušil rozhodnutí žalovaného, jakož i jemu předcházející rozhodnutí správního orgánu I. stupně, a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení, ev. aby upustil od uložení trestu (pokuty) nebo jej v mezích zákonem dovolených snížil.

III. Vyjádření žalovaného

Žalovaný ve vztahu k argumentům uplatněným v žalobě konstatoval, že některé z nich jen opakuji argumentaci uvedenou v rozkladu. Zpochybil tedy řádné uplatnění některých žalobních bodů ze strany žalobce, k nimž však v souhrnu konstatoval, že skutečnosti, které uvádí žalobce, nelze podřadit pod důvody předpokládané § 23 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, tj. pod technické důvody či důvody v podobě výhradních práv. Současně žalovaný poznamenal, že všechny důkazy hodnotil v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů, každý samostatně a ve vzájemné souvislosti, přičemž uvedl, z jakých důvodů nepřistoupil k provedení navrhovaných důkazů (svědecké výpovědi a znalecký posudek), resp. jakým způsobem je vyhodnotil – viz žalobcem zmíněná analýza BDO IT a.s., kterou s ohledem na její charakter a obsah nebylo lze akceptovat jako důkaz prokazující odůvodněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění [**k II.a) žaloby**].

K namítanému nesprávnému právnímu posouzení věci ve vztahu k uzavření dodatku č. 2 k původní smlouvě žalovaný odkázal pouze na napadené rozhodnutí a jemu předcházející rozhodnutí žalovaného [**k II.b) žaloby**].

K výrokům rozhodnutí žalovaného ve shodě s žalobcem odkázal žalovaný na judikaturu týkající se specifikace skutku, zejména usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního

soudu ze dne 15. 1. 2008, 2 As 34/2006 – 73, a dodal, že v případě výroku I. se jedná o takový popis skutku, ze kterého je patrné, zda a jaká povinnost byla porušena. A rovněž výrok II. byl formulován správně, protože žalobce nepoužil v případě uzavírání dodatku č. 2 žádné zadávací řízení, ačkoli měl použít některé z těchto řízení uvedených v § 21 zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný přitom nebyl oprávněn ve výroku II. konstatovat, který typ zadávacího řízení byl zadavatel povinen či měl pro zadávání veřejné zakázky zvolit **[k II.c) žaloby]**.

Závěrem z hlediska návrhu na moderaci sankce pak pouze v plném rozsahu odkázal na napadené rozhodnutí a na prvostupňové rozhodnutí, v němž byla výše pokuty řádně odůvodněna; žalovaný dostatečně zohlednil způsob spáchání předmětného deliktu, jakož i okolnosti, za nichž byl spáchán, přihlédl k závažnosti deliktu, vč. jeho následků, uplatnil zásadu absorpce a zohlednil i ekonomickou situaci žalobce **[k III. žaloby]**.

Na základě všeho výše uvedeného tedy žalovaný navrhl, aby krajský soud žalobu zamítl jako nedůvodnou.

IV. Replika žalobce /a jeho další podání/

Žalobce se v replice k vyjádření žalovaného nejprve vymezil vůči namítané absenci žalobních bodů s tím, že pokud žalobce reprodukuje argumentaci uplatněnou v předcházejících fázích správního řízení, je tomu tak proto, že k této argumentaci žalovaný vůbec nepřihlédl, resp. že se s ní řádně nevypořádal. V tomto ohledu pak znovu zopakoval, že žalovaný nevycházel ze spolehlivě zjištěného skutkového stavu věci, jestliže uvedl, že analýza BDO IT a. s. neobsahuje žádné konkrétní důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, nýbrž pouze všeobecné údaje týkající se výhod, nevýhod a rizik outsourcingu jako takového. Žalovaný vůbec nevzal v potaz věcné argumenty uvedené v předmětné analýze poukazující na značnou rozsáhlost a vzájemnou provázanost stávajících agendových systémů žalobce a jedinečnost IT prostředí, jehož znalost vyžaduje také jedinečné know-how a tím jako jediný disponoval vybraný uchazeč – stávající poskytovatel služeb. A bylo by absurdní po žalobci jako zadavateli požadovat, aby správu nad informačním systémem a jeho konkrétní architekturou svěřil jinému poskytovateli služeb. K otázce nesprávné právní kvalifikace a nedostatečné identifikaci skutku žalobce rovněž zopakoval již dříve uvedené s tím, že ve světle judikatury Nejvyššího správního soudu připomněl, že (i) delikt musí být specifikován tak, aby sankcionované jednání nebylo zaměnitelné s jednáním jiným (viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 1. 2008, 2 As 34/2006 – 73) a že (ii) povinnosti bližšího určení skutkových okolností se nemůže zprostit odkazem na odůvodnění, které tyto okolnosti již blíže popisuje (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 11. 2013, č. j. 9 Afs 65/2012 – 34). A taktéž ve vztahu k uložené pokutě opakovaně poukázal na to, že ji považuje za nepřiměřeně vysokou a věcně neodůvodněnou a považuje za nezbytné, aby pro případ, že nebude vyhověno jeho návrhu na zrušení napadeného rozhodnutí, příp. i rozhodnutí prvostupňového, došlo ke snížení pokuty či upuštění od jejího uložení.

V dalším podání ze dne 6. 2. 2014 žalobce podal návrh na výslech svědků, konkrétně se jednalo o 4 osoby: (i) Ing. I. P., náměstkyni primátora, (ii) Mgr. D. K., současného vedoucího odboru informačních a komunikačních technologií Magistrátu města České Budějovice, (iii) Ing. P. P., pracovníka odboru informačních a komunikačních technologií Magistrátu města České Budějovice a (iv) Ing. P. S., v rozhodném období vedoucího odboru informačních a komunikačních technologií Magistrátu města České Budějovice, jejichž výslech měl prokázat existenci technických důvodů a důvodů ochrany citlivých dat a bezpečnosti, pro které byla veřejná zakázka zadána v jednacím řízení bez uveřejnění.

V. Jednání

Jednání bylo – s ohledem na obsah žaloby, jakož i dalších podání žalobce, vč. jeho výslovného nesouhlasu s rozhodnutím bez nařízení jednání dle § 51 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“) – nařízeno na den 21. 12. 2015. V průběhu jednání krajský soud konstatoval podstatný obsah spisů, zejména napadeného rozhodnutí předsedy žalovaného. Žalobce ústy svého zástupce Mgr. M. V. (i. s. Mgr. R. D.) setrval na svém stanovisku obsaženém v žalobě, vč. závěrečného návrhu. Taktéž žalovaný ve svém přednesu vycházel ze svého vyjádření k žalobě a závěrů obsažených v napadeném rozhodnutí.

Při jednání žádné dokazování (zopakování důkazů provedených správními orgány nebo jejich doplnění) ve smyslu § 77 s. ř. s. prováděno nebylo. Žalobce sice k prokázání důvodů (technických a ochrany výhradních práv) pro použití jednacím řízení bez uveřejnění navrhl důkaz výslechem svědků – konkrétně osob uvedených pod bodem IV. odůvodnění tohoto rozsudku. Krajský soud však v souladu s § 52 odst. 1 s. ř. s. navržený důkaz neprovedl a tento návrh žalobce zamítl s tím, že se jedná o důkazní návrh jdoucí nad rámec skutečností nezbytných pro posouzení věci – v podrobnostech viz bod VI.b) odůvodnění tohoto rozsudku.

VI. Posouzení věci soudem

Napadené rozhodnutí žalovaného krajský soud přezkoumal v řízení podle části třetí, hlavy II, dílu 1 s. ř. s., v mezích uplatněných žalobních bodů, ověřil přitom, zda rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (ex offio), a vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodnutí žalovaného, přičemž dospěl k závěru, že **žaloba není důvodná**.

Podstata věci spočívá především v posouzení postupu žalobce v tom smyslu:

- (i) zda pro zadání veřejné zakázky „*Outsourcing serverové farmy*“ zadávané na základě výzvy ze dne 7. 9. 2007 byly splněny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, jakožto specifického druhu zadávacím řízení, jež jsou stanovené v § 23 zákona o veřejných zakázkách, a
- (ii) zda bylo bez použití některého z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 zákona o veřejných zakázkách možno uzavřít dne 15. 6. 2010 dodatek č. 2 ke smlouvě ze dne 13. 11. 2007 na plnění veřejné zakázky „*Outsourcing serverové*“

farmy“, která byla uzavřena se společností BIT SERVIS spol. s r. o. právě na základě shora uvedeného jednacího řízení bez uveřejnění.

Tyto dvě na sebe navazující otázky ohledně viny tvoří gros celé projednávané věci, v níž však byly ze strany žalobce předestřeny některé další otázky týkající se jednak trestu, jednak dalších věcí, s nimiž bylo nutno vypořádat se v první řadě. Jedná se o žalobcem namítanou nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, resp. rozhodnutí vydaného v I. stupni spočívající v jeho nesrozumitelnosti a nedostatku důvodů, a dále o nesprávnou kvalifikaci a nedostatečnou identifikaci skutku - **ad II. c) a d) žaloby**.

*VI.a) K nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí,
nesprávné právní kvalifikaci a nedostatečné identifikaci skutku*

Na tyto námitky se tedy soud zaměřil primárně; ostatně jde o velmi závažné vady, přičemž v případě nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí se touto vadou musí soud zabývat i tehdy, pokud by to žalobce nenamítal, tedy z úřední povinnosti. Je-li totiž správní rozhodnutí nepřezkoumatelné, lze jen stěží uvažovat o jeho přezkumu správním soudem, což vyplývá již z lingvistické stránky věci, kdy nepřezkoumatelné rozhodnutí prostě nelze věcně přezkoumat. Takové rozhodnutí je nutno zrušit pro nepřezkoumatelnost, která může nastat buď pro nesrozumitelnost (nelze seznat určitý a jednoznačný výrok, jde o výrok s obsahem rozporuplným, nevykonatelným apod.) nebo pro nedostatek důvodů (odůvodnění je v rozporu s výrokem, popř. uvádí jiné důvody než ty, v nichž má mít dle zákona oporu, odůvodnění postrádá rozhodný důvod pro výrok či neobsahuje žádné hodnocení provedených důkazů a závěr z nich učiněný).

Žádnou z naznačených vad však krajský soud v napadeném rozhodnutí neshledal. Naopak z odůvodnění rozhodnutí předsedy žalovaného, resp. jemu předcházejícího rozhodnutí žalovaného jako orgánu I. stupně je jednoznačně seznatelné, které otázky považoval za rozhodné, a vzájemná souvislost jednotlivých úvah, jež ve svém rozhodnutí vyslovil, je zřetelná. Správní orgán I. stupně zcela srozumitelně konstatoval, že důvody, pro které žalobce jako zadavatel použil jednací řízení bez uveřejnění a které měly spočívat mj. ve složitosti jeho IT systému, ve své podstatě důvody technickými nejsou a neopravňovaly ho k použití daného druhu zadávacího řízení; proto také nepřistoupil k provedení důkazu formou výpovědi svědků – odpovědných pracovníků zadavatele i dodavatele, kteří měli prokázat právě složitost IT systému. K uzavření dodatku č. 2 pak konstatoval, že z hlediska obsahu se jednalo o novou nadlimitní zakázku na služby, jež neměla být řešena v rámci původní smlouvy, ale měla být zadána v některém ze zákonem předvídaných druhů zadávacího řízení. S těmito dvěma klíčovými závěry žalobce nesouhlasil, proto podal proti rozhodnutí správního orgánu I. stupně rozklad, s nímž se žalovaný vypořádal v žalobou napadeném rozhodnutí.

Žádný právní předpis nestanoví žalovanému, aby vypořádával námitky ve stejné struktuře, v jaké podal žalobce odvolání, resp. rozklad. Je pouze na žalovaném, aby námitky vypořádal, logicky odůvodnil a relevantně argumentoval s uvedením skutkových a právních důvodů, což se v projednávaném případě stalo. Žalobce ve svém rozkladu sice vznesl množství dílčích námitek, avšak tyto se strukturálně týkají právě výše uvedených dvou

důvodů, na kterých stojí rozhodnutí správního orgánu I. stupně, a kterým se žalovaný podrobně věnoval v odůvodnění, konkrétně v části V., nazvané „*K námitkám rozkladu*“, pod body 30 až 37 (neoprávněnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, vč. neprovedení navrhovaného výsledku svědků) a pod body 38 až 39 (neoprávněnost uzavření dodatku č. 2 smlouvy bez využití některého z druhů zadávacích řízení); současně se vyjádřil i k žalobcem namítané nepřiměřenosti výši pokuty, pod bodem 40, a nedostatečné identifikaci skutku, pod body 41 až 44.

Tolik ve stručnosti k odůvodnění obou správních rozhodnutí; v podrobnostech krajský soud odkazuje na obsah těchto rozhodnutí, která z hlediska přezkoumatelnosti obstojí. A jde-li o výroky I. a II. rozhodnutí správního orgánu I. stupně, které žalobce napadá z důvodu nesprávné právní kvalifikace a nedostatečné identifikace skutku, konstatuje krajský soud následující.

Při rozhodování o jiných správních deliktech musí být jak popis skutku, tak i jeho právní kvalifikace součástí výroku správního rozhodnutí, což potvrzuje i ustálená judikatura Nejvyššího správního soudu ke správnímu trestání; lze poukázat kupř. na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 11. 2007, čj. 7 As 7/2007-63, podle něhož „*výrok rozhodnutí je konstitutivní, esenciální, a proto nepominutelnou součástí správního rozhodnutí, neboť v něm správní orgán formuluje svůj závazný názor v projednávané věci. Musí proto být formulován tak, aby z něho bylo zcela jednoznačně patrné, jakého správního deliktu se stěžovatel dopustil a podle jakého ustanovení zákona mu byla stanovena správní sankce.* Toto vnímání důležitosti popisu skutku bylo ještě prohloubeno sjednocujícím právním názorem rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu vysloveným v usnesení ze dne 15. 1. 2008, čj. 2 As 34/2006-73, publ. pod č. 1546/2008 Sb. NSS, podle něhož *výrok rozhodnutí o jiném správním deliktu musí obsahovat popis skutku uvedením místa, času a způsobu spáchání, popřípadě i uvedení jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby nemohl být zaměněn s jiným.* Smyslem citovaných právních názorů z judikatury Nejvyššího správního soudu je zajištění jednoznačnosti, srozumitelnosti, přezkoumatelnosti a nezaměnitelnosti rozhodnutí o správním deliktu, kterou má zajišťovat již samotný výrok rozhodnutí, nikoliv až podrobný výklad skutkového stavu věci obsažený v odůvodnění rozhodnutí.

V daném případě je ve výroku I. i II. rozhodnutí správního orgánu I. stupně specifikován stejný správní delikt, a sice správní delikt zadavatele dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jehož se zadavatel dopustí tím, že: „*nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku*“.

Jedná se o tzv. odkazující skutkovou podstatu dovolávající se samotného zákona o veřejných zakázkách a o právní kvalifikaci tak podle názoru soudu není pochyb. A nelze jí mít za nesprávnou toliko z toho důvodu, že v případě výroku I. je odkazováno na nedodržení § 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách s tím, že žalobce zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky v § 23 citovaného zákona. Zadavatel tímto způsobem mohl veřejnou zakázku zadat, ale pouze při splnění podmínek normovaných v § 23 zákona o veřejných zakázkách, což dle rozhodnutí správního orgánu I. stupně nestalo [a nebylo nezbytné uvádět též to, že žalobce tvrdil splnění podmínek

předvídaných v § 23 odst. 4 písm. a), což ovšem neprokázal]. Je tedy zjevné, že se jednalo o porušení povinnosti zadavatele zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění jen za splnění podmínek podle § 23 zákona o veřejných zakázkách, což bylo dostatečně popsáno ve výroku I. rozhodnutí správního orgánu I. stupně, který ob stojí nejen z hlediska právní kvalifikace, ale i vymezení skutku. Je zde jednoznačně uvedeno datum uzavření smlouvy i její číslo, vč. označení druhé smluvní strany (vybraného uchazeče) a takto pojatý popis skutku lze akceptovat. Opačný závěr by představoval přepjatý formalismus popírající samotný smysl popisu skutku, kterým je především jeho nezaměnitelnost. Nezaměnitelnost popisu skutku hraje významnou roli zejména z pohledu dodržení zásady ne bis in idem (nikdo nesmí být stíhán opětovně pro týž skutek), ale i z pohledu práva na obhajobu. A k tomu je nutno dodat, že žalobce v tomto ohledu ani ničeho netvrdí, nijak nezpochybňuje možnost své obhajoby a ani nedovozuje jiný dopad do svých práv v důsledku provedeného popisu skutku, který z hlediska požadavku nezaměnitelnosti ob stojí.

Totéž platí i pro výrok II. rozhodnutí správního orgánu I. stupně, kde je rovněž skutek konkrétně vymezen, a to odkazem na datum uzavření dodatku č. 2 k původní smlouvě, jež je opět označena číslem. A jde-li o právní kvalifikaci, resp. neuvedení porušení konkrétní povinnosti ze strany žalobce, zde krajský soud vychází z toho, že měl-li žalobce dle názoru správního orgánu I. stupně zadat veřejnou zakázku, mohl tak v daném případě učinit jen některým ze způsobů uvedených v ustanovení § 21 zákona o veřejných zakázkách. Pokud tak neučinil, tedy nepoužil žádný ze zákonem vymezených druhů zadávacího řízení, pak nepochybně porušil právě výše uvedené ustanovení zákona o veřejných zakázkách, což je z výroku II. rozhodnutí správního orgánu jasně patrné. Jinými slovy, žalobce jako zadavatel nepostupoval podle zákona o veřejných zakázkách, neboť veřejnou zakázku nezadal v některém ze zadávacích řízení stanovených v § 21 citovaného zákona. Výběru dodavatele tedy nepředcházelo žádné zadávací řízení, s jehož realizací se pojí povinnost dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace – viz § 6 zákona o veřejných zakázkách. Proto také koncipoval správní orgán I. stupně výrok II. svého rozhodnutí tak, že žalobce nedodržel postup stanovený v § 21 ve spojení s § 6 zákona o veřejných zakázkách.

S ohledem na vše dosud uvedené lze tedy učinit dílčí závěr, dle kterého napadené rozhodnutí předsedy žalovaného potažmo rozhodnutí správního orgánu I. stupně ob stojí jak z hlediska výroku, tak z hlediska odůvodnění, a krajský soud je považuje za přezkoumatelná. Ostatně sám žalobce s nimi polemizuje, což by v případě nepřezkoumatelnosti nebylo možné a skutečnost, že se závěry správních orgánů nesouhlasí, je otázkou jinou, kterou se soud zabýval posléze – viz dále VI.b) až VI.d) odůvodnění tohoto rozsudku.

Žalobce pod body **II.a) a II.b) žaloby** namítal nesprávné a neúplné zjištění skutkového stavu a nesprávné právní posouzení. Krajský soud však v tomto ohledu nijak uměle nerozlišoval a soustředil se na zjištění skutkového stavu a jeho právní posouzení vždy ve vazbě na shora naznačené roviny, které tvoří podstatu věci, tj. ad (i) splnění podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění a ad (ii) uzavření dodatku č. 2 smlouvy bez použití zadávacího řízení.

VI.b) K zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění

V případě jednacího řízení bez uveřejnění se jedná o specifický – nejjednodušší a nejméně formální – druh zadávacího řízení, kdy zadavatel vyzývá jednoho nebo více dodavatelů k jednání; svým způsobem se tak daný druh zadávacího řízení nejvíce blíží způsobu uzavírání smluv mezi soukromými subjekty. S ohledem na tuto skutečnost, která ve výsledku vede k omezení nebo dokonce vyloučení hospodářské soutěže o veřejnou zakázku, je proto použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění podmínek upravených v § 23 zákona o veřejných zakázkách. Podmínky jsou zde vymezeny taxativním způsobem a v souladu s judikaturou Soudního dvora EU (srov. např. rozsudek ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02, Komise proti Itálii), jakož i judikaturou zdejšího soudu (viz rozsudek ze dne 13. 1. 2015, č. j. 62 Af 95/2013 – 74), je přitom nutno tyto podmínky vykládat restriktivně s tím, že důkazní břemeno ohledně jejich existence je na zadavateli.

Důvody vedoucí zadavatele k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění by proto měly být v dokumentaci o zadání veřejné zakázky náležitým způsobem doloženy; konkrétní způsob jejich doložení však závisí na okolnostech každého případu. Jinými slovy, je potřeba vycházet vždy z konkrétních skutkových okolností prokazujících podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž v daném případě zadavatel – žalobce vycházel ze splnění podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, podle kterého: „[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“.

Citované ustanovení dovoluje užití jednacího řízení bez uveřejnění v situaci, kdy veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, a to z důvodů: (i) technických, (ii) uměleckých, (iii) ochrany výhradních práv nebo (iv) daných zvláštním právním předpisem. V souzené věci se žalobce z pozice zadavatele v žalobě dovolává jednak důvodů technických, jednak důvodů plynoucích z ochrany výhradních práv. Nicméně objektivní nemožnost ostatních dodavatelů poskytnout zadavateli jím požadované plnění je třeba zkoumat již k okamžiku zahájení daného druhu zadávacího řízení, kdy zadavatel musí nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky (k tomu shodně srov. PODEŠVA, Vilém a kol. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. Vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, s. 109).

V tomto ohledu proto považuje krajský soud za důležité připomenout podstatné skutkové a právní okolnosti plynoucí ze správního spisu, jakož i z dodatečně doložené dokumentace k předmětné veřejné zakázce:

- Ve výzvě k jednání ze dne 7. 9. 2007 žalobce s odkazem na § 24 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách odůvodnil využití jednacího řízení bez uveřejnění tak, že: „...se jedná o obnovu serverové farmy a poskytování outsourcingových služeb z technických důvodů stávajícím dodavatelem, kdy je nezbytně nutné zajištění technické a funkční kontinuity systému a musí být bezpodmínečně zajištěn nepřetržitý provoz informačního systému magistrátu“ (zvýraznění doplněno krajským soudem).

- Uvedenou výzvu adresoval stávajícímu dodavateli – společnosti BIT Service spol. s r.o., s níž následně na základě její nabídky dne 13. 11. 2007 uzavřel smlouvu „o dodávce HW zařízení, SW vybavení a o poskytování souvisejících služeb“, č. 2007000422.
- Z hlediska doložení uváděných technických důvodů žalobce v průběhu správního řízení odkazoval jednak na analýzu „*Posouzení outsourcingu pro Radu Statutárního města České Budějovice*“, ze dne 21. 8. 2007, zpracovanou společností BDO IT a.s., jednak na zápis z 20. schůze Rady města České Budějovice ze dne 29. 8. 2007, jehož součástí je důvodová zpráva obsahující mj. důvody pro realizaci veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění; současně navrhl jako důkaz výpověď svých zaměstnanců a zaměstnanců dodavatele.
- V rámci rozkladu pak žalobce ještě doplnil, že stávající dodavatel – BIT Servis spol. s r.o. od roku 1999, kdy pro žalobce prováděla servisní služby v oblasti IT technologií a IT systémů nabyla zcela jedinečné know-how IT prostředí žalobce, kterým nedisponoval a nemohl disponovat žádný jiný subjekt, a které bylo nepřenositelné. A právě to bylo podle jeho názoru: „...oním technickým důvodem a současně i důvodem spadajícím pod ochranu výhradních práv, pro které je možno zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ jedinému dodavateli“ (zvýraznění doplněno krajským soudem). Vedle výše uvedeného výsledku svědků navíc navrhl žalobce i zpracování znaleckého posudku, který by osvědčil, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Žalovaný ve shodě se správním orgánem I. stupně setrval na tom, že žalobce neprokázal splnění podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, tedy že v daném případě existuje pouze jediný dodavatel, který je schopen splnit předmět veřejné zakázky. Ve své úvaze vyšel z žalobcem předložených podkladů, aniž přitom prováděl návrhy na dokazování v podobě výsledku svědků a znaleckého posudku. K oběma návrhům se však vyjádřil, odůvodnil, proč je neprovedl a současně zhodnotil zbývající podklady pro rozhodnutí, které ve výsledku nepopírá, že vybraný uchazeč – BIT Service spol. s r.o. má jako jediná konkrétní a podrobné znalosti IT systému žalobce. Konstatuje však, že tato skutečnost – a to je gros napadeného rozhodnutí v této otázce – není důvodem dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jež by žalobce opravňoval použít jednací řízení bez uveřejnění.

A stejného názoru je i krajský soud, který vyšel z toho, že je to žalobce v pozici zadavatele, koho v případě použití jednacího řízení bez uveřejnění stíhá břemeno důkazní a z logiky věci i břemeno tvrzení. Tvrzení žalobce, že k použití daného druhu zadávacího řízení vedly důvody plynoucí z ochrany výhradních práv, ovšem neobstojí a ani obstát nemohou.

O ochranu výhradních práv se totiž bude jednat v případech, kdy je předmět veřejné zakázky chráněn právem z průmyslového či jiného vlastnictví, tj. patentem, užitným vzorem, ochrannou známkou, právem označení původu či autorským právem. Konkrétně se tak může jednat např. o veřejnou zakázku na úpravu/doplnění již dříve dodaného informačního systému, který je autorským dílem, a zadavatel nemá oprávnění toto autorské dílo upravovat – zde by pak byl evidentně jediný možný dodavatel, a sice autor informačního systém.

O žádnou takovou ani jinou, srovnatelnou situaci odpovídající ochraně výhradních práv se však v souzené věci nejedná. Z dokumentace k veřejné zakázce plyne, že jejím předmětem byl nájem HW zařízení, zajištění licencí k SW vybavení (aniž by se jednalo o SW, který by byl autorským dílem osloveného/vybraného uchazeče a dosavadního dodavatele – BIT Service spol. s r.o.), a dále provedení kompletní implementace a poskytnutí standardních servisních služeb. Jakkoli se tedy jednalo o odborné a specializované IT služby, stále to byly takové IT služby, které nebyly nikterak výjimečné v tom směru, že by jejich splnění bylo možné pouze jediným dodavatelem z důvodu ochrany výhradních práv.

Jednalo se o IT služby související s provozem žalobce – zadavatele, jakožto statutárního města, kterých je v České republice 25 [23 ke dni podání výzvy k jednání – viz § 4 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů] a které stejně jako žalobce plní povinnosti v rámci samostatné i přenesené působnosti – tedy na poli výkonu veřejné správy. Snaha žalobce po zajištění určité kontinuity IT systému jak po stránce funkční, tak technické je přitom plně pochopitelná, avšak neudržitelná jako opora pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění, a to nejen z důvodu ochrany výhradních práv (viz výše), ale také z důvodů technických.

O technické důvody se může jednat např. v situaci, kdy zadavatel již z dřívějšího období disponuje nějakým plněním a nyní potřebuje toto plnění nějakým způsobem rozšířit/doplnit a je nezbytné, aby toto nové plnění bylo kompatibilní s plněním zadavatelem již vlastněným. Jinými slovy, technický důvod může spočívat v potřebě zadavatele po zajištění kompatibility (slučitelnosti); o tento případ se však v souzené věci nejedná. Ostatně žalobce na potřebu kompatibility ani nepoukazoval a technické důvody spatřoval v potřebě kontinuity, aniž by však tvrdil a doložil, že skutečně jediný, kdo je reálně schopen tuto kontinuitu zajistit, je oslovený/vybraný uchazeč.

Skutečnost, že tento uchazeč byl dosavadním dodavatelem žalobce, zná jeho IT prostřední a má tudíž jisté know-how, totiž sama o sobě není technickým důvodem pro zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění tomuto dodavateli. Tím by dle judikatury – viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 – 53, publ. pod č. 2790/2013 Sb. NSS – mohly být vedle již zmíněné neslučitelnosti též provozní problémy, které by vznikly změnou dodavatele. K tomu je nutno poznamenat, že určité riziko provozních problémů v souvislosti se změnou dodavatele zde z povahy věci bude vždy, avšak aby bylo relevantní a akceptovatelné pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění, je třeba, aby se jednalo riziko značné, zapříčiněné právě technickými parametry a jednoznačně tvrzené a doložené zadavatelem – žalobcem. A to se v daném případě nestalo. Žalobce sice zmínil potřebu zajištění technické a funkční kontinuity celého systému, avšak nijak konkrétní v tomto ohledu nebyl a odkázal jednak na důvodovou zprávu, která je součástí zápisu z 20. schůze Rady města České Budějovice konané dne 29. 8. 2007, jednak na analýzu společnosti BDO IT a. s.

V analýze BDO IT a.s. se podává, že v souvislosti s končící platností smlouvy (smluv) na zajištění outsourcingu ICT technologií by rada města měla rozhodovat, zda, příp. v jaké formě, bude dále provoz ICT technologií zajišťován, přičemž jako podklad pro toto rozhodování má sloužit právě tato analýza – viz bod 2.2. Základní účel analýzy se tedy zcela

míjí s žalobcem tvrzenými důvody, které by měla analýza dokládat, jak uvedl již žalovaný, resp. správní orgán I. stupně. Analýza posuzuje výhody a nevýhody zajištění IT systému pomocí tzv. outsourcingu, tedy pomocí služeb jiného subjektu. A ačkoli mezi hlavními směry úvah uvádí i „*riziko změny partnera v poskytování outsourcingových služeb*“, nijak konkrétní není. A skutečnost, že analýza ve výsledku vyznívá ve prospěch zachování dosavadní způsobu zajištění IT pomocí outsourcingu, neznamená, že k tomu mělo dojít za využití jednacího řízení bez uveřejnění, tj. nejjednoduššího a nejméně formálního způsobu zadávacího řízení. Ostatně na str. 17, pod bodem 4.6 analýzy označeném jako „*riziko outsourcingu ICT*“ se výslovně uvádí, že „*[m]ožností outsourcingu je třeba využít s rozumem, s pečlivě vybraným dodavatelem*“. V daném případě však žádný takový výběr neproběhl. Namísto toho žalobce zjednodušeně, přímo z ruky zadal předmětnou zakázku stávajícímu dodavateli, což by bylo možné akceptovat, pouze pokud by zde existovala objektivní a skutečně vysoká míra rizika diskontinuity systému, která bude náležitě odůvodněna a doložena určitou technickou specifičností či výjimečností.

Zde se ovšem o žádný takový stav výjimečnosti či exkluzivity nejednalo. Jak již bylo zmíněno, předmětem veřejné zakázky byl nájem HW zařízení, zajištění licencí k SW vybavení, včetně provedení kompletní implementace a poskytnutí servisních služeb, tedy nic výjimečného v oblasti poskytování IT služeb. Nehledě na to, že – jak bylo rovněž zmíněno shora – se jednalo o IT systém související s provozem statutárního města, který se sice v každém jednotlivém případě může odlišovat, avšak v zásadě se jedná o IT podporu pro výkon shodných či obdobných činností, jež nemají nějaká výjimečná specifika, resp. žalobce je netvrdil. Z pohledu krajského soudu se tedy spíše nežli o technické důvody svědčící tomu, že poptávané plnění, resp. služby je schopen dodat toliko jediný dodavatel, jednalo o snahu žalobce zachovat status quo, tj. snahu zachovat současného dodavatele – BIT Service spol. s r. o., se kterým dosavadní spolupráce funguje a jehož změna by nebyla jednoduchá. To ovšem není důvodem technickým, ale organizačně provozním, který nelze bez dalšího akceptovat. To by totiž znamenalo možnost použití jednacího řízení bez uveřejnění v podstatě kdykoli, kdy zadavatel dlouhodobě spolupracuje s konkrétním dodavatelem, se kterým je spokojen, což by ve výsledku vedlo k nedůvodnému popření soutěžního prostředí.

Na uvedeném nic nemění ani důvodová zpráva k zápisu z 20. schůze Rady města České Budějovice konané 29. 8. 2007, na kterou žalobce odkazuje. Ke zmíněné důvodové zprávě zdejší soud konstatuje, že pod bodem 4. obsahuje pasáž označenou jako „*Důvody pro realizaci VZ formou jednacího řízení bez uveřejnění*“, v níž se podává následující: „*Pro dodávku jednoho ze základních stavebních kamenů informačního systému Magistrátu města České Budějovice navrhujeme oslovit jedinou firmu – BIT SERVIS, spol. s r. o., která je naším dlouholetým partnerem. Poskytuje nám již osmý rok outsourcing klíčové části informačního systému včetně správy a detailně zná náš informační systém včetně jeho slabých míst. Doporučená firma je autorem původního řešení, zná problematiku magistrátu, jeho technologie a aplikace a se spoluprací s ní jsme velmi spokojeni. Firma nám v případě problémů vždy vyšla vstříc a její zásahy jdou často nad rámec smluvně stanovených povinností. Je zároveň jedním z nejvýznamnějších partnerů IMB v České republice a pro všechny klíčové technologie, které jsou u nás implementovány, má nejvyšší certifikaci.*“ Dále jsou pod sebou seřazeny jednotlivé důvody, v nichž se mj. opakuje, že navrhovaný

dodavatel detailně zná informační systém zadavatele a díky tomu je jediný bez rizika schopen zajistit kontinuitu provozu, a že bude zachována technologická jednotnost systému, který dodavatel navrhoval a který po posledním upgradu serverové farmy funguje bez zásadního výpadku z důvodu selhání technologie.

Důvodová zpráva tedy bez bližšího odůvodnění stojí na tom, že dosavadní dodavatel je autorem původního řešení (avšak bez ochrany výhradních práv v podobě autorského díla – viz výše) a že IT systém zadavatele zná, spolupráce s ním funguje a bez rizika jako jediný zajistí kontinuitu provozu. Tato obecná tvrzení ohledně současného IT systému, jeho znalosti ze strany dosavadního dodavatele a dobré, fungující spolupráce se zadavatelem – žalobcem ovšem nikdo nezpochyboval, ani nehodnotil. Oba rozhodující správní orgány pouze vycházely z toho, že uvedené neznámá, že neexistuje žádný jiný dodavatel, který by byl vedle dosavadního dodavatele schopen předmět veřejné zakázky splnit. Proto neprováděly navrhovaný výslech svědků a ze stejných důvodů k němu nepřistoupil ani krajský soud. Provedení navrhovaného výslechu svědků jde nad rámec skutečností nezbytných pro posouzení předmětné věci. Žalovanému potažmo správnímu orgánu I. stupně nelze důvodně vyčítat, že neprovedl žalobcem požadovaný výslech svědků, příp. že nezadal zpracování znaleckého posudku v situaci, kdy důvody tvrzené žalobcem jako důvody technické (ani jiné) neobstojí. Zjištění skutkového stavu věci ze strany správních orgánů bylo dostatečné, odpovídající rozložení důkazního břemene a břemene tvrzení, přičemž tento stav nebylo nutno doplňovat dokazováním ve smyslu § 77 s. ř. s.

A vázal-li žalobce z pozice zadavatele důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění na stávajícího dodavatele a zajištění kontinuity systému, je třeba poznamenat, že změna dodavatele automaticky neznámá, že IT systém nebude funkční a schopný provozu – a to, že jde o systém složitý, resp. že se s ním nový dodavatel musí seznámit je imanentní součástí každé změny. Eliminování možných problémů souvisejících s příp. změnou stávajícího dodavatele bylo řešitelné navíc stanovením náležitých kvalifikačních předpokladů dokládajících dostatečné znalosti a zkušenosti uchazeče, např. i na základě referencí z předchozího plnění obdobných veřejných zakázek.

Lze tedy ve shodě s žalovaným uzavřít, že v daném případě nebyly objektivně dány a žalobce prokázány důvody pro zadání veřejné zakázky za použití jednacího řízení bez uveřejnění, tzn., že výrok ad I. rozhodnutí správního orgánu I. stupně obstojí.

VI.c) Ke změně smlouvy – uzavřením dodatku č. 2 – bez použití nového zadávacího řízení

Pokud jde o výrok ad II. rozhodnutí správního orgánu I. stupně, tento se týká možnosti uzavření dodatku č. 2 k původní smlouvě, aniž by byl použit některý z druhů zadávacího řízení ve smyslu § 21 zákona o veřejných zakázkách. Jinými slovy – jde o otázku přípustnosti změny smlouvy na plnění veřejné zakázky, kterou vnitrostátní právní úprava původně výslovně neřešila s výjimkou podmínek pro rozšíření předmětu veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění – viz § 82 odst. 2, věta druhá, zákona o veřejných zakázkách (až posléze s účinností od 1. 4. 2012 byly tzv. transparentní novelou provedenou zákonem č. 55/2012 Sb. vymezeny v § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách případy, kdy se jedná o podstatnou

změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy a nelze tudíž měnit smlouvu uzavřenou na základě zadávacího řízení).

Aplikační praxe přitom vycházela z funkčního pohledu na povinnost souladu smlouvy s výsledky zadávacího řízení, která se nevyčerpává pouhým uzavřením smlouvy, ale musí být splněna po celou dobu plnění veřejné zakázky. To znamená, že podmínky sjednané v rámci zadávacího řízení nelze v průběhu realizace veřejné zakázky zadavatelem libovolně a svévolně měnit. Přípuštěny byly, resp. jsou pouze takové změny, které jsou nepodstatné, jen ty je možné provést bez ukončení smlouvy a provedení nového zadávacího řízení. Kritéria pro rozlišování podstatných a nepodstatných změn smlouvy na plnění veřejné zakázky se dovozovala z judikatury Soudního dvora EU, přičemž jako klíčové lze zmínit zejména rozsudky ve věcech: C-337/98 *Evropská komise proti Francii*, C-496/99 P *Evropská komise proti CAS Succhi di Frutta SpA*, a zejména C-454/06 *presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku, APA-OTS Originaltext-Service GmbH a APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung* (dále jen „Presstext“). Ostatně na posledně jmenovaný rozsudek ve věci Presstext se v žalobě odvolává i žalobce (a rovněž důvodová zpráva k novele zákona o veřejných zakázkách provedené zákonem č. 55/2012, kterým zákonodárce jasně vymezil, kdy nelze měnit smlouvu uzavřenou na základě zadávacího řízení – v podrobnostech viz sněmovní tisk č. 370, B. Zvláštní část důvodové zprávy, k bodu 96, 6. volební období 2010 - 2013, digitální repozitář, www.psp.cz).

Žalobce v tomto kontextu argumentuje tím, že jako přípustnou změnu lze vzít takovou změnu, se kterou smlouva počítá, předvídá ji a předem upraví způsob změny za vymezených okolností. A tak tomu bylo dle žalobce i v nyní souzené věci, neboť předem předvídal vývoj technologií a potřebu obnovy HW a SW, přičemž zohlednil i původní cenovou nabídku na realizaci veřejné zakázky.

K tomu krajský soud konstatuje, že takto jednoduše věc nestojí a považuje za nutné připomenout kritéria pro rozlišování podstatných a nepodstatných změn, které se v kontextu rozsudku Soudního dvora ve věci Presstext sestávají ze základního pravidla a tří modelových případů. Podle základního pravidla (generální klauzule) je třeba považovat za podstatné takové změny, které mají podstatně odlišnou povahu než původní zakázka a v důsledku prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky této zakázky. Změna tedy musí mít určitou intenzitu, musí směřovat do základních podmínek, přičemž 4 takovými typovými případy (skutkovými podstatami) jsou změny, které by:

- (i) umožnily účast jiných dodavatelů,
- (ii) ovlivnily výběr nejvhodnější nabídky,
- (iii) znamenaly rozšíření předmětu veřejné zakázky či
- (iv) znamenaly změnu ekonomické rovnováhy smlouvy.

Konkrétně ve vztahu ke změnám předvídaným ve smlouvě lze pak poznamenat, že ve věci Presstext Soudní dvůr sice připustil jako nepodstatnou změnu – změnu valorizační doložky, protože již původní smlouva předvíдалa možnost její úpravy podle nového cenového indexu (odst. 64 až 69 rozsudku). Naproti tomu v rozsudku Soudního dvora EU ve věci C-340/02 *Evropská komise proti Francii* byla odmítnuta možnost zadat zakázku na druhou fázi přípravy projektu na úpravu čistírny odpadních vod na základě pouhé výhrady této možnosti

v oznámení zakázky týkající se první fáze. Podobně z rozsudku Soudního dvora EU ve věci C-91/08 *Wall AG proti městu Frankfurt nad Mohanem, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, za přítomnosti Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH*, vyplývá, že i ve smlouvě předvídaná či vyhrazená změna (zde: změna subdodavatele v případě koncesní smlouvy) může být podstatnou změnou, pokud měla zásadní vliv na výběr nabídky dodavatele.

O podstatnou změnu smlouvy se tak nepochybně může jednat i v případě, že tato změna byla ve smlouvě předvídaná tak, jako tomu bylo i v nyní souzené věci; rozhodující je přitom rozsah předvídané změny, vč. toho, zda změna např. mohla mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, resp. umožnila účast jiných dodavatelů. A v tomto ohledu krajský soud souhlasí se žalovaným, který konstatoval, že žalobce obdržel v rámci dodatku č. 2 (z roku 2010) oproti původní smlouvě (z roku 2007) výrazně větší plnění v části HW zařízení na úkor SW vybavení a není vyloučeno, že v případě řádného zadání veřejné zakázky v odpovídajícím zadávacím řízení podle zákona by mu byly nabídnuty jiným uchazečem lepší nabídky. K tomu krajský soud doplňuje, že změna smlouvy provedená dodatkem č. 2 z původního plnění udělala plnění jiné, vč. jiné ceny, jak je zřejmé ze spisové dokumentace, vč. dokumentace k veřejné zakázce, z níž vyplývá následující:

- plnění podle původní smlouvy (celkem v částce **34 099 143, 52 Kč**, za 36 měsíců)
 - pronájem HW zařízení: 14 403 903, 36 Kč (400 108, 43 Kč měsíčně),
 - zajištění licencí SW: 3 550 430, 43 Kč (98 623, 07 Kč měsíčně),tj. v součtu 17 954 333, 79 Kč
 - poskytování servisních služeb: 16 144 809, 73 Kč (448 466, 94 Kč měsíčně)
- plnění podle smlouvy ve znění dodatku č. 2 (celkem v částce **37 213 725, 96 Kč**, za 36 měsíců, vč. navýšení o prokázanou inflaci dle čl. 7.19 smlouvy)
 - pronájem HW zařízení: 19 917 015, 12 Kč (553 250, 42 Kč měsíčně),
 - zajištění licencí SW: 1 202 344, 92 Kč (33 398, 47 Kč měsíčně),tj. v součtu 21 119 360, 04 Kč
 - poskytování servisních služeb: 16 094 365, 92 Kč (447 065, 72 Kč měsíčně)

Již jen z tohoto prostého výčtu je patrné, že základní rámec, resp. struktura poptávaného plnění zůstala zachována, tj. (i) pronájem HW, (ii) zajištění SW a (iii) servis, avšak ve vztahu k prvním dvěma položkám, tedy HW a SW došlo k jejich výraznému přeskupení, změně poměrů ve prospěch HW.

Navíc – a to je velmi podstatné – došlo k pořízení nových a modernějších komponent HW zařízení a nového SW vybavení, jak je zřejmé z čl. 7.8 smlouvy, podle něhož platilo, že: „[d]odavatel je oprávněn nejpozději ke dni uplynutí 32 měsíců od podpisu této smlouvy učinit odběrateli novou nabídku na obnovu technologií IT, tj. dodávku HW zařízení, SW vybavení a poskytování souvisejících služeb, přičemž v případě, že tato nabídka bude cenově totožná nebo výhodnější a technické parametry nabízeného HW zařízení a SW vybavení budou stejné nebo lepší než podle původní nabídky, je dodavatel oprávněn nejpozději do uplynutí 3 let od data podpisu této smlouvy písemně oznámit odběrateli, že využívá své opční právo na přeměnu doby trvání této smlouvy. V případě, že nová nabídka dodavatele bude cenově

nevýhodnější než podle původní nabídky, mohou účastníci uzavřít dohodu o nových podmínkách dodávky HW zařízení, SW vybavení a poskytování souvisejících služeb“ (pozn. potvrzení doplněno krajským soudem).

Z následujícího čl. 7.9. smlouvy se přitom podává, že: „[t]ato smlouva se uzavírá na dobu neurčitou s tím, že v případě využití práva dodavatele podle článku 7.8 platí ke dni uplynutí tří let od data podpisu této smlouvy, že tato smlouva byla uzavřena na dobu určitou – šesti let od jejího podpisu. Změna doby platnosti smlouvy z doby neurčité na určitou využitím opce dle článku 7.8 nemá žádný vliv na právo odběratele vypovědět tuto smlouvu podle článků 4.11, 4.12 a 6.10 této smlouvy“ (pozn. potvrzení doplněno krajským soudem).

Z citovaného je tedy zřejmé, že možnost změny smlouvy byla sice ve smlouvě předvídána, avšak bez detailních pravidel pro její využití, které nebylo závislým na jasně stanovených a objektivních okolnostech. Smlouva shora popsanou změnu struktury plnění vůbec nepředvíдалa, byla v tomto ohledu velmi vágní a odvislá od nabídky dodavatele – limitované toliko cenou a technickými parametry, ničím jiným. A skutečnost, že dodavatel svého (opčního) práva učinit takovou nabídku využil, vedlo nejen ke změně struktury původního plnění a jednotlivých cen, ale též ke změně doby plnění z doby neurčité na dobu určitou v délce 6 let, jež byla navíc dodatkem č. 2 změněna na 9 let (viz čl. III., písm. O. dodatku č. 2).

Lze tedy shrnout, že uzavřením dodatku č. 2 ve výsledku došlo k takové změně, která nebyla původní smlouvou předvídána a která svoji intenzitou zasáhla do struktury původního plnění, jeho cenového rozdělení i doby plnění, a to vše v souvislosti s novou nabídkou dodavatele. Za dané situace tedy dle přesvědčení krajského soudu není pochyb o tom, že se ve výsledku nejednalo o přípustnou změnu smlouvy, nýbrž o novou veřejnou zakázku, která původní veřejnou zakázku následovala a ve výsledku ji nahradila. A pokud by k zadání této zakázky došlo dle zákona, tedy s využitím zadávacího řízení, nelze vyloučit i účast jiných dodavatelů a následný výběr jiné, výhodnější nabídky [srov. shora uvedené typové případy podstatných změn smlouvy ad (i) a (ii)].

Předmětná změna smlouvy v podobě dodatku č. 2 z původního plnění nepochybně udělala plnění jiné – další, které bylo namísto poptávat podle zákona, a to platí tím spíše, že neobstálo ani žalobcem použité jednací řízení bez uveřejnění, na základě kterého byla uzavřena původní smlouva v podstatě bez soutěže s dosavadním dodavatelem – viz výše pod bodem VI.b). Jednání smluvních stran, tj. žalobce v pozici zadavatele a objednatele na straně jedné a společnosti BIT Service spol. s r. o. jako dodavatele na straně druhé, tak nelze akceptovat a skutečnost, že si žalobce v souvislosti uzavíráním dodatku č. 2 opatřil dvě oponentní nabídky, jejichž cena měla být vyšší než cena nabízená dodavatelem, jak vyplývá z předložené dokumentace k veřejné zakázce, na daném závěru nic nemění, spíše naopak. Tyto nabídky – učiněné navíc pouze ve vztahu k HW a SW – dokládají existenci i jiných subjektů schopných dodat předmětné plnění, resp. jeho část, přičemž těchto subjektů by v případě použití náležitého druhu zadávacího řízení mohlo být mnohem více a je možné, že jejich nabídky by při zachování standardní soutěže byly pro žalobce výhodnější.

Lze tedy uzavřít v shodě s předsedou žalovaného potažmo správní orgánem I. stupně, že reálným obsahem změny smlouvy provedené dodatkem č. 2 byla nová veřejná zakázka, a proto měl žalobce použít odpovídající druh zadávacího řízení. A pokud tak neučinil, dopustil se správního deliktu popsaného ve výroku II. rozhodnutí správního orgánu I. stupně. Za spáchání správního deliktu ad I. a II. výroku rozhodnutí správního orgánu I. stupně přitom byla žalobci uložena pokuta ve výši 1 300 000 Kč, ke které se váže poslední žalobní námitka pod bodem **III. žaloby**.

VI.d) K výši uložené pokuty /a její příp. moderaci/

K této námitce je nutno předeslat, že žalobce byl uznán vinným ze spáchání dvou správních deliktů, které spáchal dvěma skutky; jednalo se tedy o tzv. vícečinný souběh správních deliktů, za který byl žalobci uložen úhrnný trest, pro něhož platí, že se ukládá podle toho zákonného ustanovení, které se vztahuje na delikt nejpřísněji trestný – zásada absorpce (pohlčení – větší trest pohlčuje menší). Tuto zásadu použil i správní orgán I. stupně, který žalobci uložil pokutu podle přísněji trestného správního deliktu s tím, že horní hranice pokuty činí 1 704 957,18 Kč, tj. 5 % ceny (34 099 143,52 Kč) veřejné zakázky zadané v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 zákona o veřejných zakázkách, aniž by k tomu byly splněny zákonné podmínky (sazba za druhý delikt – spočívající v uzavření dodatku č. 2 bez použití zadávacího řízení – byla vyhodnocena jako mírnější z toho titulu, že cena této zakázky byla ke dni vydání rozhodnutí správního orgánu I. stupně nižší).

Uložená pokuta ve výši 1 300 000 Kč tedy činí cca $\frac{3}{4}$ maximální možné sazby, což žalovaný, resp. správní orgán I. stupně, jejichž rozhodnutí tvoří z hlediska soudního přezkumu jeden celek, odůvodnil s odkazem na § 121 odst. 2, větu první, zákona o veřejných zakázkách, dle které platí, že: „[p]ři určení výměry pokuty právnické osobě se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán“ (pozn. zvýraznění doplněno krajským soudem).

Konkrétně bylo ze strany správního orgánu I. stupně konstatováno, že žalobce svým postupem narušil soutěžní prostředí, a to nezávažnějším způsobem, neboť vyloučil princip soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno; dodavatel nebyl v souvislosti s předmětem veřejné zakázky zadané v jednacím řízení bez uveřejnění vystaven jakékoli konkurenci, neproběhly žádné soutěže o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky. Jako přitěžující okolnost pak byla vzata v úvahu ta skutečnost, že žalobce uzavřel dodatek č. 2 ke smlouvě mimo rámec zákona, čímž opětovně narušil soutěžní prostředí obdobným způsobem jako v případě původní zakázky. A současně bylo přihlédnuto též k ekonomické situaci žalobce, který je územním samosprávným celkem a uloženou pokutu – i s ohledem na plánované příjmy podle rozpočtu žalobce na rok 2012 ve výši 1 620 253 000 Kč – nelze považovat za likvidační (z důvodu nedostatku finančních prostředků). V zásadě na těchto třech rovinách stojí rozhodnutí správního orgánu I. stupně, které aproboval též žalovaný a se kterým souhlasí též zdejší soud.

Shora citovaná konstrukce právní normy upravující způsob stanovení výše pokuty právnickým osobám je v českém právním řádu zcela běžná a běžným, standardním způsobem byla aplikována i nyní souzené věci. Rozhodující správní orgány nejprve nejen formálně,

ale i materiálně – s přihlédnutím k individuálním okolnostem dané věci – posoudili závažnost (škodlivost) toho ze dvou sbíhajících se správních deliktů, který byl přísněji trestný, tj. nezákonného použití jednacího řízení bez uveřejnění. Jak již bylo zmíněno výše, jedná se o nejjednodušší a nejméně formální druh zadávacího řízení blízký se způsobu uzavírání smluv mezi soukromými subjekty, jehož použitím v daném případě byla zcela vyloučena (nikoli jen omezena) soutěž o veřejnou zakázku. Jde tedy o jedno z nejzávažnějších porušení zákona o veřejných zakázkách a v tomto ohledu lze nepochybně souhlasit s posouzením provedeným správními orgány.

Výše pokuty je výsledkem správního uvážení žalovaného potažmo správního orgánu I. stupně a s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci musí být náležitě odůvodněno, což se stalo. Úvaha správních orgánů vycházela z hodnocení individuální povahy protiprávního jednání žalobce – konkrétně nezákonného postupu při použití jednacího řízení bez uveřejnění, kterým žalobce zcela eliminoval soutěž o danou zakázku. Dopustil se tak jednoho z nezávažnějších porušení zákona, které přesáhlo intenzitu nutnou k naplnění skutkové podstaty předmětného správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Správní orgán I. stupně k němu proto správně přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a jeho následků. A správně přihlédl také k dalším okolnostem, a sice k souběhu správních deliktů, který je obecně přitěžující okolností. Zvýhodněný postih souběhu prostřednictvím použití zásady absorpční, zde: ve formě absorpce trestní sazby mírnější trestní sazbou přísnější, lze totiž určitým způsobem zostřit – zásada asperační. Žalobce se proto mylí, vyčítá-li žalovanému, resp. správními orgány I. stupně, že použitá přitěžující okolnost v podobě uzavření dodatku č. 2 smlouvy není přitěžující okolností. Opak je pravdou, neboť následné, další porušení zákona ze strany žalobce bylo z hlediska trestu nutno zohlednit z důvodu vyšší závažnosti (škodlivosti) jednání žalobce.

Konečně k tomu, že žalobce je územním samosprávným celkem, jehož finanční prostředky jsou limitované, bylo přihlédnuto také a s ohledem na jeho rozpočtové příjmy v roce 2012 nelze pochybovat o tom, že uložená pokuta není pokutou likvidační. Žalobce sice tvrdí, že hospodář s rozpočtovým schodkem, že doplácí na výkon přenesené působnosti a že má nesplacené půjčky a úvěry, pomíjí však své rozpočtové příjmy, které jsou řádově vyšší a ve vztahu k nim rozhodně nelze hovořit o uložené pokutě jako o likvidační. A pokud jde o tvrzení žalobce, že uložená pokuta bude citelným zásahem do rozpočtu, pak nelze než odkázat na to, že uložená pokuta odpovídá závažnosti jednání žalobce a musí působit nejen preventivně (přimět žalobce k nápravě, resp. odradit jeho i jiné osoby od páčání obdobných deliktů), ale též represivně (měla by být do jisté míry citelná a zasáhnout určitým přiměřeným způsobem do poměrů žalobce).

K žalobcově moderačnímu návrhu tedy krajský soud vzal v úvahu obě funkce uložené pokuty, tj. preventivní i represivní, které v daném případě považuje za vyvážené. A jde-li o konkrétní výši uložené pokuty, tuto nepovažuje za zjevně nepřiměřenou a vymykající se závažnosti obou správních deliktů spáchaných ve vícečinném souběhu. Proto žalobcův moderační návrh dle § 78 odst. 2 neshledal důvodným a nepřistoupil ani k upuštění od uložené pokuty ani k jejímu snížení.

Žalobce v tomto směru poukazoval navíc na aplikační praxi žalovaného a domáhal se zohlednění toho, že zadával zakázku za účelem zajištění základního chodu města a že tato zakázka byla řádně zrealizována. K tomu nezbyvá než dodat, že i pro oblast správního trestání – obdobně jako pro oblast soudního trestání (jehož principy lze s ohledem na systémové vnímání trestání jako určitého jednotného veřejnoprávního mechanismu použít; k tomu např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007, č. j. 8 As 17/2007 – 135, publ. pod č. 1338/2007 Sb. NSS.) – platí princip individualizace trestu. To znamená, že uložení trestu – zde: pokuty, jakož i její příp. snížení či úplné upuštění od uložení pokuty, musí odpovídat všem zvláštnostem případu, především povaze a konkrétní závažnosti spáchaného správního deliktu. A ta byla v tomto případě zcela jiná, než tomu bylo v žalobcem avizovaných případech, jejichž závěry nelze zjednodušeně přenášet na nyní projednávanou věc. Prostá skutečnost, že zakázka byla řádně zrealizována, jakož i to, že se jednalo o zakázku za účelem zajištění základního chodu města, v celkovém kontextu nyní posuzovaného případu na závažnosti jednání žalobce nic nemění.

VII. Závěr a náklady řízení

Na základě všech shora uvedených skutečností lze učinit konečný závěr, podle kterého žádná z žalobních námitek není důvodná, a proto krajský soud v souladu s ustanovením § 78 odst. 7 s. ř. s. žalobu jako nedůvodnou zamítl.

O náhradě nákladů řízení krajský soud rozhodl 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 (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní agendy nevznikly a ani je nepožadoval.

P o u č e n í : 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.

V Brně dne 21. 12. 2015

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu