



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátu složeném z předsedy Mgr. Milana Procházky a soudců Mgr. Karla Černína, Ph.D., a JUDr. Ing. Venduly Sochorové ve věci

žalobce: **Česká republika - Český telekomunikační úřad**
sídlem Sokolovská 58/219, 190 00 Praha 9

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

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 31. 5. 2018, čj. UOHS-R0051/2018/VZ-15818/2018/300/PSe

takto:

- I. Rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 31. 5. 2018, čj. UOHS-R0051/2018/VZ-15818/2018/300/Pse a rozhodnutí žalovaného ze dne 6. 3. 2018, čj. ÚOHS-S0244/2017/VZ-06787/2018/542/PKn se ruší a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalobci se nepřiznává náhrada nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Žalovaný zahájil dne 26. 6. 2017 se žalobcem řízení ve věci možného spáchání správního deliktu v souvislosti s veřejnou zakázkou „Zajištění služeb servisní podpory IS MOSS, MS

Sharepoint a BI/DWH“, zadanou v jednacím řízení bez uveřejnění. První rozhodnutí v této věci předseda žalovaného zrušil, protože žalovaný vycházel při posouzení věci z důkazu, který v rámci správního řízení neprovedl. Po vrácení věci žalovaný opětovně uznal žalobce vinným ze spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, neboť předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) uvedeného zákona. Rozhodnutím ze dne 6. 3. 2018 proto uložil žalobci podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pokutu ve výši 300 000 Kč (dále jen „rozhodnutí o pokutě“).

2. Proti uvedenému rozhodnutí podal žalobce rozklad, o němž rozhodl předseda žalovaného napadeným rozhodnutím tak, že rozklad zamítl. Toto rozhodnutí napadá žalobce u Krajského soudu v Brně.

II. Shrnutí argumentace žalobce

3. Žalobce navrhuje napadené rozhodnutí zrušit, neboť jej považuje za nesprávné a nezákonné.
4. Žalobce namítá, že žalovaný zahájil správní řízení nezákonně, pokud je vedl výslovně podle § 112 zákona o veřejných zakázkách, a že pouze z tohoto zákona vyvodil svou příslušnost k rozhodování. Správní řízení však žalovaný zahájil v době, kdy již byl zákon o veřejných zakázkách zrušen zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Dovozuje, že z právního hlediska je potřeba vždy zahájit řízení podle zákona účinného v době zahájení správního řízení, byť by pro procesní a hmotněprávní otázky měl být použit již zrušený předpis. Příslušnost žalovaného k vedení řízení nezpochybnil, ovšem dovodil ji rozdílně od něj s poukazem na § 274 zákona o zadávání veřejných zakázek. Žalobce dále dodává, že na řízení vedené žalovaným je nutno nahlížet jako na správní řízení vedené nepřislušným správním orgánem a na napadené rozhodnutí jako na nicotné ve smyslu § 77 správního řádu.
5. Žalobce dále vytýká žalovanému porušení zásady materiální pravdy a zásady vyšetřovací, související s nedostatečným zjištěním skutkového stavu. Zejména žalobce namítá, že žalovaný neprovedl důkazy ke zjištění stavu věci předložené žalobcem. V situaci, kdy důkazní břemeno leželo na žalobci a ten předkládá důkazy, aby této své povinnosti dostál, není akceptovatelným postup správního orgánu, který bez bližší specifikace důvodů odmítl tyto důkazy provést. K tomu žalobce odkazuje na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 7. 2016, č. j. 2 Afs 35/2016 - 43 a ze dne 20. 1. 2006, č. j. 4 As 2/200 - 62. Konkrétně žalovaný opomněl provést důkazy – Materiál ministerstva informatiky, čj. MI 1168/2003 63, a Usnesení vlády ČR ze dnů 9. 11. 2011, 3. 7. 2013 a 11. 4. 2016. Žalobce uzavírá, že uvedené důkazy by doplnily skutková zjištění tím způsobem, že by byl žalovaný nucen některé závěry přehodnotit, resp. vůbec neučinit. Těmito důkazy žalobce primárně sledoval prokázání jeho faktického vědomí o svých oprávněné předpokládaných potřebách v okamžiku zadávání původní veřejné zakázky a v době zadávání posuzované veřejné zakázky.
6. K podstatě správního deliktu žalobce uvádí, že ke splnění posuzované veřejné zakázky byla jediným možným dodavatelem, který mohl tuto veřejnou zakázku splnit, společnost AQUASOFT spol s.r.o. (dnes Solitea Business Solutions s.r.o. – dále jen „AQUASOFT“). Důvodem je existence výhradních autorských práv k IS MOSS a to, že výše uvedená

společnost měla bez dalšího přístup ke zdrojovým kódům, nezbytným k zajištění servisní podpory a změn. Žalobce je přesvědčen, že stav exkluzivity vědomě nevytvořil, a to s přihlédnutím k okolnostem a podmínkám při uzavírání původní veřejné zakázky. K otázce posuzování exkluzivity žalobce dále odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 2. 2018, č. j. 5 As 26/2017 - 22, podle kterého jsou okolnosti zadání původní veřejné zakázky zcela stěžejní. Uvádí, že účelem původní veřejné zakázky bylo nahradit, resp. propojit užívané izolované aplikace zajišťující podporu správních a vybraných provozních činností. Tento předpoklad byl zásadně ovlivněn faktem, že jedna z klíčových funkcionalit IS MOSS měla zajišťovat podstatnou část agendy řešení účastnických sporů podle § 129 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích. Tato funkcionalita byla zároveň předpokládána na časově omezené období, než bude uvedená agenda účastnických sporů převedena na obecné soudy. Tento předpoklad byl založen na skutečnosti, že již v rámci legislativních příprav zákona o elektronických komunikacích v roce 2004 vyjímал legislativní návrh tuto agendu z působnosti žalobce. S ohledem na výhradu Ministerstva spravedlnosti ČR však nakonec zůstala agenda účastnických sporů v působnosti žalobce. Z materiálů k usnesením vlády ČR vyplývá, že záměrem vlády ČR v období let 2004 – 2016 bylo převést agendu z působnosti žalobce na obecné soudy. Při zadávání původní i posuzované veřejné zakázky tak musel žalobce zohledňovat záměr vlády a případnou realizaci přechodu výše uvedené agendy, což by zásadním způsobem ovlivnilo využitelnost systému IS MOSS. Tyto změny nebyly závislé na vůli žalobce, přičemž ten nemohl předjímat rozsah potřeb souvisejících s IS MOSS. Zároveň došlo k neočekávanému nárůstu dotčené agendy, který si vyžádal zásadní personální, organizační a administrativní opatření, znamenající rovněž nezbytné úpravy systému IS MOSS. Žalobcův předpoklad o časově omezeném budoucím využití systému IS MOSS podporuje také skutečnost, že v původní veřejné zakázce sjednal možnost zasahovat do zdrojového kódu vlastními silami. Plánoval, že po přechodu agendy účastnických sporů na obecné soudy bude moci zajišťovat správu systému IS MOSS vlastními zaměstnanci, případně posoudí další potřebnost tohoto systému. Žalobce nesouhlasí s tím, že vědomě navodil stav exkluzivity a nesouhlasí s judikaturou, na kterou poukázal žalovaný, jelikož v zmíněné judikatuře byl evidentně prokázán úmysl zadavatele obejít zákon, přičemž již v době zadávání původní veřejné zakázky bylo zřejmé, že na tuto zakázku budou navazovat další veřejné zakázky. V posuzované věci však vyvstala potřeba další veřejné zakázky vlivem objektivních příčin mimo sféru vlivu žalobce.

7. Dále žalobce vytýká žalovanému, že na předmětnou věc neaplikoval § 112 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „přestupkový zákon“), který upravuje otázku časové příslušnosti přestupkové úpravy. Podle uvedeného ustanovení se totiž přestupkový zákon uplatní i na správní delikt žalobce. Konkrétně žalovaný nezkoumal společenskou škodlivost správního deliktu a chybí tak vyjádření k naplnění materiálních znaků správního deliktu, v důsledku čehož je nutné napadené rozhodnutí považovat za nepřezkoumatelné.
8. Závěrem zpochybňuje žalobce závěry žalovaného o uložené pokutě ve výši 300 000 Kč, neboť absentuje argumentace stran výše uložené pokuty. Způsob stanovení pokuty považuje za netransparentní, neodůvodněný a nepřezkoumatelný. Zároveň žalobce namítá, že žalovaný v odůvodnění rozhodnutí o pokutě zkoumal pouze přítěžující okolnosti, aniž by posoudil okolnosti svědčící ve prospěch žalobce.

III. Shrnutí argumentace žalovaného

9. Žalovaný navrhuje podanou žalobou zamítnout. K námitce nesprávně zahájeného správního řízení uvádí, že přechodné ustanovení § 274 zákona č. 134/2016 Sb. nezakládá příslušnost žalovaného samo o sobě, nýbrž vyjadřuje vůli zákonodárce regulovat vymezený okruh vztahů způsobem odlišným od pozdější regulace. Samotné vymezení okruhu regulovaných vztahů vychází dle žalovaného i nadále z § 112 zákona o veřejných zakázkách, coby základního procesního východiska pro postup žalovaného. Dodává, že oznámení o zahájení správního řízení není relevantní v tom ohledu, zda byla či nebyla založena kompetence žalovaného projednat danou věc. Poukázal na to, že ani žalobce věcnou příslušnost nerozporuje.
10. K právnímu posouzení žalovaný uvádí, že okolnosti zadání původní veřejné zakázky vnímá odlišně, přičemž důkazy navrhované žalobcem, které žalovaný neprovedl, mohou poskytovat oporu pro irelevantní závěr, že žalobce musel nadále IS MOSS provozovat a rozšiřovat. Nemohou však dle žalovaného vypovídat o stavu vědomí žalobce při zadávání původní veřejné zakázky ve vztahu k vytváření smluvních podmínek. Žalobcem navržené důkazy nemohou prokazovat relevantní aspekty navození stavu exkluzivity vybraného uchazeče. K materiálu Ministerstva informatiky č. j. MI 1168/2003 63 uvádí, že žalobce opomíjí zásadní připomínku Ministerstva spravedlnosti, která požaduje ponechání agendy účastnických sporů žalobci. Uvedené pak znamená, že žalobce mohl alespoň částečně předpokládat, že k uvedenému přechodu na obecné soudy nedojde. Žalobce tak mohl v době zadávání původní veřejné zakázky důvodně předpokládat, že je určitá minimální možnost, že předmětnou agendu bude vykonávat dlouhodobě. Žalovaný uzavírá, že stav exkluzivity vybraného uchazeče nevznikl v důsledku objasněné „nešikovnosti“ žalobce, ale jeho vědomým postupem.
11. Ve vztahu k § 112 odst. 1 přestupkového zákona žalovaný připomíná rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 8. 2012, č. j. 9 As 34/2012 - 28, podle kterého je materiální stránka správního deliktu dána již samotným naplněním skutkové podstaty. Tento odkaz podpořil ještě rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 12. 2009, č. j. 5 As 104/2008 - 45 a ze dne 30. 3. 2011, č. j. 1 Afs 14/2011 - 62. Dovojuje závěr, že není nutné, aby se správní orgány zabývaly otázkou naplnění materiální stránky daného správního deliktu. I přes to se k materiální stránce žalovaný vyjádřil a to v bodě 155. rozhodnutí o pokutě. Argumentaci žalobce, že jeho snahy o snížení možné závislosti na jednom dodavateli mohou podstatně ovlivnit společenskou škodlivost, žalovaný nevypořádal, přičemž to nepovažuje za vadu mající vliv na správnost napadeného rozhodnutí či rozhodnutí o pokutě. Jednání žalobce bylo v rozporu s kogentní úpravou zadávání veřejných zakázek, přičemž důsledky tohoto jednání jsou irelevantní z hlediska výsledného posouzení odpovědnosti. Uzavírá, že skutková podstata podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách předpokládá nedodržení příslušné kogentní úpravy, přičemž pokud k takovému porušení dojde, nemůže být vyloučena společenská škodlivost.
12. K námitce porušení zásady materiální pravdy a neprovedených důkazech žalovaný uvádí, že se k tomu vyjádřil v bodu 149. rozhodnutí o pokutě a v bodech 52. - 55. napadeného rozhodnutí. Navrhované důkazy nemohly ovlivnit zjištěný stav věci či změnit zjištění žalovaného. Správní úřady nemají povinnost provádět všechny navržené důkazy. Nepřisvědčil námitce žalobce, že nebyl poučen o existenci důkazního břemene, jelikož

z jeho rozkladu naopak plyne, že si důkazního břemene k důvodům pro použití jednacího řízení bez uveřejnění byl vědom.

13. Výši a odůvodnění uložené pokuty považuje žalovaný za dostatečné, přičemž odkazuje na odůvodnění rozhodnutí o pokutě a napadené rozhodnutí. Připomněl, že žádné polehčující okolnosti v dané věci neshledal.

IV. Posouzení věci krajským soudem

14. Žaloba je důvodná.

Skutková zjištění

15. Soud nejprve stručně nastíní skutkový stav, jak vyplynul z napadeného rozhodnutí a ze správního spisu (v němž soud ověřoval skutečnosti, které byly podle žalobce sporné), a to to jen v rozsahu potřebném pro následné právní posouzení věci.
16. Žalobce na základě provedeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Modulární správní systém pro potřeby Českého telekomunikačního úřadu“ uzavřel dne 31. 7. 2006 smlouvu o dílo č. AQ 30/06 se společností AQUASOFT, jejímž předmětem bylo vytvoření IS MOSS (dále jen „smlouva o dílo“ či „původní veřejná zakázka“). Z čl. VII odst. 2 a čl. VII odst. 4 smlouvy o dílo vyplývá, že v rámci této původní veřejné zakázky vytvořil vybraný dodavatel autorské dílo, přičemž autorská práva k němu náležela výlučně dodavateli, tedy společnosti AQUASOFT. Mezi stranami ostatně není sporné, že smlouvou o dílo došlo k vytvoření autorského díla, požívajícího ochrany podle zákona č. 121/2000 Sb., autorský zákon. V uzavřené smlouvě o dílo bylo mimo jiné v čl. VII odst. 5 stanoveno, že po uplynutí záruční doby bude mít žalobce právo po písemném oznámení zhotoviteli zasahovat do zdrojových kódů díla (jež měl mít dle téhož ustanovení uloženy u sebe v trezoru). Dále čl. X odst. 5 smlouvy o dílo obsahoval závazek zhotovitele uzavřít se žalobcem na základě výzvy servisní smlouvu o podpoře a provozu díla, přičemž ale tento závazek neplatí v případě, že žalobce využije svého práva zasahovat do zdrojových kódů.
17. Dne 18. 3. 2016 uzavřel žalobce v jednacím řízení bez uveřejnění se společností AQUASOFT smlouvu o servisní podpoře č. CTU_2016/22, jejímž předmětem bylo poskytnutí servisní podpory žalobci po dobu 4 let (dále jen „servisní smlouva“) v rozsahu specifikovaném v čl. 3 servisní smlouvy. Jednalo se v pořadí již o třetí servisní smlouvu, jež předmětem plnění navazovala na původní veřejnou zakázku (vytvoření systému IS MOSS), přičemž předchozí dvě servisní smlouvy uzavřené v letech 2008 a 2012 byly také uzavřeny na dobu 4 let. Výběr formy zadávacího řízení u servisní smlouvy zdůvodnil žalobce tím, že společnost AQUASOFT je výhradním vlastníkem autorských práv k IS MOSS a jako jediná má přístup ke zdrojovým kódům tohoto systému (č. 1. 57 správního spisu). Před uzavřením smlouvy si nechal vyhotovit externím auditorem Analýzu podmínek smluvního vztahu na centrální systém pro podporu agend ČTÚ (č. 1. 39 správního spisu), z níž vyplynulo, že cena za servisní podporu systému dle předchozí smlouvy je přiměřená a odpovídá dodávaným službám. K oslabení vztahu závislosti na dodavateli nicméně auditor navrhl přijmout některá opatření, zejména provést průzkum trhu ohledně ceny nového informačního systému následovaný novým jednáním se stávajícím dodavatelem (kapitola 6.1.3) a dále převzít alespoň část servisních prací vlastními zaměstnanci ČTÚ (kapitola 6.8.3). Ve spise jsou založeny i důkazy o průběhu

legislativních prací týkajících se agendy účastnických sporů, které však žalovaný pro nadbytečnost neprováděl.

18. V rámci zahájeného správního řízení žalovaný přezkoumal postup žalobce při zadávání veřejné zakázky „Zajištění služeb servisní podpory IS MOSS, MS Sharepoint a BI/DWH“ z roku 2016 a konstatoval, že žalobce porušil zákon o veřejných zakázkách, neboť předmětnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž k tomu byly splněny podmínky v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona. Podle žalovaného žalobce neprokázal, že by z technických důvodů mohl předmětnou veřejnou zakázku realizovat pouze vybraný uchazeč. Pokud jde o důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče, jeho existenci žalovaný uznal, nicméně stav exkluzivity vytvořil podle něj sám žalobce svým postupem při uzavírání smlouvy o dílo. Ani v dalších letech svou chybu nijak nenapravit, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky v šetřeném případě, který se týká poslední servisní smlouvy z roku 2016.

Nicotnost rozhodnutí

19. Soud v první řadě posoudil námitku žalobce stran zahájení správního řízení a dospěl k závěru, že není důvodná. V předmětné věci je nesporné, že žalovaný zahájil správní řízení o přezkoumání postupu zadavatele dne 26. 6. 2017 za použití § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, kterým je upravena příslušnost žalovaného k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek. Zákon o veřejných zakázkách byl ke dni 1. 10. 2016 zrušen zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, a tedy v době zahájení uvedeného správního řízení již nebyl v platnosti. Žalobce se domnívá, že příslušnost žalovaného k vedení správního řízení je dána ustanovením § 274 zákona o zadávání veřejných zakázek, o který však žalovaný zahájení správního řízení neopřel.
20. Z díkce § 274 zákona o zadávání veřejných zakázek jednoznačně plyne, že podle zákona č. 137/2006 Sb. se postupuje v řízeních o přezkoumání úkonů zadavatele a řízeních o správních deliktech, zahájených žalovaným po dni nabytí účinnosti zákona o zadávání veřejných zakázek, jestliže se týkají zadávání veřejných zakázek nebo rámcových smluv podle zákona č. 137/2006 Sb. Posuzovaná veřejná zakázka byla zadávána podle a za účinnosti zákona o veřejných zakázkách a tudíž se jednání žalobce posuzuje a v řízení se postupuje podle tohoto zákona. V tomto smyslu tak byl postup žalovaného správný.
21. Soud dává za pravdu žalobci, že žalovaný měl skutečně uvést, byť jen odkazem na přechodné ustanovení, z jakého důvodu postupuje podle již zrušené právní úpravy. Takový postup by byl bezvadný a správný z hlediska právní jistoty žalobce. Podstatnou je však skutečnost, že žalobce nenamítá, že by výše uvedeným postupem žalovaného byl zkrácen na nějakém svém konkrétním právu. Tato skutečnost tak neměla vliv na zákonnost napadených rozhodnutí nebo na zákonnost řízení, které jim předcházelo.
22. Odkaz žalobce na § 77 správního řádu je nepřiléhavý, neboť neuvedení konkrétního procesního ustanovení nečiní orgán věcně nepřislušným k rozhodování. Otázku věcné příslušnosti je nutno posoudit ve své podstatě, a nikoliv čistě formální optikou. Soud uzavírá, že uvedený postup žalovaného sice byl vadný, ovšem tato vada sama o sobě neměla vliv na zákonnost vydaných rozhodnutí a žalobce nebyl tímto postupem zkrácen na svých právech.

Technické překážky

23. Jednací řízení bez uveřejnění je svou povahou nejméně formálním řízením, v jehož rámci je veřejná zakázka zadána jednomu konkrétnímu dodavateli nebo omezenému okruhu zájemců, aniž by byli osloveni jiní potencionální uchazeči. *De facto* tak vylučuje konkurenci a soutěž o zakázku. Jednací řízení bez uveřejnění lze proto využít, pouze pokud jsou splněny důvody pro jeho použití a svou povahou se jedná o důvody objektivní a nezávislé na vůli zadavatele. V šetřeném případě míří argumentace žalobce k použití § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, tj. k možnosti splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem jednak z technických důvodů, jednak z důvodu ochrany výhradních práv. Použití příslušného druhu zadávacího řízení je na zadavateli, který však musí být schopen prokázat, proč vybraný druh řízení použil (srov. judikaturu citovanou v bode 142 rozhodnutí o pokutě).
24. Z tohoto pohledu soud stručně poznamenává, že žalobce skutečně neprokázal, že by mu objektivní technické důvody bránily v tom, aby servis svého informačního systému zajišťoval prostřednictvím jiného subjektu než vybraného uchazeče. Muselo by se totiž jednat o důvody technické povahy, odlišné od autorskoprávní ochrany, na níž zakládá žalobce důvod spočívající v ochraně výhradních práv. Žalobce neprokázal, že vybraný dodavatel je jediným dodavatelem, schopným z technického hlediska splnit veřejnou zakázku. V rámci správního řízení předložil důkaz označený jako „Analýza podmínek smluvního vztahu na centrální systém pro podporu agend ČTÚ“ (dále jen „audit IS MOSS“), z něž plyne, že žádný jiný dodavatel není efektivně schopen převzít řešení informačního systému MOSS s ohledem na softwarovou strukturu a proprietární povahu (uzavřené zdrojové kódy). Auditor *de facto* říká, že pro jiného dodavatele bude tento úkol „těžký“, ne však z technického hlediska nereálný. Proprietární povaha řešeného systému znamená, že zdrojové kódy nejsou volně přístupné a podléhají ochraně. Proprietární povaha IS MOSS tak sice představuje objektivní překážku, svědčí však o autorskoprávní ochraně a nikoliv o technických problémech realizace. Je zřejmé, že pokud by společnost AQUASOFT byla ochotna poskytnout licenci k zásahům do IS MOSS jinému subjektu, mohl by ten servis informačního systému vykonávat, byť by musel nejprve systém zanalyzovat a takříkajíc se jej „naučit“. Soudní dvůr v rozsudku ze dne 18. 5. 1995 Komise proti Itálii, C-57/94, konstatoval, že zadavatel musí prokázat nejen existenci technických důvodů, ale také, že kvůli těmto důvodům musí být naprosto nezbytné zadat zakázku určitému uchazeči (bod 24 citovaného rozsudku). Žalovaný přitom v rozhodnutí o pokutě poukazoval i na to, že žalobce mohl v průběhu let nechat vytvořit informační systém nový s volněějšími licenčními podmínkami a jeho servis již zajišťovat prostřednictvím řádných výběrových řízení. Žalobce ve správním řízení netvrdil, natož aby prokazoval, žádné objektivní technické překážky, jež by mu bránily v migraci na nový informační systém (např. nemožnost přenesení stávajících dat apod.).
25. Celá tato otázka je však relativně podružná, neboť soud dal za pravdu žalobci v otázce výhradních práv a zrušil jak napadené rozhodnutí, tak rozhodnutí o pokutě. Pokud tedy snad přece jen existují nějaké objektivní technické důvody, jež žalobce k užití jednacího řízení bez uveřejnění vedly a dosud nezazněly, bude mít v dalším řízení možnost svá tvrzení a předkládané důkazy v tomto směru doplnit.

26. Podstatná pro posouzení věci je tedy zejména otázka ochrany výhradních práv. V rámci původní veřejné zakázky vytvořil vybraný dodavatel informační systém MOSS. Část tohoto informačního systému má povahu autorského díla ve smyslu § 2 odst. 2 autorského zákona, jak bylo ujednáno v čl. VII odst. 1 smlouvy o dílo. Nutno dodat, že formami vyjádření počítačového programu, jimž přísluší autorskoprávní ochrana, jsou zejména zdrojový a strojový kód (dle rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 2. 5. 2012, SAS Institute Inc. v World Programming Ltd., C-406/10). Tento závěr se uplatní dokonce i v případě, pokud by výslovně ve smlouvě o dílo nebyla autorskoprávní ochrana ujednána. V čl. VII odst. 4 písm. b) smlouvy o dílo se nicméně žalobce zavázal nešířit autorské dílo třetí osobě. Nyní posuzovaná veřejná zakázka a servisní práce v ní popsané bezpochyby předpokládají přístup osoby, která takovou činnost provádí, do zdrojového kódu a jiných částí informačního systému. Žalobce tak objektivně nemohl posuzovanou veřejnou zakázku zadat jinému dodavateli, neboť by tím porušil citované ustanovení smlouvy o dílo. Ze spisu zároveň vyplynulo, že společnost AQUASOFT neměla vůli udělit autorskoprávní nebo jinou licenci jiné osobě, která by plnění mohla poskytnout (viz například čestné prohlášení společnosti AQUASOFT ze dne 4. 12. 2015, v němž tato společnost odmítá postoupit práva k autorskému dílu třetí osobě). Z důvodu ochrany výhradních práv tak mohl servis IS MOSS zajišťovat skutečně pouze vybraný uchazeč.
27. Jelikož žalobce prokázal splnění podmínek § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, bylo na místě posoudit, zda stav exkluzivity (z hlediska ochrany výhradních práv) nezpůsobil sám žalobce svým zaviněným postupem. Jak konstatoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, je potřeba pečlivě zvážit, zda postup žalobce je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný. Žalovaný přitom z valné části založil svou argumentaci na tom, že od počátku nebyly splněny zákonné podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, neboť žalobce již při zadávání primární veřejné zakázky na tvorbu informačního systému MOSS vytvořil zaviněně stav exkluzivity ve prospěch společnosti AQUASOFT. Krajský soud se s tímto hodnocením věci neztotožnil, a to zejména pro paušalizující argumentaci žalovaného, která postrádá oporu v konkrétních skutkových zjištěních.
28. Soud vzal v úvahu, že v čl. VII odst. 5 smlouvy o dílo uzavřené na základě původní veřejné zakázky si žalobce jako zadavatel vyhradil právo zasahovat do zdrojového kódu IS MOSS. Sjednal si tím možnost svými silami měnit, upravovat či udržovat uvedený informační systém. Lze přisvědčit žalovanému, že každý software vyžaduje pravidelnou údržbu a tato skutečnost nemohla být pro žalobce překvapující. Žalobce se však hájí tím, že rozumně očekával zajištění provozu IS MOSS vlastními silami a také si pro to vytvořil smluvní podmínky. Pokud žalovaný při posuzování této otázky odkazuje na rozsudek zdejšího soudu ze dne 1. 6. 2017, č. j. 62 Af 93/2015 - 357 a považuje jej za skutkově obdobný, není tomu tak. Ve věci sp. zn. 62 Af 93/2015 totiž zadavatel v době zadávání prvotní veřejné zakázky na základě provedené analýzy věděl, že bude vyvíjený software dále rozvíjet a vyvstane potřeba navazujících veřejných zakázek. Na tento předpoklad nijak nereagoval, například úpravou smluvních podmínek. Nyní řešená věc je však odlišná v tom, že žalobce právě za účelem uspokojení budoucí potřeby servisních prací sjednal pro sebe možnost svépomocí zasahovat do zdrojového kódu bez dalších finančních kompenzací dodavateli.

29. S odstupem času je pochopitelně zřejmé, že se žalobci nepodařilo naplnit předpoklad, že bude servis systému zajišťovat svými zaměstnanci. Žalovanému se však nepodařilo zpochybnit žalobcovo tvrzení, že měl odůvodněný plán, který promítl do smluvní dokumentace a úpravy licenčních podmínek. Tato okolnost odlišuje posuzovanou věc od konstantní judikatury k úmyslnému navození stavu exkluzivity, na kterou poukazoval žalovaný v napadeném rozhodnutí. Skutečnost, že žalobce zároveň sjednal s dodavatelem v čl. X bodu 5 smlouvy o dílo závazek dodavatele uzavřít na výzvu žalobce servisní smlouvu o podpoře provozu díla, o kterou se zejména opírá žalovaný, na tom nemůže nic změnit. Nejde o žádnou zjevnou „licoměrnost“, jež by sama o sobě svědčila o tom, že smluvně upravená možnost zajišťovat servis systému vlastními silami byla pro žalobce pouhou účelovou a nevázně míněnou zástěrkou. Z čl. X bodu 5 smlouvy o dílo lze dovodit pouze tolik, že žalobce si chtěl ponechat otevřené všechny možnosti řešení a nechtěl se dostat do situace, že by servis IS MOSS nebylo možné zajistit vůbec. Uvedené ustanovení neukládá žalobci povinnost, aby do smluvního vztahu se společností AQUASOFT ohledně servisních služeb v budoucnu vstupoval. Pokud by tak učinil, aniž by se po dokončení původní veřejné zakázky podstatně změnila okolnosti, a nevyužil by tedy vlastní personální zdroje bez jakéhokoli důvodu, jistě by mu to bylo možné klást k tíži. Žalobce nicméně poukázal na prodlužující se politická jednání o převedení agendy účastnických sporů na obecné soudy (jež vedla k výrazně delšímu využívání IS MOSS v plném rozsahu, než byl původní odhad), na významný nárůst této agendy (jež oproti předpokladům zvýšil nároky na systém, jeho rozvoj a údržbu) a na nepříznivou personální situaci, pokud jde o IT specialisty (způsobenou zákonem o státní službě, resp. jednotným systémem odměňování státních zaměstnanců).
30. Stav vědomí žalobce a případné zavinění stavu exkluzivity je nejprve potřeba posoudit ve vztahu k původní veřejné zakázce. Žalobce ke svému tvrzení, že v době uzavření původní smlouvy o dílo důvodně předpokládal převod agendy účastnických sporů na obecné soudy, předložil důkaz, jenž žalovaný neprovedl – materiál tehdejšího Ministerstva informatiky ze dne 29. 2. 2004, č. j. MI 1168/2003 63 (viz přílohy k č. l. 56 správního spisu). Značná část IS MOSS je přitom podle tvrzení žalobce zatížena právě problematikou účastnických sporů. Žalobce vysvětlil – a žalovaný to nijak nevyvrátil – že nutnost údržby IS MOSS i po uplynutí dvouleté záruční doby vyplývala ze zachování této agendy žalobci a z neustále se prodlužujících jednání o jejím možném přesunu. V době zadávání původní veřejné zakázky přitom mohl žalobce podle svého tvrzení jen těžko předvídat, že snahy o převod uvedené agendy budou trvat prakticky 12 let a vláda mu ji nakonec ponechá. Teprve ve vyjádření k žalobě se žalovaný v tomto směru začal argumentačně odvolávat na zásadní připomínku Ministerstva spravedlnosti zachycenou v příloze výše uvedeného materiálu Ministerstva informatiky, z níž vyplývá, že Ministerstvo spravedlnosti s přechodem agendy účastnických sporů na obecné soudy nesouhlasí, neboť na to nejsou připraveny. Přitom však tímto materiálem se důkaz ve správním řízení vůbec neprováděl pro jeho nadbytečnost, resp. irelevantnost, a sám žalovaný to obhájí v bodech 52-55 napadeného rozhodnutí.
31. Žalobce dále uváděl, že narůstající agenda účastnických sporů měla vliv na objem servisních prací a potřebné úpravy systému, které žalobce nebyl sto zajistit sám pomocí svých zaměstnanců. Stejně jako výše, ani zde žalovaný neučinil žádný pokus prokázat, že by snad využití IS MOSS pro agendu účastnických sporů představovalo jen méně významnou část jeho funkcionality nebo že by žalobce mohl nárůst předmětné agendy v době uzavření původní smlouvy o dílo předvídat (např. na základě známých trendů

z minulých let). Ze správního spisu je zřejmé pouze tolik, že počet zahájených řízení v roce 2006 byl ~ 50 000, přičemž v roce 2008 vzrostl na ~ 75 000 a v roce 2012 dokonce na ~ 230 000 nově zahájených řízení. Vezmeme-li v potaz, že v roce 2012 kromě nově zahájených řízení bylo v řešení i ~ 140 000 řízení z předcházejících let, žalobce evidoval v tomto roce celkem ~ 370 000 aktivních řízení. V roce 2015 pak evidoval ~ 57 000 nově zahájených řízení a dalších ~ 275 000 zahájených před rokem 2015, celkem tak ~ 330 000 aktivních řízení. Výše uvedené jednoznačně svědčí o tom, že oproti stavu v době zadávání původní veřejné zakázky zaznamenal žalobce výrazný nárůst agendy účastnických sporů, který nutně musel vyvolat nejen personální, organizační a administrativní opatření. Žalovaný nedokázal zpochybnit ani to, že žalobce čelil obtížím se získáváním IT odborníků do rezortu státní správy a že tyto obtíže nemohl v době uzavření smlouvy o dílo předvídat.

32. Pro posouzení celého případu je důležité si uvědomit, že úplné rozvolnění autorskoprávní ochrany v původní smlouvě o dílo by nepochybně představovalo značné zvýšení vynaložených nákladů na původní veřejnou zakázku. Proto je třeba velmi pečlivě posoudit, zda k přijetí takového kroku opravdu existovaly vážné důvody. Žalovaný řeší věc velmi zjednodušeně tak, že žalobce ignoroval ničím nevyloučenou eventualitu, že bude muset ještě déle než 10 dalších let agendu účastnických sporů zajišťovat s pomocí IS MOSS, který bude třeba po celou dobu podporovat, upravovat a dále rozvíjet. Žalovaný ovšem pomíjí, resp. odmítá zohlednit možnost zasahovat do zdrojových kódů, kterou si žalobce pro sebe sjednal. Zároveň nelze klást bez náležitých důkazů žalobci k tíži, že nepředvídal, jak dlouho bude trvat vyřešení otázky přesunu agendy účastnických sporů na obecné soudy nebo k jakému nárůstu u této agendy dojde. Žalovaný svou zcela obecnou argumentací fakticky staví žalobce do pozice, ve které je jeho povinností předpokládat jakoukoliv eventualitu. Lze si přitom představit, že pokud by (hypoteticky) došlo k přesunu agendy účastnických sporů na obecné soudy krátce po zadání původní veřejné zakázky, v důsledku čehož by velká část systému IS MOSS postrádala využití, odpadla by nutnost systém dále provozovat. Žalobce staví věc tak, že chtěl v rámci původní veřejné zakázky minimalizovat náklady na vývoj IS MOSS, neboť pracoval s alternativou, že v krátkém horizontu jej (podstatnou část) možná nebude z výše uvedených důvodů potřebovat. Z tohoto pohledu se přijaté „záložní“ řešení prostřednictvím částečného rozvolnění autorskoprávní ochrany ve prospěch zadavatele, jež nevedlo ke zvýšení hodnoty veřejné zakázky, jeví jako racionální a hospodárné, a to zejména s přihlédnutím ke stavu nejistoty, v němž se žalobce podle svého tvrzení nalézal.
33. Žalovaný v řízení přesvědčivě neprokázal, že by žalobce při uzavírání smlouvy na vytvoření IS MOSS způsobil stav exkluzivity společnosti AQUASOFT svým zaviněním, tím méně pak že by jej vytvořil záměrně s cílem obejít zákon o veřejných zakázkách. Své rozhodnutí netrvat na úplném rozvolnění autorskoprávní ochrany při uzavírání smlouvy o dílo založil žalobce podle svého tvrzení na dvou předpokladech, totiž že využití velké části systému MOSS bude jen dočasné a že po tuto dobu dokáže jeho údržbu zajistit vlastními silami. Důvodnost těchto předpokladů žalovaný s ohledem na tehdy známé informace přesvědčivě nevyvrátil, jelikož příslušné důkazy buď neprovedl, nebo je nedostatečně obsahově analyzoval. Namísto toho vyšel jen z paušalizujícího předpokladu, že s nutností servisu zajišťovaného externím subjektem musel žalobce počítat. Krajský soud podotýká, že ze spisu přitom již nyní vyplývají některé podezřelé okolnosti, které upřímnost žalobcova konání v době uzavření původní smlouvy o dílo mohou zpochybňovat (např. v materiálu Ministerstva informatiky z roku 2003 je obsažen návrh

usnesení vlády, který počítá s přechodem účastnických sporů na obecné soudy až k roku 2013, dále podle smlouvy o dílo má mít žalobce zdrojové kódy IS MOSS uloženy u sebe v trezoru pro případ, že by chtěl využít možnosti do nich zasahovat vlastními silami, ale čestné prohlášení společnosti AQUASOFT, analýza externího auditora i vyjádření samotného žalobce v materiálu určeném Radě vlády pro informační bezpečnost vycházejí z toho, že žalobce tyto kódy vůbec nemá k dispozici a servis systému tak reálně nemůže provádět). Na těchto skutečnostech však žalovaný svá rozhodnutí nezaložil a soud za něj nemůže jejich odůvodnění dotvářet (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 10. 2004, č. j. 5 As 20/2003 - 64, a ze dne 27. 8. 2009, č. j. 4 As 30/2008 - 102), ostatně žalobce by musel dostat možnost se k takto vzniklým pochybnostem vyjádřit.

Udržování stavu exkluzivity

34. V napadeném rozhodnutí předseda žalovaného zdůrazňuje, že předmětem posouzení nemá být původní veřejná zakázka na vytvoření IS MOSS, nýbrž (v pořadí třetí) servisní smlouva na zajištění chodu tohoto informačního systému. Jeho argumentace ale přesto z velké části směřuje právě k tomu, že stav exkluzivity založil žalobce zaviněně již při uzavírání smlouvy o dílo, jež z původní veřejné zakázky v roce 2006 vzešla. Jak už soud vysvětlil výše, pro takový závěr neposkytuje skutkový stav, který vzal žalovaný za základ svého rozhodnutí, dostatečnou oporu. Žalovaný neprovedl v řízení odpovědnou analýzu všech informací, jež musel mít žalobce v době uzavření smlouvy o vytvoření IS MOSS k dispozici, natož aby systematicky shrnul a argumentačně vyzdvihl ty, jež žalobcovu procesní obranu relativizují.
35. Žalovaný nicméně v bodech 126-131 rozhodnutí o pokutě argumentoval i tím, že žalobce se ani v průběhu následujících let, kdy už pro něj tvrzené skutečnosti nemohly být překvapivé, nepokusil vzniklý stav exkluzivity odstranit a umožnit tak volnou soutěž o veřejnou zakázku spočívající v servisní podpoře jeho informačního systému. V obecné rovině shledává soud tuto úvahu jako opodstatněnou. Opakované uzavírání servisních smluv se stále týmž uchazečem (tvůrcem původního systému) i při měnících se okolnostech by skutečně mohlo představovat neodůvodněné udržování stavu exkluzivity, ovšem opět ne samo o sobě. Závadné by mohlo být, pokud by například žalobce nepodnikl žádný pokus o změnu podmínek původní smlouvy nebo pokud by přistoupily jiné podezřelé okolnosti. Ani v tomto směru však žalovaný své úvahy dostatečně argumentačně nerozvinul a skutkově nepodložil.
36. Pokud jde o jednání žalobce v letech následujících po uzavření smlouvy o dílo a o snahu prolomit autorskoprávní ochranu, žalobce dokládá čestným prohlášením společnosti AQUASOFT ze dne 4. 12. 2015, že ke změně smlouvy nebyl dodavatel ochoten. Žalobce dále předložil žalovanému důkazy o tom, že legislativní snahy o převod agendy účastnických sporů trvaly od roku 2004 do roku 2016, přičemž celá anabáze se uzavřela až dne 11. 4. 2016, kdy vláda usnesením č. 314/2016 definitivně rozhodla o tom, že agenda účastnických sporů zůstane žalobci. Třetí servisní smlouvu, jež byla předmětem řízení, přitom žalobce uzavřel se společností AQUASOFT necelý měsíc před tímto datem, konkrétně dne 18. 3. 2016. Samozřejmě pokud by časová souslednost byla opačná, bylo by možné po žalobci zcela spravedlivě požadovat, aby na informaci, že již pohasla jakákoliv naděje na to, že by se rozhodování účastnických sporů zbavil, reagoval radikální změnou dosavadního přístupu. Kdyby totiž odpadla stále zvažovaná dočasnost využití IS MOSS, bylo by bezpochyby namíste buď bezpodmínečně trvat na otevření jeho zdrojového kódu, nebo zadat vytvoření informačního systému nového.

37. Žalovaný ovšem i v tomto případě odmítl žalobcem předložené důkazy o průběhu legislativních prací v řízení provést, neboť je považoval za irelevantní. Tím pádem je nemohl ani obsahově analyzovat a shledat například, že již dávno před přijetím citovaného usnesení vlády muselo být žalobci zřejmé, že legislativní snahy o převod agendy účastnických sporů na obecné soudy jsou odsouzeny k nezdaru. Stejně tak nemohl žalovaný dovodit například, že ačkoliv měl žalobce signály, že se vláda chystá v blízké době přijmout výše citované usnesení, nevyčkal s uzavření třetí servisní smlouvy na jeho závěry, aby mohl podle výsledku rozhodnout o dalších krocích (soud tyto příklady uvádí skutečně jen pro názornost, bez vazby na konkrétní skutkový stav zachycený ve spise). Takovéto skutečnosti by jistě bylo možno označit za doklad o tom, že žalobce stav exkluzivity, byť třeba i nezávinně vytvořený, závinně udržoval, prohloubil a završil jej přijetím předmětné servisní smlouvy.
38. Žalovaný ovšem takovýmto způsobem skutkový stav neanalyzoval a svou argumentaci na konkrétních zjištěných okolnostech nevystavěl. Ustrnul i zde na zcela obecné tezi, že od uzavření smlouvy o dílo uplynula v době uzavření třetí servisní smlouvy již dostatečně dlouhá doba k tomu, aby žalobce mohl svou chybu napravit a stav exkluzivity odstranit. Nijak se však nevyrovnal ani s prokázanou nevlí druhé smluvní strany na takové řešení přistoupit, ani s faktem, že i v době uzavření třetí servisní smlouvy zřejmě přetrvávala nejistota, zda žalobce bude mít v budoucnu povinnost agendu účastnických sporů řešit. Ačkoliv by se tedy spáchání deliktu jistě dalo založit jen na tom, že žalobce stav exkluzivity vzniklý z objektivních důvodů následně svou vinou bezdůvodně udržoval, chybí i pro takové posouzení věci v provedených důkazech a v odůvodnění obou správních rozhodnutí opora. Proto soud napadené rozhodnutí i jemu předcházející rozhodnutí o pokutě zrušil.

Zbývající námitky

39. Námitkou týkající se přechodného ustanovení § 112 odst. 1 zákona o přestupcích a zkoumání materiální stránky správního deliktu, se soud nezabýval. Vzhledem k tomu, že soud dospěl k závěru, že jednání žalobce tak, jak ho dosud správní orgány popsaly, nenaplnuje ani formální znaky správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, bylo by nadbytečné nyní posuzovat jeho materiální stránku. Stejně tak se soud nezabýval argumentací směřující k uložení pokutě, neboť vrací věc správním orgánům k novému posouzení a vypořádávat tyto námitky by tak bylo předčasné. Pokud jde o neprovedené důkazy, jejich relevance závisí na tom, co by případně chtěl žalovaný klást žalobci za vinu – zda vytvoření stavu exkluzivity již v původní smlouvě o dílo z roku 2006 (pak by skutečně bylo nadbytečné provádět důkazy vztahující se k pozdější době), nebo až jeho udržování v letech následujících (v takovém případě zase nemusí být nutné provádět důkaz materiálem Ministerstva informatiky z roku 2003).

V. Závěr a náklady řízení

40. Na základě výše uvedených úvah shledal soud žalobu důvodnou, proto napadené rozhodnutí pro nezákonnost zrušil (§ 78 odst. 1 s. ř. s.) a věc vrací žalovanému k dalšímu řízení (§ 78 odst. 4 s. ř. s.). Soud také zrušil prvostupňové rozhodnutí o pokutě, neboť jediný způsob, jak by případně mohl žalovaný dospět znovu k výroku o vině žalobce, by bylo provést další důkazy, umožnit žalobci se k nim vyjádřit, a na základě toho důkladněji objasnit, jaké informace měl žalobce v různých fázích svého jednání k dispozici. Pro to je jednání na prvním stupni vhodnější platformou. Jelikož v dalším řízení bude žalovaný

právním názorem krajského soudu vázán (§ 78 odst. 5 s. ř. s.), shrnuje soud své závěry přehledně takto.

41. V dosavadním řízení se žalovanému nepodařilo jednoznačně prokázat, že stav exkluzivity vybraného dodavatele zavinil žalobce tím, že jej nedůvodně vytvořil či udržoval. Pokud jde o původní smlouvu o dílo z roku 2006, žalovaný nevyvrátil tvrzení žalobce, že nevěděl, po jak dlouhou dobu a v jakém rozsahu bude IS MOSS v budoucnu využívat, a zároveň že měl realistický plán, že bude v případě potřeby zajišťovat servis a úpravy systému IS MOSS vlastními silami. Ve vztahu k servisní smlouvě z roku 2016 pak žalovaný neprokázal, že by se původní okolnosti změnily natolik, aby bylo možné po žalobci požadovat radikální krok v podobě opuštění již vytvořeného informačního systému (zatíženého stavem exkluzivity) a vynaložení finančních prostředků na tvorbu systému zcela nového. Tento náhled může ovšem zvrátit další dokazování ze strany žalovaného, případně důkladnější obsahová analýza důkazů již provedených.
42. Výrok o náhradě nákladů řízení vychází z ustanovení § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobce měl ve věci plný úspěch, proto mu vzniklo právo vůči žalovanému na náhradu nákladů, které v řízení před soudem účelně vynaložil. Žalobce je s ohledem na § 11 odst. 2 písm. a) zákona č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích osvobozen od soudního poplatku. Žalobce nebyl v řízení před soudem zastoupen advokátem. Žalobci tak žádné náklady na řízení nevznikly, ostatně sám žalobce náhradu nákladů řízení ani nežádá. S ohledem na tuto skutečnost rozhodl soud tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozsudku.

Poučení:

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

Brno 22. 12. 2020

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu