



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Vlašína a soudců JUDr. Milana Podhrázkého a Mgr. Radovana Havelce v právní věci žalobce: **Hlavní město Praha**, se sídlem Praha 1, Mariánské náměstí 2/2, zastoupený Mgr. Radkou Šimkovou, advokátkou Abbot Legal, advokátní kancelář, s. r. o., se sídlem V Kolkovně 3/921, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 1926/7, o přezkoumání rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 28. 8. 2013, č. j. ÚOHS-R120,124/2012/VZ-16183/2013/310/MLr, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 13. 1. 2015, č. j. 62 Af 95/2013 - 74,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se zamítá.**
- II. Žádnému z účastníků **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

Žalobce se žalobou podanou u Krajského soudu v Brně domáhal zrušení rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 28. 8. 2013, č. j. ÚOHS-R120,124/2012/VZ-16183/2013/310/MLr, kterým předseda žalovaného zamítl rozklad žalobce (jako zadavatele) a rozklad společnosti GORDIC spol. s r. o., (jako vybraného uchazeče) proti rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 4. 2012, č. j. ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé, a toto rozhodnutí potvrdil. Žalovaný rozhodl tak, že žalobce se při zadávání veřejné zakázky „Jednotný ekonomický systém JES“ dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona a shora označenou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez

uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) téhož zákona, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvy s vybraným uchazečem. Uvedený správní delikt se týkal uzavření smlouvy o dílo, smlouvy na dodávku programového produktu a smlouvy o poskytování podpory programového vybavení jednotného ekonomického systému (JES) pro hlavní město Prahu (všechny smlouvy byly uzavřeny ze dne 1. 9. 2010) na základě výzvy k jednání ze dne 14. 7. 2010, přičemž cena veřejné zakázky tvořená součtem smluvních cen z uvedených smluv činí celkem 646.320.000 Kč. Za spáchání tohoto deliktu uložil žalovaný žalobci pokutu ve výši 5.000.000 Kč.

Žalobce v žalobě především namítal, že podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění byly dány, což doložil. Veřejná zakázka mohla být splněna z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv pouze určitým dodavatelem. Prvotní úprava autorských práv k informačním systémům dodávaných žalobci probíhala již v roce 1992, tedy v době neexistence ZVZ. S ohledem na kogentnost tehdejší úpravy autorského práva si žalobce jako zadavatel nemohl vyjednat jiné podmínky, než ty, které stanovil tehdy účinný právní předpis. Omezení s dispozicí informačních systémů z důvodu autorskoprávních nelze přičítat k jeho tíži a nelze mu ani vytýkat, že licenční podmínky vymezil způsobem, který mu zákon umožňuje. Nejednalo se navíc o nákup nového ekonomického systému ale o nahrazení (povýšení) starší verze stávajícího ekonomického systému verzí novější. Žalovaný nereflektoval, že k uzavření původních smluv došlo v roce 1992 a v roce 1998 došlo k výraznější inovaci dodávaného programového vybavení. Žalobce též namítl, že se správní orgány nevypořádaly s ekonomickými aspekty věci, tedy s porovnáním ekonomických výdajů žalobce na pořízení nového programového vybavení. To přímo souvisí s existencí a naplněním technických podmínek, čímž se předseda žalovaného ve svém rozhodnutí odmítl zabývat. „Upgradem“ systému Win UCR a GINIS na systém GINIS Enterprise došlo pouze k rozšíření funkcionalit již stávajících systémů a nejednalo se o nahrazení stávajícího systému novým. Žalobce doložil ekonomickou nevýhodnost dodávky systému jiným dodavatelem než vybraným uchazečem a dokumentoval možné úspory při oslovení vybraného uchazeče. Správní orgány pak nevzaly v potaz ani tu skutečnost, že žalobce vynaložil veškeré nutné úsilí, aby jeho postup při zadávání veřejné zakázky byl plně v souladu se ZVZ. I pokud by tedy došlo k naplnění skutkové podstaty uvedeného deliktu, pak žalobce za tento delikt s odkazem na § 121 odst. 1 ZVZ neodpovídá. Žalobce vedle toho namítal též nepřiměřenost výše uložené pokuty a procesní pochybení správních orgánů, které si podle něj neopatřily všechny důkazy nezbytné pro vydání rozhodnutí a nepostupovaly tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti.

Krajský soud v Brně žalobu rozsudkem označeným v záhlaví tohoto rozhodnutí zamítl. V obsáhlém odůvodnění tohoto rozsudku předně konstatoval, že žalovaný vyložil § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ silně restriktivně v tom směru, že využití postupu podle tohoto ustanovení přichází v úvahu pouze tehdy, jestliže prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění a je přitom na zadavateli, aby to prokázal. Krajský soud tento výklad označil za správný a respektující pravidlo, podle něhož je použití jednacím řízení bez uveřejnění jednou z výjimek z jinak povinného použití „otevřenějších“ zadávacích řízení. Správnost výkladu žalovaného plyne i z judikatury Soudního dvora EU a i tuzemská rozhodovací praxe v případech podmínek pro použití

pokračování

jednacího řízení bez uveřejnění akcentuje potřebu jejich restriktivního výkladu. Žalovaný vyšel ze správného východiska, že pro prokázání naplnění těchto podmínek je rozhodující stránka faktická, nikoli formální. Žalobce naplnění podmínek dokládal listinami, zčásti obsahujícími právní hodnocení, zčásti odborné technické hodnocení. Relevantním podkladem pro prokázání technických důvodů a důvodů spočívajících v potřebě ochrany existujících výhradních práv mohou být toliko listiny obsahující odborné technické hodnocení. Právní hodnocení, pracující s odborným technickým podkladem, již bylo úkolem a rizikem žalobce, byť na jeho podporu mohla být využita stanoviska právního charakteru. Z právního posouzení JUDr. Zápotočného nic k otázkám technickým (faktickým) na podporu postupu žalobce podáváno není. Krajský soud dal žalovanému za pravdu, i pokud jde o hodnocení důvodové zprávy pro jednání zastupitelstva stěžovatele, zpracované na základě usnesení č. 408 Rady hlavního města Prahy. K odbornému posouzení Ing. Pitáka pak uzavřel, že jeho závěry nejsou založeny prakticky na žádných konkrétních technických důvodech. Za správný označil i názor žalovaného, že toto posouzení je koncipováno spíše jako popis produktu z hlediska jeho funkčních dispozic a nezahrnuje žádnou dílčí informaci týkající se technických omezení v případě jeho propojení s jinými systémy. Pokud jde o splnění nezbytných technických podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, žádnou podstatnou informaci v tomto směru nepřináší ani stanovisko zpracované konzultantem „Abbot Legal“. Ve vztahu k právnímu stanovisku zpracovanému konzultantem „HAVEL & HOLÁSEK“ pak krajský soud uvedl, že je tu třeba odlišit v něm obsažené podklady a závěry právní od těch technických. Právní rozbor sice mohl žalobce využít, jeho dodržení by však postup žalobce do souladu se ZVZ stavět nemohlo. Krajský soud ve vztahu k tomuto stanovisku označil za odpovídající závěry žalovaného, podle něhož jak technické, tak autorskoprávní důvody podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ nebyly jednoznačně potvrzeny, naopak z něj plynou pochybnosti o existenci těchto důvodů. Se žalovaným se ztotožnil též ve vyhodnocení ekonomického a technického posouzení projektového záměru zpracovaného „Deloitte Advisory“. Stejně tak dal žalovanému zapravdu v tom, že v tomto stanovisku jsou uváděny ekonomické důvody pro výhodnost použití jednacího řízení bez uveřejnění, ty však jednak postrádají pro žalobce srozumitelnou komparaci ve vztahu k ekonomickým údajům týkajícím se jiných variant, především však o samotné ekonomické důvody nelze aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ opírat. Pro použití jednacího řízení bez uveřejnění v dané věci mohl žalobce dle krajského soudu nejvýše využít stanovisek konzultantů „HAVEL & HOLÁSEK“ a „Abbot Legal“, a to výlučně v otázce důvodů ochrany autorských práv. Soud shledal správným dílčí závěr žalovaného, podle něhož technická nezbytnost jednacího řízení bez uveřejnění neplyne ze žádného z podkladů, kterými žalobce argumentoval.

Krajský soud v napadeném rozsudku dále potvrdil závěry žalovaného, podle něhož žalobce neprovedl dostatečně průkaznou technickou analýzu a nedisponoval dostatečnými informacemi o tom, že existují takové technické důvody, pro které bylo nezbytné zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Dovodil-li žalovaný, že v úvahu přicházející variantou bylo zavedení zcela nového systému už proto, že v převážné většině bylo plnění nahrazením stávajícího plnění (dosavadního systému), jde o závěr logický a odpovídající skutkovým zjištěním. I ve vztahu k potřebě respektovat výhradní práva stávajícího dodavatele, kde se žalobce dovolával stanovisek konzultantů „Abbot Legal“ a „HAVEL & HOLÁSEK“, se krajský soud ztotožnil se žalovaným, podle něhož jsou

závěry zmíněných stanovisek nejednoznačné. Přestože z prvního z obou stanovisek vyplývá, že dané důvody v době zadávání existovaly, druhé z obou stanovisek tento závěr nepotvrzuje. Má-li důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nést ten, kdo se jich dovolává, pak žalobce v postavení zadavatele takové břemeno neunesl. Konstruuje-li žalovaný i další důvod pro nemožnost použití jednacího řízení podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ na úvaze, podle které se nelze odvolávat na omezení vyplývající z ochrany autorských práv, jež zadavatel sám způsobil tím, že si v rámci původního smluvního vztahu s vybraným uchazečem tyto podmínky neupravil vhodným způsobem, krajský soud se v tomto dílčím důvodu se žalovaným neztotožnil. Dovolává-li se žalovaný toho, že zadavatel při předchozích kontraktacích postupoval nevhodně, nejedná se o skutečnost, která by bez toho, že by ve vztahu k dřívějšímu postupu zadavatele bylo dovozeno porušení ZVZ, mohla být důvodem, pro který je později dovozeno porušení ZVZ. Přestože s tímto závěrem žalovaného krajský soud nesouhlasil, ob stojí podle něj argument, podle něhož ze stanovisek, jimiž žalobce argumentuje, konkrétní důvody potřeby ochrany autorských práv k celému předmětu plnění v nyní posuzované věci neplynou. Krajský soud v tomto ohledu uzavřel, že napadené rozhodnutí i v dílčí otázce neprokázání potřeby ochrany autorských práv pro použití § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ ob stojí. Oprávněnou a zákonnou pak byla i úvaha žalovaného, podle níž žalobce zadal veřejnou zakázku postupem, který postrádá jakékoliv prvky otevřené soutěže. Tím, že žalobce zadal veřejnou zakázku jedinému uchazeči v jednacím řízení bez uveřejnění, znemožnil ostatním dodavatelům možnost účasti v zadávacím řízení, což mohlo podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ani důvody technické, ani důvody související s potřebou ochrany autorských práv z odborných podkladů předložených žalobcem neplynou. Ani samo tvrzení, že se nejednalo o plnění nové, nýbrž výlučně o „*upgrade*“ stávajícího systému nebylo podle soudu věrohodně doloženo. Naopak výše označená důvodová zpráva pro jednání zastupitelstva stěžovatele je spíše v rozporu s tímto tvrzením žalobce. Jestliže není konkrétně a najisto postaveno, že žalobce byl potřebou ochrany autorských práv vázán, pak je vedlejší zabývat se otázkou, kdy došlo ke vzniku smluvních vztahů, na které musel žalobce navazovat či problémem nezměnitelnosti takto nastavených smluvních vztahů. Ob stát pak podle krajského soudu nemůže ani argument ekonomickou výhodností žalobcem zvoleného postupu. Jednak sama zásada hospodárnosti nemůže mít aplikační přednost před přesně stanovenými podmínkami pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, jednak ekonomická výhodnost zvoleného postupu neplyne ani ze zmíněné důvodové zprávy pro jednání zastupitelstva ani ze stanoviska „Deloitte Advisory“. Proto krajský soud neshledal žalobu důvodnou ani v té části, v níž žalobce namítal nesplnění podmínek pro jeho odpovědnost za správní delikt. Argumenty žalobce pak krajský soud shledal nedůvodnými též ve vztahu k výši uložené pokuty a nedal konečně za pravdu žalobci, ani pokud jde o namítaná procesní pochybení. Využití postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ přichází v úvahu pouze tehdy, pokud prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění, a je na zadavateli, aby tuto skutečnost prokázal. Existují-li pro takový postup důvody (technického či autorskoprávního) charakteru, pak je to právě zadavatel (žalobce), kdo o existenci těchto důvodů má do odpovídající míry podrobnosti a konkrétnosti povědomí; stěží je za žalobce může hledat žalovaný. Nosná dílčí skutková zjištění, na nichž jsou rozhodnutí správních orgánů založena, tj. že jednacímu řízení bez uveřejnění nepředcházela průkazná analýza, jež by poskytovala oprávněný důvod dovozovat, že veškeré plnění tvořící předmět nyní posuzované veřejné zakázky je schopen

pokračování

realizovat toliko jediný dodavatel, a v kontextu s tím že systémem GINIS disponovalo malé množství subjektů a že v rámci plnění došlo k nahrazení jednoho systému systémem jiným (systém Win UCR se nahrazoval systémem GINIS Enterprise), jsou podle krajského soudu z podkladů rozhodnutí dovozena oprávněně.

Tento rozsudek Krajského soudu v Brně napadl žalobce („stěžovatel“) včas podanou kasační stížností z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a) a b) soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“). Navrhl, aby Nejvyšší správní soud zrušil napadený rozsudek krajského soudu i rozhodnutí správních orgánů a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení, *in eventum* aby zrušil napadený rozsudek a věc vrátil krajskému soudu.

Stěžovatel předně namítá nesprávné právní posouzení naplnění podmínek pro zadání shora označené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Existenci zákonných podmínek odůvodňujících použití tohoto řízení stěžovatel prokázal právními i technickými analýzami, které předložil v řízení před správními orgány i před krajským soudem. Jedná se zejména o znalecký posudek Ing. René Pitáka, právní vyjádření advokátní kanceláře „HAVEL & HOLÁSEK“, právní stanovisko advokátní kanceláře „Abbot Legal“, stanovisko společnosti „Deloitte Advisory“ a právní posudek advokáta JUDr. Milana Zápotočného. Ze všech těchto stanovisek a posudků plyne závěr, že stěžovatel byl oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Důvodem pro užití tohoto postupu bylo naplnění podmínek plynoucích z § 23 odst. 4 ZVZ, tedy veřejná zakázka mohla být splněna z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv pouze určitým dodavatelem. Stěžovatel souhlasí s krajským soudem v tom, že nemůže obstát argument uvedený v rozhodnutích správních orgánů, podle něhož zadavatel nesmí svým vlastním jednáním v předcházejícím období způsobit, že bude zadávat veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění jednomu určitému dodavateli po neomezeně dlouhou dobu.

Další okruh kasačních námitek se týká nesprávných skutkových zjištění a procesních pochybení. Stěžovatel provedl dostatečně průkaznou technickou analýzu a disponoval dostatečnými informacemi o tom, že existují takové technické důvody, pro které bylo nezbytné zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. V této souvislosti odkázal zejména na zmíněný znalecký posudek Ing. Pitáka, podle něhož by plnění jiným subjektem bylo spojeno s technickou neslučitelností, provozními problémy a problémy garanční funkčnosti, přičemž jednacím řízení bez uveřejnění je možné a doporučené též z důvodu ochrany výhradních práv. Kvalifikace znalce byla zcela dostatečná k řádnému posouzení dané problematiky, navíc stěžovateli nepřísluší přezkoumávat závěry znalce a nemělo by mu být k tíži, pokud při zadání veřejné zakázky jednal v dobré víře v jeho závěry. Závěry soudu a žalovaného, podle nichž variantou přicházející v úvahu bylo zavedení zcela nového systému, neodpovídá skutkovým zjištěním. Stávajícím systémem disponovalo v době zahájení zadávacího řízení 88 % uživatelů, přičemž se nejednalo o pořízení nového systému, ale „*upgrade*“ toho stávajícího. Nahrazení systému Win UCR novějším GINIS Enterprise proběhl u menšinového množství uživatelů (cca 12 %), nešlo tedy o převážnou většinu, jak dovodil žalovaný i krajský soud. Obdobně jako u systému GINIS došlo i u systému Win UCR k rozšíření jeho funkcionalit o nové moduly, nikoliv jeho nahrazení jiným systémem. Krajský soud tedy v tomto ohledu řádně nezjistil skutkový stav, přičemž se nejednalo se o veřejnou zakázku zadávanou z libovůle zadavatele bez reálného a racionálního základu, ale o

nutnost reagovat na změny v účetních předpisech, a řešení podpořené odbornými analýzami a důkazy.

Podle stěžovatele se pak krajský soud v napadeném rozsudku nevypořádal ani s ekonomickými aspekty sporné veřejné zakázky, tedy porovnáním ekonomických výdajů stěžovatele na pořízení nového programového vybavení, což přímo souvisí s naplněním a existencí technických podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. Pro účely rozhodování zastupitelstva stěžovatele bylo zpracováno ekonomické posouzení, z něhož plyne ekonomická nevýhodnost dodávky systému jiným dodavatelem a možné úspory při oslovení vybraného uchazeče, což navíc podpořilo i stanovisko společnosti „Delloite Advisory“. K posuzování ekonomických aspektů stěžovatel odkázal na judikaturu Nejvyššího správního soudu (rozsudek ze dne 11. 1. 2013, sp. zn. 5 Afs 43/2012) i Krajského soudu v Brně (rozsudek č. j. 62 Af 61/2010 - 332). Podle judikatury je totiž nutno i v případě přezkumu zadávacího řízení hledět na chování zadavatele z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, a to i přesto, že zadavatel svým postupem v předcházející veřejné zakázce vytvořil určité právní omezení, které mu neumožňuje na danou zakázku navazovat s nikým jiným, než stávajícím dodavatelem. V daném případě jsou naplněny technické podmínky pro zadání veřejné zakázky stávajícímu dodavateli a zároveň je tento postup hospodárný, efektivní a účelný, neboť chrání předchozí investice a oproti pořízení nového informačního systému představuje značné úspory. Při hodnocení celého případu je nutno přihlídnout ke smyslu a účelu zákonné úpravy stejně tak jako ke specifikům dané věci. Stěžovatel při volbě zadávacího řízení jednal v dobré víře v odborné posudky a zejména ve znalecký posudek Ing. Pitáka a byl současně veden snahou ušetřit veřejné prostředky a nakládat s nimi hospodárně.

Žalovaný navrhl zamítnutí kasační stížnosti. Ztotožnil se s krajským soudem v tom, že pro prokázání naplnění podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění je rozhodující stránka faktická, nikoliv formální, a že relevantním podkladem pro prokázání technických důvodů a důvodu spočívajících v potřebě ochrany existujících výhradních práv mohou být toliko listiny obsahující odborné technické posouzení. Stěžovatel nepředložil dostatečně průkazné doklady prokazující oprávněnost jeho postupu. Námitka stěžovatele, že při zadávání veřejné zakázky byly splněny podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, se v kontextu závěrů krajského soudu jeví jako lichá. Stěžovatel neprovedl dostatečně průkaznou technickou analýzu a nedisponoval dostatečnými informacemi o tom, že existují takové technické důvody, pro které je nezbytné zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Břemeno naplnění podmínek pro takový postup stěžovatel neunesl. Žalovaný připomněl, že znalecký posudek Ing. Pitáka je koncipován spíše jako popis produktu z hlediska jeho funkčních dispozic a žádný rozbor ohledně technické nezbytnosti či omezení pramenících z autorskoprávních důvodů z něj neplyne. Uvedený znalec je soudním znalcem v oborech doprava, ekonomika a strojírenství a nezabývá se znaleckou činností v oboru kybernetika, do něhož problematika interních informačních systémů spadá. Stěžovatel se nemůže odvolávat na jednání v dobré víře ve znalecký posudek zpracovaný v oboru, kde znalec nepůsobí. Žalovaný dodal, že i kdyby předmět dané veřejné zakázky spočíval jen a pouze v nahrazení (povýšení) starší verze stávajícího systému novějším, byl by stěžovatel povinen prokázat splnění podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. Krajský soud v napadeném

pokračování

rozsudku dospěl k závěru, že z podkladů předložených stěžovatelem nelze potřebu užití jednacího řízení bez uveřejnění dovodit a ani v kasační stížnosti stěžovatel neuvedl žádné argumenty, které by splnění daných podmínek prokazovaly. Obstát nemohou ani argumenty stěžovatele ohledně ekonomické výhodnosti jím zvoleného postupu. Zásada hospodárnosti nemůže mít aplikační přednost před přesně stanovenými podmínkami pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž ekonomická výhodnost postupu zvoleného stěžovatelem neplyne ani z důvodové zprávy pro jednání jeho zastupitelstva, ani ze stanoviska „Deloitte Advisory“, na které stěžovatel odkazuje. Není-li provedena komparace výhodnosti s jinými řešeními, nelze dovodit, že zvolené řešení je ekonomicky nejvýhodnější.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek městského soudu z hlediska uplatněných stížných bodů, jakož i ve smyslu § 109 odst. 4 s. ř. s., a po posouzení věci dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

Stěžovatel v kasační stížnosti shodně jako žalobě v první řadě namítá, že splnil podmínky pro zadání veřejné zakázky ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, podle něhož *„zadavatel 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“*. Ze stanovisek a posudků, ze kterých při zadávání dané veřejné zakázky stěžovatel vycházel, podle něj plyne, že byl oprávněn uvedeným způsobem postupovat, neboť tato veřejná zakázka mohla být splněna pouze určitým dodavatelem, a to jednak z technických důvodů, a jednak z důvodu ochrany výhradních práv.

Nejvyšší správní soud k otázce naplnění shora vymezených podmínek nejprve poznamenává, že jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce (či omezený okruh zájemců), přičemž použití tohoto řízení je vázáno na splnění omezujících podmínek z důvodu zabránění případného zneužití takového typu zadávacího řízení. Veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění je možné zadat v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, všechny citované rozsudky Nejvyššího správního soudu jsou dostupné na www.nssoud.cz). Jednací řízení bez uveřejnění tak představuje výjimečný postup, který je zadavatel oprávněn použít výlučně za naplnění zákonem taxativně stanovených podmínek. Je tomu tak zejména z toho důvodu, že tento druh zadávacího řízení je jediným druhem řízení, pro který neplatí zákonná povinnost uveřejnit jeho zahájení vůči neomezenému počtu potenciálních dodavatelů; zadavatel oslovuje pouze předem určené subjekty a z povahy věci tak dochází (ač k zákonem předvídanému) omezení hospodářské soutěže. Vedle toho se jedná o druh zadávacího řízení, ve kterém zadavatelem nemusí být striktně dodržována stanovená procesní pravidla. O použití příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost.

Předmětem sporu v projednávané věci je otázka, zda stěžovatel unesl důkazní břemeno ve vztahu k naplnění shora uvedených podmínek. Nejvyšší správní soud se shoduje se závěry krajského soudu v tom, že prokázání existence důvodu pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ není z obecného hlediska vázáno pouze na předložení listiny ve

formě dokladu, ale tyto objektivní důvody musí skutečně existovat, tedy jinak řečeno, podmínky pro aplikaci ZVZ musí být naplněny fakticky. Specifikem daného řízení přitom je, že veřejná zakázka může být na základě stanovených důvodů splněna pouze jediným dodavatelem, který disponuje určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel. Musí tedy být dána prokazatelná objektivní nemožnost ostatních dodavatelů poskytnout zadavateli jím požadované plnění a pro zadavatele tedy neexistuje jiné řešení než veřejnou zakázku zadat pouze jednomu konkrétnímu dodavateli (srov. též Podešva, V., Olík, M., Janoušek, M. Stránský, J. *Zákon o veřejných zakázkách: komentář*. Wolters Kluwer, a. s., Praha 2011). Podmínkou postupu dle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ je skutečnost, že existuje pouze jeden dodavatel, který je schopen veřejnou zakázku splnit. Citované ustanovení tedy vychází z předpokladu, že předmět veřejné zakázky je natolik specifický, že může být realizován pouze jedním dodavatelem, a to právě (jak je o tom veden spor v projednávané věci) z technických důvodů, respektive z důvodu ochrany výhradních práv. Ochrana výhradních práv připadá v úvahu zejména v situaci, kdy zadavatel získal v minulosti licenční oprávnění, které je nezbytné pro pořízení dalšího plnění, a dodavatel nemá vůli udělit autorskoprávní nebo jinou licenci jiné osobě, která by plnění mohla zadavateli poskytnout. Technické důvody pak mohou spočívat např. v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility, v požadavku odůvodněném také technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění. Důvodem pro aplikaci tohoto ustanovení je skutečný a prokazatelný stav technické neslučitelnosti či provozních problémů, které by vznikly z důvodu změny dodavatele.

V projednávané věci stěžovatel v rámci okruhu námitek týkajících se nesprávného právního posouzení naplnění podmínek plynoucích z citovaného § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ sice upozorňuje na to, že zde nemůže obstát argumentace žalovaného, podle něhož nebylo možné dané ustanovení v této věci aplikovat, neboť zadavatel nesmí svým předchozím vlastním jednáním (nedostatečnou či nevhodnou úpravou licenčních podmínek k počítačovým programům) vyvolat nutnost aplikace jednacího řízení bez uveřejnění. Z textu kasační stížnosti je nicméně zřejmé, že sám stěžovatel si je vědom toho, tento závěr žalovaného krajský soud neakceptoval, a to s odkazem na již existující judikaturu správních soudů (viz str. 13 napadeného rozsudku). Jak k tomu ovšem krajský soud výslovně dodal, bez ohledu na tuto nesprávnou argumentaci v dané věci ob stojí závěry žalovaného, podle něhož stěžovatel nepředložil dostatečné podklady prokazující důvodnost jeho postupu za užití jednacího řízení bez uveřejnění. Jinak řečeno, stěžovatel v kasační stížnosti opakuje jeden z dílčích argumentů vznesených v žalobě, který sice krajský soud shledal důvodným, ovšem na rozhodnutí ve věci samé zohlednění této žalobní námitky vliv nemělo. Stěžovatel pak nad rámec již v žalobě zmíněné argumentace v kasačním řízení neuvádí žádné argumenty, které by v této souvislosti měly (mohly) vést ke zrušení napadeného rozsudku. Krajský soud v něm srozumitelně a logicky vysvětlil, proč přes vyhovění této dílčí námitce rozhodní správních orgánů ob stojí, a Nejvyšší správní soud s přihlédnutím k dispoziční zásadě, na níž je soudní řízení správní postaveno, nemá důvod na těchto závěrech krajského soudu cokoliv měnit. Stejně tak je nutno upozornit na to, že pokud stěžovatel v dané části kasační stížnosti toliko obecně uvedl, že předložil dostatečné podklady prokazující oprávněnost jeho postupu spočívajícího v užití jednacího řízení bez uveřejnění a k tomu bez dalšího připojil výčet těchto podkladů, nemůže se z hlediska přezkumné činnosti Nejvyššího správního soudu jednat o skutkové a

pokračování

právní důvody kasační stížnosti, jimiž by se mohl zdejší soud zabývat (viz § 106 odst. 1 s. ř. s.). K tomu lze podotknout, že předmětem řízení o kasační stížnosti před Nejvyšším správním soudem je výlučně napadené pravomocné rozhodnutí krajského soudu, což v projednávané věci platí tím spíše, že se zde krajský soud velmi detailně a pečlivě zabýval vyhodnocením jednotlivých podkladů, které žalobce v řízení před správními orgány předložil.

Stěžovatel dále namítá nesprávná skutková zjištění týkající se naplnění technických podmínek pro využití jednacích řízení bez uveřejnění. Má za to, že provedl dostatečně průkaznou technickou analýzu a disponoval dostatečnými informacemi o tom, že existují technické důvody pro užití takového postupu. Tato kasační námitka je založena na odkazu na závěry znaleckého posudku Ing. René Pitáka s tím, že by stěžovateli nemělo být k tíži, pokud z výsledků tohoto znaleckého posouzení vycházel. Krajský soud se ve vztahu k uvedenému znaleckému posudku ztotožnil se závěry žalovaného, podle něhož z tohoto posudku žádný rozbor ohledně technické nezbytnosti či omezení pramenících z autorskoprávních důvodů nevyplývá. Odůvodnění napadeného rozsudku se s významem daného znaleckého posudku pro projednávanou věc podrobně vypořádalo na str. 6 a 7. K tomu je nutno opětovně poznamenat, že stěžovatel v kasační stížnosti nad rámec obecné námítky týkající se důvěry ve znalecké posouzení nenamítá ve vztahu ke konkrétní argumentaci krajského soudu (pokud jde o hodnocení daného posudku) ničeho. Vedle toho je ostatně možné ještě poznamenat, že zatímco v kasační stížnosti argumentuje stěžovatel uvedeným znaleckým posudkem ve vztahu k naplnění technických podmínek, jež mohou představovat jeden z důvodů pro užití § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, závěr daného znaleckého posouzení doporučuje zadání veřejné zakázky postupem podle citovaného ustanovení „z důvodu ochrany výhradních práv“, tedy z důvodu jiného, než stěžovatel v kasační stížnosti zmiňuje. Nejvyšší správní soud pak v této souvislosti považuje dále za vhodné akcentovat úvahu krajského soudu zmíněnou v úvodní části odůvodnění napadeného rozsudku, se kterou se ztotožňuje, podle níž relevantním podkladem k prokázání důvodů pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ mohou být toliko listiny obsahující odborné technické hodnocení, přičemž hodnocení právní je již úkolem (rizikem) žalobce. K tomu je nutno doplnit, že z konstantní judikatury (nejen) správních soudů plyne, že znalecký posudek je určen ke zkoumání otázek skutkových a nikoliv otázek právních (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 11. 2008, č. j. 1 As 59/2008 - 77). Ani této obecné kasační námítky proto Nejvyšší správní soud nemohl vyhovět, neboť se nelze dovolávat právních závěrů plynoucích ze znaleckého posouzení v situaci, kdy úkolem znalce může být pouze posouzení odborně-technické stránky věci, a to v rámci jeho odbornosti.

V rámci téhož okruhu kasačních námítek stěžovatel dále zpochybnil skutkové závěry žalovaného, s nimiž se ztotožnil i krajský soud, podle nichž variantou přicházející do úvahy v dané věci u stěžovatele bylo zavedení zcela nového systému, neboť v převážné většině bylo plnění nahrazením dosavadního systému. Stěžovatel upozorňuje, že se nejednalo o pořízení nového systému, ale „upgrade“ toho stávajícího, přičemž nahrazení systému Win UCR novějším GINIS Enterprise došlo u menšinového množství uživatelů. Nejvyšší správní soud v tomto ohledu považuje za vhodné vyjádřit se k související poznámce stěžovatele, že mu není zřejmé, jak ke shora uvedeným závěrům správní orgány a krajský soud vůbec dospěly a upozornit na to, že žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí výslovně uvedl, že vycházel z vyjádření účastníků řízení, podle nichž byl v roce 2010

systém GINIS provozován na Magistrátu, Městské části Praha 10 a TSK, přičemž s ohledem na celkový počet městských částí zde žalovaný dospěl k závěru, že v uvedeném roce disponovalo daným systémem velmi malé množství subjektů. Jak Nejvyšší správní soud dále ověřil ze správního spisu, z výše již zmíněné důvodové zprávy připojené k usnesení rady hlavního města Prahy č. 1258 ze dne 17. 8. 2010 plyne, že cílem daného projektu byl „*upgrade ‘GINIS’ systému, náhrada aplikací ‘Win UCR’*“. Není tedy pravdou, že by nebylo zřejmé, jak ke shora uvedeným závěrům správní orgány a krajský soud dospěly. Ve vztahu k posouzení tohoto okruhu žalobních námitek je nicméně především podstatné, že předseda žalovaného v žalobou napadeném rozhodnutí označil úvahy o tom, zda systém GINIS Enterprise je či není rozšířením systému Win UCR za nadbytečné. Stejně tak nelze přehlédnout, že související argumentace krajského soudu byla uvozena jako „*navazující úvahy*“, a nepředstavovala nosné důvody odůvodnění napadeného rozsudku. Tomu ostatně svědčí i související část odůvodnění napadeného rozsudku, podle něhož „*za rozšíření stávajícího systému by bylo pravděpodobně možné považovat pouze implementaci nového systému GINIS Enterprise na stávající systém GINIS a nikoliv nahrazení systému Win UCR*“. I s ohledem na kontext takového odůvodnění i výslovné konstatování o „pravděpodobnosti“ citovaného závěru je zřejmé, rozsudek krajského soudu, ani rozhodnutí správních orgánů, nejsou vystavěna na skutkových zjištěních ohledně počtu (poměru) uživatelů pracujících před zadáním veřejné zakázky s tím či oním informačním systémem či na striktním rozlišení toho, zda se v případě systému GINIS Enterprise jedná o „*upgrade*“ systémů existujících či systém nový. Ostatně předseda žalovaného v žalobou napadeném rozhodnutí výslovně uvedl, že tato otázka je pro posouzení dané věci nerozhodná (viz odst. 85 jeho rozhodnutí). Podstatné pro projednávanou věc naopak bylo, zda stěžovatel unesl důkazní břemeno týkající se naplnění podmínek plynoucích z § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. Lze tedy v tomto ohledu uzavřít, že stěžovatelem zpochybněná skutková zjištění a související argumentace krajského soudu i správních orgánů nepředstavovala nosný důvod napadených rozhodnutí a byla toliko reakcí na argumentaci, kterou stěžovatel podpořil svůj názor o naplnění technických podmínek pro užití postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. V tomto ohledu je třeba připomenout, že k případnému zrušení napadeného rozsudku pro nedostatečné zohlednění vad řízení před správním orgánem podle § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s. (kam spadají i nedostatečně či nesprávně zjištěné skutkové okolnosti) by mohlo dojít pouze tehdy, pokud by taková vada mohla ovlivnit zákonnost rozhodnutí ve věci [obdobně je tomu u případných vad v řízení před krajským soudem dle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.]. I kdyby tedy bylo prokázáno, že zpochybněné úvahy krajského soudu i správních orgánů byly z důvodu nesprávných skutkových zjištění chybné, s ohledem na doplňující povahu dané argumentace by to nemohlo mít vliv na zákonnost rozhodnutí ve věci.

V návaznosti na výše uvedené je třeba opětovně připomenout, že smyslem daného řízení bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění. Na závěru o neunesení důkazního břemene by pak ani případně pochybení správních orgánů (či krajského soudu) ve smyslu uvedených námitek stěžovatele nemělo vliv. Podstatou věci bylo posouzení, zda stěžovatel již disponuje nějakým plněním, které mu bylo dříve poskytnuto a poptává plnění, jehož dodání by mělo za následek nekompatibilitu s dříve poskytnutým plněním, pokud by bylo poskytnuto dodavatelem odlišným od toho, který mu poskytl původní plnění. Fakticky tedy byla předmětem posouzení technická neslučitelnost (nepropojitelnost) původního plnění a nově

pokračování

poptávaného plnění, pokud by bylo poskytnuto rozdílnými dodavateli. V tomto ohledu pak skutečně nemusí být určující, zda se formálně jedná o „upgrade“ či nahrazení systému, případně kolik procentuálně uživatelů ten který z původních systémů využívalo. Nejvyšší správní soud rozhodně nepochybně tvrdí stěžovatele, že by daná veřejná zakázka byla vydána z bez reálného či racionálního základu. Reálný podklad pro zadání veřejné zakázky však ještě nemůže být sám o sobě důvodem pro užití výjimečného postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. Ostatně postup stěžovatele před zadáním posuzované zakázky zohlednil i žalovaný při uložení výše pokuty, která mohla činit až 32.316.000 Kč.

Namítá-li pak stěžovatel, že dodávka předmětného informačního systému jiným než vybraným dodavatelem by byla ekonomicky nevýhodná, a že se s touto otázkou krajský soud v napadeném rozsudku nevypořádal, je třeba předně upozornit na to, že krajský soud se obdobnou námitku vznesenou v žalobě zabýval na str. 14 napadeného rozsudku. Odůvodnění svého rozsudku v této souvislosti postavil jednak na závěru, že sama otázka hospodárnosti nemůže mít aplikační přednost před zákonem stanovenými podmínkami pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění, a jednak zdůraznil, že ekonomický rozbor svědčící zmiňované výhodnosti podklady předložené stěžovatelem (důvodová zpráva pro jednání zastupitelstva a stanovisko „Delloite Advisory“) ani neobsahují. Stěžovatel v kasační stížnosti ve vztahu k této argumentaci krajského soudu opět nad rámec již vypořádané argumentace neuvedl ničeho a pouze odkázal na výše označené podklady a dále na judikaturu Nejvyššího správního soudu, respektive Krajského soudu v Brně s tím, že i v případě přezkumu zadávacího řízení je třeba chování zadavatele posuzovat z hlediska hospodárnosti, efektivity a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Ve vztahu k tomuto okruhu kasačních námitek je nutno opětovně poukázat na to, že důkazní břemeno, pokud jde o prokázání naplnění podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, svědčí zadavateli (stěžovateli), proto nelze důvodně požadovat po správních orgánech či krajském soudu, aby se nad rámec podkladů předložených stěžovatelem zabývaly „porovnáním ekonomických výdajů stěžovatele na pořízení nového programového vybavení“. Nejvyšší správní soud se pak ztotožňuje se závěry krajského soudu i v tom smyslu, že zásada hospodárnosti nemůže mít automaticky aplikační přednost před splněním striktních zákonných podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, a to zvláště tehdy, pokud stěžovatel nemá k dispozici důkladný ekonomický rozbor svědčící takové výhodnosti. Odkazuje-li v této souvislosti stěžovatel na judikaturu správních soudů, je třeba upozornit na to, že zmiňovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, sp. zn. 5 Afs 43/2012, vychází z toho, že zadavatel v dané věci svým postupem v předchozí veřejné zakázce vytvořil právní omezení, které mu neumožňuje na danou zakázku navazovat nikým jiným než stávajícím dodavatelem. To je však situace odlišná od projednávané věci, kde taková skutečnost nebyla prokázána. Napadený rozsudek krajského soudu pak není v rozporu ani s rozhodnutím téhož soudu, na které stěžovatel v kasační stížnosti taktéž odkazuje (rozsudek č. j. 62 Af 61/2010 - 332), neboť argumentace krajského soudu v nyní projednávané věci je postavena právě na tom, že není možno posoudit přímý rozpor požadavku na zajištění konkurenčního prostředí s požadavkem na hospodárné, efektivní a účelné vynakládání veřejných prostředků, jak o tom hovoří citovaný rozsudek. Ani tato kasační námitka tedy nemůže být důvodná.

Nejvyšší správní soud s ohledem na výše uvedené neshledal podanou kasační stížnost v žádné ze vznesených námitek za důvodnou, a proto ji zamítl (§ 110 odst. 1. *in fine* s. ř. s.).

Stěžovatel neměl ve věci úspěch, nemá proto právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti ze zákona (§ 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s.). Žalovaný měl ve věci úspěch, nevznikly mu však náklady řízení o kasační stížnosti přesahující rámec jeho běžné úřední činnosti. Nejvyšší správní soud proto nepřiznal náhradu nákladů řízení žádnému z účastníků (§ 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s.).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 3 s. ř. s.).

V Brně dne 25. listopadu 2015

JUDr. Jaroslav Vlašín
předseda senátu