



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

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

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

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

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 12. 2017, č. j. ÚOHS-R0150/2017/VZ-36537/2017/322/JSu

takto:

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

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Shora označeným rozhodnutím předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „předseda Úřadu“) zamítl odvolání žalobce a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 30. 8.

2017, č. j. ÚOHSS0277/2017/VZ-25377/2017/532/KSt, ve věci ve věci možného spáchání přestupku žalobcem coby zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „*Technická podpora a zajištění rozvoje aplikace NS-SIS II v letech 2016–2018*“ v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, zahájeném na základě výzvy k jednání ze dne 26. 1. 2016 (oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 2. 3. 2016, v Úředním věstníku Evropské unie pak dne 4. 3. 2016; dále též „předmětná veřejná zakázka“). Tímto rozhodnutím žalovaný shledal, že se žalobce při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 téhož zákona, kdy předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč HEWLETT PACKARD s. r. o., a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil žalobce v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění výše specifikované veřejné zakázky, tzn. *Schengenského informačního systému*, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a žalobce uzavřel dne 26. 2. 2016 s vybraným uchazečem Rámcovou smlouvu o poskytování technické podpory a rozvoje aplikace NS-SIS II, ve znění dodatku č. 1 ze dne 27. 6. 2016. Za spáchání tohoto přestupku žalovaný uložil žalobci pokutu ve výši 1 000 000 Kč.

2. V odůvodnění rozhodnutí **žalovaný** vycházel z teze, že použít jednacím řízení bez uveřejnění [dále též „JŘBU“] podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele (tedy prokazatelně existuje jediný dodavatel schopný splnit předmět plnění veřejné zakázky), kdy tato neexistence však stojí na objektivních základech a není důsledkem vlastní činnosti zadavatele. Zadavatel by měl již při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky posoudit potřebu budoucích (navazujících) plnění a v případě existence takové potřeby uzavřít takovou smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli a umožní realizovat tato předpokládaná navazující plnění bez využití jednacím řízení bez uveřejnění. V opačném případě by totiž zadavatel byl s budoucím užitím jednacím řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky. Na základě judikatury Nejvyššího správního soudu (např. rozsudek sp. zn. 5 Afs 42/2012) je třeba od zaviněného vytvoření stavu exkluzivity odlišovat situaci, kdy zadavatel budoucí plnění předpokládat nemohl a uzavřel smlouvu zakládající exkluzivitu jednoho dodavatele, přičemž uzavření smlouvy v jiném širším znění by bylo dle aktuálně dostupných vědomostí zadavatele nevhodné (a až následně vyplýne, že uzavření smlouvy zakládající exkluzivitu bylo, vzhledem ke vzniku potřeby zadat navazující plnění, řešením „nešikovným“). Zásadní rozdíl je v tom, že takto vzniklý stav není zadavatelem zaviněný. Žalovaný přitom akcentoval zejména požadavek na restriktivní výklad podmínek využití JŘBU tak, aby nebyl tento druh zadávacího řízení, který z povahy věci vyvolává škodlivé účinky na hospodářskou soutěž, nadužíván. Prokázání důvodů použití JŘBU je plně na zadavateli, který by měl být schopen objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení doložit již před zahájením zadávacího řízení, a tyto důvody by měly trvat po celou dobu trvání jednání s dodavateli.
3. Žalobce neprokázal technické důvody, které by odůvodňovaly použití JŘBU. Jím předložený znalecký posudek pouze uvádí, že předmětný systém v sobě zahrnuje

komponenty dodávané vybraným uchazečem a celý systém je tedy provázán s technologií vybraného uchazeče. Nebyly uvedeny žádné konkrétní důvody, proč nelze daný systém z technického hlediska spravovat i jiným dodavatelem. Pokud jde o důvod spočívající v ochraně výhradních práv vybraného uchazeče, ze shromážděných podkladů vyplynulo, že žalobce věděl již v době uzavření prvotní smlouvy o dílo, že musí systém udržovat v provozu, a že rovněž odpovídá za jeho neustálé propojení s centrálním systémem SIS. Musel tak mít prokazatelně vědomí o potřebě budoucích aktualizací, úprav a doplnění tohoto systému, neboť se jedná o systém, který má zajistit vzájemnou spolupráci mezi příslušnými orgány členských států Evropské unie, a to za účelem zajištění vysoké úrovně bezpečnosti na územích členských států Evropské unie, který umožní výměnu informací za účelem kontroly osob a věcí. Žalobci muselo být již při uzavírání smlouvy o dílo zřejmé, že systém NS-SIS II bude užívat dlouhodobě a bude proto třeba provádět např. s ohledem na požadavky Evropské unie a uživatelů systému na národní straně jisté úpravy. Potřebu budoucích aktualizací a úprav systému musel žalobce předpokládat i bez ohledu na skutečnost, že nejdříve byl na základě smlouvy o dílo vyhotoven systém SIS na základě portugalského řešení a že ke spuštění systému NS-SIS II došlo na základě smlouvy o dílo až v roce 2013. Před uzavřením předmětné rámcové smlouvy žalobce v letech 2013 až 2015 uzavřel šest následných smluv. Z jejich předmětu plnění plyne, že žalobce systém NS-SIS II i poté, co již byla ukončena platnost a účinnost smlouvy o dílo, nadále užíval, upravoval či rozšiřoval jeho kapacitu, a to vždy na základě smluv uzavřených s vybraným uchazečem. I pokud by žalovaný připustil, že žalobce při uzavírání původní smlouvy o dílo nemusel mít zcela jasnou představu o fungování systému, jeho udržitelnosti a způsobu zajištění jeho fungování, pak nejpozději v roce 2013, kdy byl spuštěn ostrý provoz systému, takové jistoty nabyl, a tudíž nejpozději od okamžiku uzavření smlouvy TP2013-PPR-13979-23/ČJ-2013-990656 ze dne 23. 8. 2013 s názvem „*Technická podpora NS-SIS II*“ s vybraným uchazečem, jejímž předmětem byla technická podpora systému v období od 1. 8. 2013 do 31. 12. 2013, měl vzniklý stav exkluzivity napravit, neboť od této chvíle bylo už zcela zřejmé, že žalobce je povinen systém udržovat a spravovat, resp. jeho správu zajišťovat.

4. Co se týče uložené sankce, žalovaný zejména s odkazem na bod 4.3. rámcové smlouvy konstatoval, že v daném případě nelze zjistit celkovou cenu veřejné zakázky, protože vycházel z horní hranice pokuty ve výši 20 000 000 Kč dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, přičemž dodal, že pokud by základem pro určení pokuty byla maximální cena uvedená v rámcové smlouvě (tedy 19 999 999 Kč), činila by hranice pokuty *de facto* totožnou částku. Dále uvedl, že jednání zadavatele mělo za následek úplné vyloučení hospodářské soutěže o veřejnou zakázku. Jako polehčující okolnost pak žalovaný zohlednil, že žalobce při uzavírání smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku napravit původní příčinu, kdy vyjednal úpravu nevhodných smluvních podmínek upravujících licenční ujednání (v čl. 15 „*Licence*“ rámcové smlouvy s vybraným uchazečem sjednal mimo jiné i možnost získání komplexního oprávnění k výkonu majetkových práv), a to s cílem odstranění „exkluzivity“ vybraného uchazeče ve vztahu k úpravám systému NS-SIS II. Vzhledem k souběhu s jinými přestupky žalovaný uložil žalobci pokutu při respektování absorpční zásady ve formě analogického použití institutu souhrnného trestu.
5. **Předseda Úřadu** se v odůvodnění rozhodnutí o rozkladu ztotožnil se závěry žalovaného.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

6. Ve včas podané žalobě žalobce uvedl, že v souvislosti se vstupem České republiky do schengenského prostoru uzavřel dne 23. 10. 2006 se shora označeným dodavatelem smlouvu o dílo na dodávku systému NS-SIS II. Dodavatel byl vybrán v otevřeném zadávacím řízení. Dodávka systému NS-SIS II byla úzce navázána na centrální evropský schengenský systém druhé generace (SIS II) realizovaný na základě nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1987/2006 ze dne 20. 12. 2006 o zřízení, provozu a využívání Schengenského informačního systému druhé generace (SIS II). Jeho zavádění však v roce 2006, ale i později, provázely četné problémy, zdržení a odklady způsobené celkovou nepřipraveností projektu na straně Evropské komise. Ačkoli již v roce 2005 byl přijat návrh rozhodnutí Rady EU ze dne 31. 5. 2005 č. 2005/0103 (CNS) o zřízení SIS II, v době uzavření smlouvy o dílo toto rozhodnutí nebylo naplněno (k přijetí nařízení ostatně došlo až o více než rok později, a současně o dva měsíce později než byla uzavřena smlouva o dílo). K uvedení příslušného systému do plnohodnotného provozu pak došlo až v roce 2013, tj. po téměř 8 letech a mezitímním využití upgradu první generace SIS v podobě SISOne4ALL (toto řešení bylo technickým „povýšením“ portugalského řešení SIS I). S ohledem na tyto okolnosti žalobce v době uzavírání smlouvy o dílo v roce 2006 nemohl důvodně předvídat další strategické řešení této agendy, zejména pak další osud systému NS-SIS II, který byl pouze jedním z možných řešení. V době uzavírání smlouvy o dílo se proto nejevilo jako hospodárné, efektivní a účelné vyhradit si všechna práva k NS-SIS II, jelikož taková výhrada výrazně navyšuje nákladovost jakéhokoli informačního systému. Přes dlouhotrvající technické potíže a zdržení na straně Evropské komise došlo v roce 2013 k plnohodnotnému uvedení SIS II a NS-SIS II do provozu. Teprve od tohoto momentu bylo zřejmé, že NS-SIS II bude dlouhodobě udržován, provozován, resp. rozvíjen na základě požadavků a rozhodnutí přijatých na úrovni Evropské unie. V tomto okamžiku však již byl žalobce ve svých právech omezen licenčním ujednáním, které se původně, tj. v roce 2006, jevilo jako racionální a odpovídající pohledu řádného hospodáře. Systém NS-SIS II bylo v návaznosti na vývoj, ke kterému došlo po roce 2006, potřeba dále provozovat, udržovat a rozvíjet. Tyto činnosti ovšem s ohledem na výhradní práva vybraného uchazeče a technické důvody nebylo možné realizovat prostřednictvím třetí strany. Žalobce proto v roce 2016 zahájil JŘ BU dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách s původním dodavatelem jakožto jediným možným subjektem a dne 26. 2. 2016 s ním uzavřel příslušnou smlouvu. Před zadáním předmětné veřejné zakázky si přitom žalobce nechal znaleckým ústavem APOGEO Esteem, a. s., zpracovat znalecký posudek č. 1124-113/2015 ze dne 29. 9. 2015, a č. 1045-34/2015 ze dne 3. 4. 2015, které potvrdily existenci technických důvodů odůvodňujících exkluzivitu vybraného uchazeče, obvyklost ceny předmětné veřejné zakázky, existenci autorských práv vybraného uchazeče, nutnost zásahů do autorských práv vybraného uchazeče v rámci plnění zakázky, skutečnost, že s ohledem na výhradní práva může předmět veřejné zakázky splnit pouze vybraný uchazeč nebo žalobce vlastními silami, i skutečnost, že realizace předmětné veřejné zakázky zamýšleným způsobem je z ekonomického a technického hlediska nejvhodnějším řešením.
7. Pokud jde o uplatněné žalobní body, žalobce v první řadě namítl, že správní orgány nesprávně posoudily naplnění podmínek použití JŘBU. Uvedl, že vzhledem k formulaci skutku je ve skutečnosti trestáno jednání, kterého se měl žalobce údajně dopustit při zadávání veřejných zakázek v letech 2006 a 2013. Právě toto jednání bylo žalovaným přezkoumáváno a identifikováno jako chybné. V tomto případě však již zanikla odpovědnost za správní delikt.

8. Žalobce poukázal na nesprávné posouzení jeho námitky ohledně alokace důkazního břemene k prokázání (ne)naplnění materiální podmínky dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Jak plyne z judikatury, v případě materiální podmínky použití JŘBU tíží důkazní břemeno žalovaného. Tedy je na žalovaném, aby prokázal, že zadavatel sám svým počínáním způsobil, že daná veřejná zakázka mohla být splněna pouze jedním určitým dodavatelem. V daném případě bylo na žalobci, aby prokázal, že předmětná veřejná zakázka mohla být splněna pouze vybraným uchazečem z důvodu jeho výhradních autorských práv k systému NS-SIS II. Tuto skutečnost žalobce prokázal předložením smlouvy o dílo a znaleckými posudky. Měl-li žalovaný za to, že tento stav exkluzivity byl zaviněně způsoben dřívějším účelovým jednáním žalobce, bylo na žalovaném, aby to prokázal.
9. V této souvislosti žalobci není zřejmé, proč předseda Úřadu v bodu 34 napadeného rozhodnutí konstatoval, že žalobce „v rozkladu nerozporuje výše uvedené závěry Úřadu stran toho, že ‚stav exkluzivity‘ si obviněný způsobil sám“. Přitom fakticky celý rozklad je postaven právě na tom, že naplnění podmínek pro zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU bylo dostatečně prokázáno v řízení před žalovaným.
10. V uvedených souvislostech žalobce namítl, že správní orgány neprokázaly účelovost jeho jednání. Napadené rozhodnutí hovoří zejména o návrhu rozhodnutí Rady EU ze dne 31. 5. 2005, přičemž však je pominuto, že se jedná toliko o návrh. Z návrhu tohoto rozhodnutí Rady EU však v žádném případě nelze dovodit, že by žalobce musel již v roce 2006 „rozumně předpokládat“, že o deset let později bude třeba vypsát předmětnou veřejnou zakázku. Z tohoto dokumentu nebylo rozumně možné utvořit si dlouhodobý výhled ohledně fungování informačního systému NS-SIS II (či dokonce nutnosti jeho rozvoje a/nebo modifikací) s potřebnou mírou jistoty. Systém SIS II byl plánován Evropskou komisí cca od roku 2002 a měl být vytvořen konsorciem HEWLETT-PACKARD a Steria spolu s Vízovým informačním systémem (VIS). Při jeho tvorbě docházelo k opakovaným odkladům a změnám harmonogramu. Protože vstup České republiky do schengenského prostoru byl podmiňován existencí informačního systému NS-SIS II, bylo jeho vytvoření národní prioritou. Již při podpisu Smlouvy o dílo však byl znám záměr Portugalska na povýšení centrálního SIS I a dodání portugalského řešení všem přistupujícím zemím, tedy i České republice, aby nebylo jejich připojení k schengenskému prostoru podmiňováno dokončením NS-SIS II. Tento projekt byl skutečně posléze realizován jako tzv. SISOne4ALL. Česká republika tak spustila NS-SIS I v září 2007. V době uzavření prvotní smlouvy o dílo nebylo zdaleka jisté ani to, zda systém NS-SIS II bude vůbec dokončen, zda bude kdy spuštěn do provozu, a pokud ano, tak na jakou dobu. V tomto ohledu panovaly v roce 2006 pouze dohady. Projekt NS-SIS II pak byl následně skutečně pozastaven (od roku 2008 do roku 2010) a do provozu byl spuštěn až v roce 2013. Závěr předsedy Úřadu, že v roce 2006 mohl žalobce předpokládat, že v budoucnu (o deset let později) vznikne potřeba zadat předmětnou veřejnou zakázku, je tedy zcela nepodložené. Naopak všechny relevantní dobové okolnosti vypovídají o tom, že tuto potřebu žalobce v době uzavření prvotní smlouvy o dílo nemohl s rozumnou mírou jistoty předpokládat. Správními orgány odkazovaný případ *Opencard* byl situací zcela nesrovnatelnou. Mnohem příhodnější je naopak situace ve věci *Ministerstvo zemědělství* (sp. zn. 5 Afs 42/2012).
11. Nelze pominout ani to, že žalobce si smlouvou o dílo vyhradil právo zasahovat do informačního systému NS-SIS II sám. V roce 2006 totiž předpokládal, že v případě potřeby dalšího vývoje a provozu informačního systému NS-SIS II (což ovšem nebylo jisté), bude schopen

tyto funkce zajistit z vlastních zdrojů. Představa o vytvoření dostatečně sofistikovaného týmu programátorů a systémových specialistů se však posléze (v roce 2013) ukázala jako nerealistická, a to zejména vzhledem k požadovanému mzdovému ohodnocení.

12. Žalovaný šel nicméně ve svých požadavcích na žalobce ještě dále. Uzavřel, že žalobce měl povinnost stav exkluzivity napravit v rámci veřejné zakázky v roce 2013. Zcela bezprecedentním způsobem tak z § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách dovodil povinnost žalobce upravit ustanovení prvotní smlouvy o dílo ohledně autorských práv a licenčních podmínek v navazující smlouvě z roku 2013 tak, aby mohla být předmětná veřejná zakázka v roce 2016 zadána v otevřeném zadávacím řízení. Rozhodnutí o spáchání přestupku postupem v roce 2016 je pak založeno právě na tom, že žalobce v rámci veřejné zakázky v roce 2013 porušil tuto povinnost. Smlouva je přitom dvoustranným ujednáním a žalobce jednoduše nemohl vybraného uchazeče v roce 2013 přinutit, aby se dobrovolně vzdal své exkluzivity založené licenčním ujednáním v prvotní smlouvě o dílo. Požadavek žalovaného je zjevně absurdní a nemá jakoukoliv zákonnou oporu. Zmiňovaný závěr žalovaného se přímo odrazil ve výroku I. rozhodnutí žalovaného. Jedná se též o porušení principu *nullum crimen sine lege certa*.
13. Žalobce dále namítl, že předseda Úřadu nesprávně odmítl vypořádat námitku technických důvodů opodstatňujících použití JŘBU. Uzavřel, že nejprve je třeba posoudit podmínku existence výhradních práv (z formálního i materiálního hlediska), avšak pokud naplnění této podmínky nebude prokázáno, postrádá smysl zabývat se otázkou, zda je použití JŘBU odůvodněno technickými důvody způsobujícími exkluzivitu dodavatele. Takový závěr je ovšem nezákonný, neboť JŘBU lze použít z různých důvodů. Těch pochopitelně může být v daném případě naplněno více, avšak i jeden z nich postačí k tomu, aby použití JŘBU bylo opodstatněno.
14. Žalobce dále uvedl, že jak formální, tak materiální podmínky použití JŘBU dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách byly v daném případě naplněny. Výrok rozhodnutí žalovaného hovoří pouze o nenaplnění materiální podmínky použití JŘBU. Napadené rozhodnutí se formální existencí výhradních práv vybraného uchazeče nevěnuje vůbec a pouze uvádí, že vzhledem k zaviněnému vytvoření exkluzivity tato otázka nemůže mít na vinu a trest žalobce dopad. Některé části odůvodnění rozhodnutí žalovaného naznačují, že žalovaný zpochybnil i existenci výhradních práv vybraného uchazeče. Z bodu 118 téhož rozhodnutí se naopak zdá, že žalovaný existenci výhradních práv vybraného uchazeče přiznává. Žalobce ve správním řízení předložil žalovanému smlouvu o dílo obsahující příslušné licenční ujednání, jakož i znalecké posudky potvrzující existenci výhradních práv vybraného uchazeče, nutnost zásahů do autorského díla, i skutečnost, že tyto zásahy je oprávněn provést pouze a jedině vybraný uchazeč, resp. žalobce, avšak pouze vlastními kapacitami. Žalovaný bez bližšího vysvětlení a zpochybnění znaleckých posudků uvedl, že s ohledem na zákonné licence ve smyslu § 66 odst. 1 písm. a), b) autorského zákona je existence výhradních práv přinejmenším sporná. Při výkladu autorského zákona pak zcela pominul, že jakékoli oprávnění vyvstávající z citovaných ustanovení může svědčit pouze a jedině žalobci, nikoli třetí osobě, jež by byla případně vybrána v zadávacím řízení otevřeném všem zájemcům. Taková třetí osoba by tak do NS-SIS II jakožto počítačového programu na základě § 66 odst. 1 písm. a), b) autorského zákona zasáhnout nemohla. Žalovaný též opomněl, že tzv. zákonná licence oprávněného uživatele autorského programu není obsahově bezbřehá a rozhodně neumožňuje rozvoj nebo zásadní změny spočívající v přidávání nových funkcionalit počítačového programu, a zároveň aplikaci

§ 66 odst. 1 autorského zákona na konkrétní zásahy do autorského díla je vždy třeba posuzovat *ad hoc* a za současného dodržení § 29 odst. 1 autorského zákona, tj. na základě tzv. tříkrokového testu.

15. V uvedených souvislostech žalobce konstatoval, že exkluzivita vybraného uchazeče skutečně nebyla vytvořena zaviněným, natož pak účelovým, jednáním žalobce, které by mu mohlo být kladeno k tíži. V době zadání původní veřejné zakázky v roce 2006 provázely zavádění národního systému NS-SIS II i evropského systému SIS II četné problémy způsobené celkovou nepřipraveností projektu na straně Evropské komise. Zavádění národního systému NS-SIS II bylo motivováno snahou České republiky vyhovět co nejdříve všem podmínkám souvisejícím se vstupem do schengenského prostoru. Přitom z důvodů na straně EU bylo zřejmé, že systém NS-SIS II nebude nasazen do plnohodnotného provozu v předpokládaném termínu, resp. že místo něj bude pravděpodobně implementován systém předchozí generace po nezbytných modifikacích (SISOne4ALL). V době zadání veřejné zakázky v roce 2006 žalobce nemohl s vysokou pravděpodobností předvídat další konkrétní řešení předmětné agendy. V důsledku zmíněných problémů na straně Evropské komise došlo k uvedení NS-SIS II do plnohodnotného provozu až v roce 2013. V rámci veřejné zakázky v roce 2006 si žalobce vyhradil právo provozovat a rozvíjet NS-SIS II vlastními kapacitami. K vytvoření interního týmu žalobce však nedošlo, což nebylo způsobeno laxním přístupem žalobce, ale jednak fakticky nepředvídatelnou technickou složitostí NS-SIS II, jednak zjištěním ohledně platových podmínek vysoce erudovaných IT odborníků potřebných pro rutinní provoz. Je pravdou, že při mnoha pozdějších dodatcích tato skutečnost žalobci již byla známa, avšak žalobce již byl jednoznačně vázán licenčním ujednáním, které bez ohledu na názory a záměry žalobce nemohly být měněny jednostranně a k jejichž rozšíření ve prospěch třetích osob přistoupil vybraný uchazeč až v rámci předmětné veřejné zakázky.
16. Jednání žalobce v roce 2006 však nelze posuzovat dnešní optikou a se znalostí konkrétního dalšího řešení schengenského systému a veškerého dalšího vývoje. Ze samotného návrhu rozhodnutí Rady EU z roku 2005 nelze dovodit, že žalobci muselo být naprosto jasné, jaký bude další osud předmětného systému. Vyhrazení si všech práv k NS-SIS II v roce 2006 se navíc jevilo jako značně nevhodné, neboť z dobového pohledu mohlo dojít k potenciálně bezdůvodnému zvýšení ceny zakázky až o 60 %. Ze způsobu zadání veřejné zakázky v roce 2006 a z dalšího vývoje situace kolem NS-SIS II, který byl ovlivněn zejména děním na úrovni EU, není možné dovodit jakoukoli účelovost žalobcova jednání. Skutkové okolnosti se pak výrazně odlišují od skutkových okolností případů, na něž přepjatě formalisticky odkazoval žalovaný. Nutno zdůraznit, že změny a další řešení systému NS-SIS II byly ovlivněny především centrálním řešením projektu SIS II na úrovni Evropské unie (tedy zcela mimo vůli žalobce), mimo jiné též pozdějším rozhodnutím Komise 2010/261/EU ze dne 4. 5. 2010 o bezpečnostním plánu pro centrální SIS II a komunikační infrastrukturu. Absenci zjevných znaků účelovosti jednání žalobce, resp. jeho „nešikovnost“, jež se však projevila až zpětně, žalovaný zcela pominul. Žalobce dodal, že při akceptaci zjednodušující logiky žalovaného, že zadavatel má vždy má předvídat nutnost dalšího provozu a úprav systému, by se JŘBU pro oblast ICT stalo paušálně nepoužitelným. To může mít závažné makroekonomické dopady, neboť např. jen v roce 2016 došlo k zadání ICT veřejných zakázek v JŘBU v souhrnné hodnotě přes 1,9 miliardy Kč.

17. Žalobce dále nad rámec uvedeného doplnil, že zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU bylo opřeno též o důvody technické. V tomto ohledu žalobce odkázal zejména na závěry znaleckého posudku č. 1124-113/2015, podle něhož „s ohledem na složitost systému a potřebné odborné znalosti vyplývající jedinečně z několikaleté zkušenosti s vývojem, fungováním a podporou systému a zároveň s ohledem na znalost souhrny jednotlivých komponent neexistuje na trhu jiný dodavatel než HP, který by tyto podmínky splňoval“. NS-SIS II je zcela klíčovým informačním systémem pro zajištění vnitřní bezpečnosti České republiky, jakož i dalších členských států schengenského prostoru. Slouží zejména pro pátrání po osobách (hledaných, pohřešovaných, nežádoucích) a věcech (vozidla, registrační značky, cestovní a osobní doklady, registrační doklady k vozidlům, bankovky, zbraně a další). Do NS-SIS II, resp. SIS II přispívají všechny členské státy zásadně přímo, ze svých národních pátracích databází. Záznamy jsou po vložení členským státem příslušníkům bezpečnostních složek ostatních států dostupné do 120 sekund, a to ve všech jazycích. Doplnující informace nad rámec záznamů zprostředkovávají centrály SIRENE. S ohledem na tyto funkcionality a široké využívání (nejen každou policejní hlídkou, ale i dalšími orgány), resp. napojení na centrální evropský SIS II a z toho vyplývající technické požadavky dostupnosti, je NS-SIS II technicky mimořádně složitým informačním systémem, který z celorepublikového hlediska nelze srovnat se žádným jiným systémem veřejné správy. Technická jedinečnost řešení celého systému NS-SIS II je dána unikátností použití, konfigurací a zapojením jednotlivých technologií a komponent tak, aby naplňovaly požadavky v oblasti funkčnosti, výkonnosti a bezpečnosti, přičemž tyto důvody v souhrnu, včetně možných bezpečnostních rizik, vylučují reálnou možnost provozu a rozvoje systému jakoukoli třetí stranou odlišnou od vybraného uchazeče. V případě natolik robustního, technologicky složitého a vzájemně provázaného informačního systému jako NS-SIS II, je představa schopnosti a způsobilosti třetí strany systém dále provozovat a zejména jej rozvíjet, naprosto iluzorní. Technická jedinečnost není dána pouze formální existencí autorských práv, resp. zdrojovými kódy, ale též unikátním know-how dodavatele. Vlastnictví práv a nakládání se zdrojovými kódy řeší pouze právní, nikoli věcnou, podstatu problému. Žalovaný přehlíží prakticky shodný význam hardware, serverů a jejich propojení, napojení na úložné systémy, komplexní síťové infrastruktury, nastavení operačních systémů a služeb operačního systému, nastavení hlavních COTS software, samotné aplikační nadstavby, interface s dalšími systémy, bezpečnostní infrastruktury. Žalobce sice nevylučuje, že nový dodavatel se může způsob provozování a rozvoje NS-SIS II časem „naučit“, na základě svých odborných znalostí a zkušeností však rezolutně odmítá představu, že přechod na nového dodavatele lze realizovat technologicky jednoduchým způsobem. S výpadkem systému jsou spjata závažná bezpečnostní rizika. Totéž platí i pro případ jakéhokoli zdržení zadávacího řízení na nového dodavatele. Jakékoli ohrožení systému NS-SIS II může mít fatální důsledky. Eskalační procedura při výpadku NS-SIS II vede v konečném důsledku k plnému obnovení kontrol na vnitřních hranicích. Taková situace má dopad na všechny občany a na veřejné rozpočty v řádu desítek až stovek milionů Kč v závislosti na konkrétní délce výpadku.
18. Žalobce též konstatoval, že předseda Úřadu nesprávně posoudil námitku hospodárnosti žalobcova postupu a námitku bezpečnostních rizik. Otázka hospodárnosti postupu zadavatele ve vztahu k zakázce týkající se informačního systému má dvě roviny. Zaprvé se jedná o nutnost postupovat hospodárně při pořizování informačního systému. Dodávka informačního systému včetně zdrojových kódů a úplného licenčního ujednání bude vždy o poznání dražší než dodávka totožného systému s přiměřenými a obvyklými licenčními

omezeními zadavatele. Druhá rovina spočívá v nutnosti zohlednit, že pokud již zadavatel je v situaci, kdy ve vztahu k fungujícímu informačnímu systému, který je např. třeba modifikovat či dále udržovat, existují licenční omezení, není možné jen proto fungující informační systém odepsat, zcela zmařit provedenou investici a zadat veřejnou zakázku na kompletně nový informační systém. Závěr předsedy Úřadu o nerozhodnosti otázky hospodárnosti je v příkrém rozporu s judikaturou, podle níž při posuzování postupu zadavatele při zadávání takto vysoce specializované veřejné zakázky, je třeba zohlednit též hledisko hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, a to v obou výše nastíněných rovinách. Posouzení hospodárnosti a účelnosti postupu žalobce, a to jak při zadání veřejné zakázky v roce 2006, tak při zadání předmětné veřejné zakázky, proto mělo být ústředním bodem analýzy naplnění materiální podmínky použití JŘBU. To však předseda Úřadu odmítl. Stejně tak se nezabýval otázkou bezpečnostních a technických rizik spojených s předmětnou veřejnou zakázkou. Postup a závěry žalovaného, který automaticky a bez ohledu na další okolnosti vylučuje možnost zadat navazující veřejnou zakázku v JŘBU, pokud zadavatel v předcházející veřejné zakázce přistoupil na licenční omezení, je absurdní a představuje recept na ekonomickou katastrofu. V souladu s tímto přístupem by nebylo možné provést jakoukoliv modifikaci nebo úpravu informačního systému či uzavřít smlouvu o technické podpoře k tomuto systému na další období, pokud daný systém byl historicky vysoutěžen s tím, že zadavatel akceptoval licenční omezení.

19. Napadené rozhodnutí je pak v obecné rovině postaveno na nepřipustně extenzivním výkladu zákona v neprospěch žalobce coby obviněného. V této souvislosti žalobce poukázal na ústavněprávní a lidskoprávní konotace výkladu žalovaného. V daném případě se jedná o řízení o trestním obvinění, což má vliv na výklad hmotného práva. Vyloučen je nepředvídatelný výklad i extenzivní výklad v neprospěch obviněného. Přenesení důkazního břemene ohledně naplnění materiální podmínky použití JŘBU na žalobce představuje porušení zásady *in dubio pro reo* a v širším smyslu tedy i zásady presumpce nevin. Dle předsedy Úřadu měl např. žalobce prokázat naplnění materiální podmínky použití JŘBU ještě předtím než předmětnou veřejnou zakázku zadal, a to patrně znaleckým posudkem. Materiální podmínka přitom nevyplývá ze znění příslušného ustanovení zákona, ale byla dovozena toliko judikatorně, a to navíc až poté, co žalobce uzavřel původní smlouvu o dílo.
20. Žalobce dále namítl, že napadeným rozhodnutím bylo porušeno pravidlo přednosti pozdější příznivější právní úpravy. Žalobce uzavřel smlouvu na realizaci předmětu veřejné zakázky dne 26. 2. 2016, tj. za účinnosti zákona o veřejných zakázkách. Napadené rozhodnutí však bylo vydáno až po nabytí účinnosti zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Tato pozdější úprava je z hlediska posuzování žalobcova postupu výhodnější, neboť jednak zakotvuje novou výjimku v oblasti zadávání veřejných zakázek souvisejících se základními bezpečnostními zájmy České republiky, jednak vymezuje podmínky použití JŘBU odlišně od dřívějšího zákona. Ve vztahu k veřejným zakázkám týkajícím se základních bezpečnostních zájmů České republiky žalobce poukázal na § 29 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek. Z důvodové zprávy k zákonu, resp. z odborné literatury, vyplývá, že pro použití této zákonné výjimky se vyžaduje splnění následujících podmínek: musí se jednat o základní bezpečnostní zájem České republiky, zadavatel musí mít postavení specializované složky pro ochranu základních bezpečnostních zájmů republiky, zadání veřejné zakázky v zadávací řízení by základní bezpečnostní zájem republiky ohrozilo a tomuto ohrožení nelze předejít jinak než využitím zákonné výjimky.

V daném případě byly všechny uvedené podmínky splněny. Předmětný informační systém NS-SIS II má přímý a bezprostřední vliv na to, zda dojde k zabránění vstupu nežádoucích osob na území schengenského prostoru, resp. k efektivní výměně informací o osobách a věcech, ohledně nichž bylo vyhlášeno pátrání. Je jedním ze základních předpokladů pro zajištění vnitřní bezpečnosti státu. Zároveň Policie České republiky je ozbrojeným bezpečnostním sborem, přičemž Ministerstvo vnitra vytváří podmínky pro plnění jejích úkolů. Žalobce tudíž je specializovanou složkou pro zajištění základních bezpečnostních zájmů České republiky. Zásah do systému by mohl způsobit nenávratnou ztrátu dat či vznik bezpečnostního rizika tím, že v rámci kontrol policejních hlídek nedojde k identifikaci jinak známého a evidovaného bezpečnostního rizika, resp. k zadržení osob, které pro vnitřní bezpečnost státu představují závažnou bezpečnostní hrozbu. Zadáání předmětné veřejné zakázky v jakémkoli zadávacím řízení otevřeném všem možným zájemcům by tak představovalo ohrožení základních bezpečnostních zájmů České republiky. Nelze si představit žádné opatření, které by žalobce jakožto objednatel NS-SIS II mohl přijmout s účinným a efektivním zamezením bytí krátkodobého výpadku systému po jeho předání novému provozovateli. Optikou pozdějšího zákona by tak bylo možné dospět k závěru, že žalobce mohl postupovat zcela mimo režim zákona o zadávání veřejných zakázek.

21. Vedle toho žalobce namítl, že zákon o zadávání veřejných zakázek vymezuje podmínky použití JŘBU odlišně od zákona o veřejných zakázkách. Poukázal na ustanovení § 63 odst. 3 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek, které je fakticky obdobou technických důvodů obsažených v § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, nově je však akcentována objektivní neexistence hospodářské soutěže o zadávanou veřejnou zakázku vyplývající z konkrétních technických důvodů předmětu plnění. V této souvislosti pak opakovaně popsal již uváděné charakteristiky předmětného informačního systému. Vytvoření a precizace takto složitého a robustního informačního systému není záležitostí jednoho měsíce, ale celé řady měsíců, resp. let. Nejedná se tak o jednoduchý software, který by se třetí osoba odlišná od osoby tvůrce systému mohla relativně lehce „naučit“, či který by byl nahraditelný jiným informačním systémem obdobného charakteru. Systém je složitý a komplexní, pro jakýkoli zásah do něj je třeba jedinečné a ničím nenahraditelné know-how subjektu, který jej vytvořil. V této souvislosti žalobce odkázal na odstavec 50 preambule nové směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES s účinností ke dni 18. 4. 2016. Pro reálnou možnost provádění jakýchkoli zásahů do takového systému je dostatečné licenční oprávnění a samotná dispozice zdrojovými kódy jen jednou z nezbytných podmínek. V případě NS-SIS II je současně požadována mimořádná a nadstandardní dostupnost systému v řádu 99,99 %, která vyplývá z požadavků EU. Tyto skutečnosti eliminují jakéhokoli jiného dodavatele s výjimkou dodavatele stávajícího a vylučují tak účinnou hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku na provoz a rozvoj NS-SIS II. Přitom i přes dispozici zdrojovými kódy může být samotný zásah do konkrétního počítačového programu velmi problematický. Jen zaučení nového pracovníka dodavatele trvá 9 měsíců. Cestou není ani vybudování nového informačního systému „na zelené louce“, neboť ten by bylo možné očekávat v horizontu několika let. Žalobce by však po tu dobu nebyl schopen zajišťovat povinnosti a závazky vyplývající z členství v EU a Schengenském prostoru.
22. V daném případě tak z technických důvodů (složitost, komplexnost a provázanost informačního systému NS-SIS II; jeho nezbytná nadstandardní dostupnost; existující nenahraditelné know-how stávajícího dodavatele; časová a finanční náročnost případného

celkového nahrazení stávajícího systému novým informačním systémem) neexistuje hospodářská soutěž, a je tak dán důvod pro použití JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek. Současně jsou splněny i další dvě podmínky stanovené v § 63 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek, tedy v daném případě nelze využít jiného postupu (zejména vybudování nového informačního systému na „zelené louce“) a současně zadavatel nestanovil zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž, neboť zadávací podmínky pouze reflektovaly potřebu žalobce a povinnosti uložené orgány EU. Žalovaný se relevancí nové právní úpravy JŘBU zabýval pouze formálním, povrchním způsobem. Změna formulace podmínek JŘBU není okrajová a neměla být bagatelizována.

23. Žalobce dodal, že z důvodů zmiňovaných k aplikaci nové právní úpravy ostatně nemohlo dojít ani k vlivu postupu žalobce na výběr nejvhodnější nabídky. Žalovaný splnění této podmínky přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách konstatoval bez dalšího s odkazem na obecné formulace obsažené v soudních rozhodnutích k věcně zcela odlišným kauzám, aniž by se současně podrobněji zabýval skutkovým stavem a odlišnostmi posuzovaného případu. V daném případě objektivně existuje autorské právo vybraného uchazeče k NS-SIS II, tento vybraný uchazeč výhradně fakticky disponuje zdrojovými kódy, realizace předmětné veřejné zakázky třetí osobou tak není reálně možná. Je sporné, zda při faktickém a existujícím stavu exkluzivity jednoho dodavatele mohla být vůbec naplněna podmínka vlivu nezákonného postupu v JŘBU na výběr nejvhodnější nabídky ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. I v případě zadání předmětné veřejné zakázky v otevřeném řízení by z uvedených důvodů mohl podat nabídku výhradně stávající dodavatel.
24. Žalobce dále namítl, že mu byl uložen trest ve zjevně nepřiměřené výši. Pokud jde o odůvodnění výše uložené sankce, žalovaný argumentoval represivní a preventivní funkcí pokuty. Ve vztahu k preventivní funkci však žalovaný nebral v potaz, že žalobce od vybraného uchazeče získal výhradní práva, která byla důvodem zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU, pročež je vyloučené, aby žalobce do budoucna zadával veřejné zakázky danému dodavateli v JŘBU ze stejného důvodu, tj. z důvodu jeho výhradních práv.
25. Co se týče obecného argumentu o přiměřenosti pokuty, jejím kritériem nemůže být pouze rozpočet žalobce, který slouží primárně pro zajištění vnitřní bezpečnosti České republiky, resp. skutečnost, že sankce byla uložena v mezích zákona. Je nutné zohlednit též předvídatelnost sankce a polehčující okolnost spočívající ve vyhrazení si práv k NS-SIS II do budoucna. Výše uložené sankce značně vybočuje z rozhodovací praxe žalovaného. Žalobci je známa řada obdobných případů, ve kterých žalovaný v roce 2017 za neoprávněný postup v JŘBU uložil pokuty řádově nižší (např. ve věci zadavatele Česká republika – Generální finanční ředitelství byla uložena pokuta ve výši 100 000 Kč ve vztahu k veřejné zakázce „*Poskytnutí technické a provozní podpory IS CEDR II do 31. 12. 2016*“, ve věci zadavatele Česká republika – Ministerstvo financí byla uložena pokuta ve výši 250 000 Kč ve vztahu k veřejné zakázce „*Další rozvoj ISAO III.*“, ve věci zadavatele Česká republika – Státní pozemkový úřad byla uložena pokuta ve výši 80 000 Kč ve vztahu k veřejné zakázce „*Zajištění licenční a systémové podpory aplikace POZEM+ a metodické podpory VFP*“, ve věci zadavatele Česká republika – Ministerstvo vnitra byla uložena pokuta ve výši 90 000 Kč ve vztahu k veřejné zakázce „*Autorský dohled a servisní služby pro Informační systém o informačních systémech veřejné správy a Informační systém o datových prvcích pro roky 2015 až 2018*“). Měl-li žalovaný ve světle těchto obdobných případů za

účelné uložit žalobci sankci řádově vyšší než obvyklou, měl povinnost svůj postup řádně odůvodnit. Zejména pak měl uvést, z jakého důvodu byla výše sankce přiměřená i při zohlednění jednak polehčujících okolností, které v odkazovaných případech absentovaly, jednak skutečnosti, že realizací předmětné veřejné zakázky žalobce naplňuje esenciální bezpečnostní zájem státu. Žalovaný zveřejnil v tisku, že se zaměřil na „ICT zakázky“. Není však důvodu, aby žalobce byl bezdůvodně exemplárně trestaným zadavatelem, navíc v situaci, kdy do budoucna prolomil exkluzivitu dosavadního dodavatele.

26. Důvodné pochybnosti pak lze mít též o tom, zda žalovaný pro uložení pokuty zvolil odpovídající režim zákona o veřejných zakázkách ve smyslu jeho § 120 odst. 2. Žalovaný vycházel z předpokladu, že cenu předmětné veřejné zakázky nelze zjistit, neboť smlouva na plnění je rámcovou smlouvou. Žalovaný nicméně bezdůvodně přehlédl, že rámcová smlouva není postavena na principu pouze jednotkových cen. Naopak, uvádí zcela jednoznačně celkovou maximální nepřekročitelnou cenu ve výši 165 289 256,00 Kč bez DPH. Cena tedy vyčíslena, resp. vyčíslitelná nepochybně byla. Cenou zakázky tedy správně měla být buď cena žalobcem již uhrazená, nebo celková maximální přípustná cena bez DPH. V obou případech by každopádně maximální možná hranice pokuty byla nižší než 20 000 000 Kč. Nelze vyloučit, že pokud by žalovaný zohlednil tento nižší limit, byla by výše uložené pokuty odlišná od současné částky.
27. Na základě uvedeného žalobce navrhl, aby soud rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i žalovaného zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Pro případ, že by soud nepřistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí, žalobce navrhl, aby upustil od trestu uloženého ve správním řízení uložen, případně aby tento trest, uložený ve zjevně nepřiměřené výši, snížil.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě

28. Ve vyjádření k žalobě ze dne 4. 4. 2018 žalovaný v první řadě odkázal na odůvodnění napadených rozhodnutí. Následně reagoval na žalobní body ohledně materiální i formální stránky věci. Navrhl, aby soud žalobu zamítl.

IV. Další podání žalobce

29. Žalobce v replice ze dne 18. 5. 2018 reagoval na vyjádření žalovaného a vyzdvihl některé již v žalobě uplatněné aspekty věci.
30. Podáním ze dne 23. 1. 2019 pak žalobce doložil znalecký posudek č. 12/2/2018, ze dne 20. 12. 2018, vypracovaný Znaleckou kanceláří Dr. L., s. r. o., na základě žalobcova zadání. Podle žalobce znalecký posudek potvrdil správnost žalobní argumentace týkající se
- *hospodárnosti jeho postupu při zadání prvotní veřejné zakázky v roce 2006*, v jejímž rámci si nevyhradil veškerá práva k systému a zdrojové kódy – znalec potvrdil, že takový požadavek by byl v předmětné době značně neobvyklý, řada potenciálních dodavatelů by se tehdy o veřejnou zakázku za takových podmínek vůbec neucházela a u ostatních by tento požadavek vedl k zásadnímu navýšení nabídkové ceny;
 - *hospodárnosti jeho postupu při zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU stávajícímu dodavateli oproti vypsání otevřené veřejné zakázky na dodání zcela nového systému s týmiž funkcionalitami* – znalec potvrdil, že cena nového systému by se významně nelišila od ceny, kterou žalobce za dodávku systému NS-SIS II zaplatil dodavateli na základě prvotní veřejné zakázky v roce 2006, čili že v případě vypsání veřejné zakázky

na dodání nového systému by byla původní investice zcela zmařena a žalobce by v konečném důsledku zaplatil dvakrát za totéž;

- *bezpečnostních a provozních rizik i dodatečných nákladů*, které by byly nevyhnutelně spojené s vypsáním otevřené veřejné zakázky na dodávku zcela nového systému, oproti zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU stávajícímu dodavateli – znalec potvrdil, že přechod na nový systém by si vyžádal cca půlroční paralelní provoz obou systémů a náklady na migraci dat by patrně přesáhly 11 % pořizovací ceny celého systému; přechod na nový systém by navíc byl nutně spojen s celou řadou zásadních bezpečnostních a provozních rizik;
- *technických důvodů pro zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU* – znalec potvrdil, že ani přístup ke zdrojovým kódům NS-SIS II a právo systém rozvíjet a upravovat samo o sobě pro bezvadné zajištění technické podpory a rozvoje natolik komplexního systému nestačí; potřebná je zejména též detailní znalost systému, která ovšem nemusí být získatelná z jeho dokumentace, stejně jako znalost dalších hardwarových a softwarových komponent systému a jeho provazeb na další související systémy; změna poskytovatele technické podpory a rozvoje takto komplexního systému by navíc byla spjata s řadou zásadních bezpečnostních a provozních rizik, která si žalobce v případě takového kritického, bezpečnostního systému nemůže dovolit podstoupit.

V. Jednání konané dne 1. 2. 2022

31. Při jednání účastníci setrvali na již dříve písemně vyjádřené argumentaci. Soud podrobně konstatoval obsah soudního a správního spisu. K důkazu četl listiny předložené žalobcem v řízení před soudem – informaci pro ministra vnitra MUDr. Mgr. Ivana Langera ze dne 2. 10. 2006, č. j. MST-35/2006, ve věci: *Vstup České republiky do Schengenského prostoru – současný stav*, a dále znalecký posudek č. 12/2/2018, ze dne 20. 12. 2018, vypracovaný Znaleckou kanceláří Dr. L., s. r. o., za účelem: *Posouzení odborných a ekonomických otázek v souvislosti se zadáním veřejných zakázek s názvem „Rámcová smlouva o poskytování technické podpory a rozvoje aplikačního software NS-VIS“ a „Technická podpora a zajištění rozvoje aplikace NS-SIS II v letech 2016–2018“*. Konstatoval též znalecké posudky ze dne 29. 9. 2015, č. 1124-113/2015, a ze dne 3. 4. 2015, č. 1045-34/2015.

VI. Posouzení věci

32. Soud přezkoumal v mezích žalobních bodů napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i rozhodnutí žalovaného včetně řízení předcházejících jejich vydání, a shledal, že **žaloba není důvodná**.
33. V dané věci je předmětem sporu otázka naplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v JŘBU dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Uvedená problematika byla opakovaně předmětem judikatury. V této souvislosti je ovšem nutno zdůraznit, že na jednotlivé judikatorní závěry je třeba nahlížet v první řadě prizmatem skutkových a právních důvodů, na jejichž podkladě byly v konkrétní věci vyřčeny.
34. Nejvyšší správní soud ve své rozhodovací činnosti, a to ve shodě s rozhodovací praxí Soudního dvora Evropské unie (viz např. rozsudky ze dne 10. 3. 1987 ve věci C-199/85, *Komise proti Itálii*, ze dne 18. 5. 1995 ve věci C-57/94, *Komise proti Itálii*, ze dne 28. 3. 1996 ve věci C-318/94, *Komise proti Německu*, ze dne 28. 10. 2002 ve věci C-385/02, *Komise proti Itálii*; či ze dne 10. 4. 2003 ve spojených věcech C-20/01 a C-28/01, *Komise proti Německu*), především zdůraznil, že jednací řízení bez uveřejnění představuje výjimku z otevřenějších

forem zadávacích řízení. Jedná se o jediný druh zadávacího řízení podle zákona o veřejných zakázkách, ve kterém zadavatel neoznamuje svůj úmysl zadat veřejnou zakázku neomezenému počtu dodavatelů (s výjimkou zjednodušeného podlimitního řízení). Použitím jednacích řízení bez uveřejnění proto z povahy věci dochází k omezení (v případě oznámení úmyslu omezenému počtu zájemců) či vyloučení (v případě oznámení úmyslu jedinému zájemci – jako v posuzované věci) hospodářské soutěže. Z tohoto důvodu lze jednacích řízení bez uveřejnění použít *pouze výjimečně* a jen za podmínek taxativně stanovených v § 23 zákona o veřejných zakázkách, které je třeba *vykládat přísně restriktivně* s tím, že důkazní povinnost k prokázání naplnění těchto podmínek tíží zadavatele (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2015, č. j. 8 As 149/2014-68, věc *FN Olomouc*, ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015-95, č. 3436/2016 Sb. NSS, věc *Opencard*, či ze dne 1. 11. 2017, č. j. 1 As 242/2017-48, věc *hlavní město Praha*).

35. Soud nikterak nezpochybňuje smysl žalobní argumentace vedené v tom směru, že podmínkou postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) zákon o veřejných zakázkách je prokázání skutečnosti, že objektivně existuje pouze jediný dodavatel, který je plnění schopen (v požadované kvalitě, v požadovaném rozsahu, v požadovaných specifikacích a v požadovaném čase) realizovat, tj. že předmět veřejné zakázky (jehož vymezení samo osobě není nekorektní kupř. tím, že bezdůvodně vylučuje ze soutěže o získání veřejné zakázky určitý okruh dodavatelů) je natolik specifický, že umožňuje realizaci výlučně jedním konkrétním dodavatelem, a to z důvodů technických či z důvodů potřeby ochránit existující výhradní práva. Soud nikterak nezpochybňuje ani to, že takto důvodná *ochrana výhradních práv* připadá v úvahu typicky v situaci, kdy zadavatel v minulosti nezískal licenční oprávnění, které je nezbytné pro pořízení dalšího přímo souvisejícího či navazujícího plnění, a stávající dodavatel není schopen či ochoten licenci poskytnout. Obdobně soud nezpochybňuje ani to, že důvody *technické* mohou souviset s oprávněným požadavkem zadavatele na zajištění nutné kompatibility, na minimalizaci rizika nefunkčnosti již pořízeného plnění, eventuálně na zabránění prokazatelnému enormnímu nárůstu nákladů zadavatele. V uvedených případech jde o situace, v nichž je poměrně jasné zřejmé, že by vedení jakéhokoli „otevřenějšího“ zadávacího řízení nevyvolalo širší hospodářskou soutěž (o získání veřejné zakázky) ani ekonomicky příznivější výsledek pro zadavatele; vše právě proto, že s vysokou mírou pravděpodobnosti objektivně existuje pouze jediný možný dodavatel. Uvedené však platí pouze tehdy, pokud takový stav je prokazatelně dán důvody, které zadavatel nemohl vůbec předvídat a které nejsou přičitatelné samotnému zadavateli, včetně jeho postupu v minulosti – ať už protiprávnímu či z pohledu navazujících zadavatelských procedur neprozíravému.
36. Žalovaný v napadeném rozhodnutí rozumnou a ucelenou argumentací dospěl k závěru, že důvody, v nichž se žalobce před zahájením JŘBU v nyní posuzované věci nacházel, jsou přičitatelné právě jemu. Právě proto nemůže obstát žalobcova argumentace objektivní existencí výlučně jediného dodavatele (z důvodu autorskoprávních a technických) pro použití JŘBU. Na tomto místě nutno současně souhlasit se závěrem předsedy Úřadu, který v bodě 34 napadeného rozhodnutí konstatoval, že žalobce „*v rozkladu nerozporuje výše uvedené závěry Úřadu stran toho, že „stav exkluzivity“ si obviněný způsobil sám*“. Žalobce v žalobě uvedl, že fakticky celý rozklad se týká problematiky prokázání naplnění podmínek pro zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU. Podrobným prostudováním obsahu rozkladu však soud ověřil správnost závěru předsedy Úřadu, neboť žalobce v něm skutečně neuvedl nic, co by bylo možno považovat za výslovnou, cílenou argumentaci

k otázce, zda stav exkluzivity vybraného uchazeče způsobil sám žalobce. Ostatně žalobce v žalobě v tomto ohledu toliko cituje pasáž z rozkladu (str. 2,3) hovořící pouze obecně o dostatečném prokázání a detailním popsání otázky realizace předmětu veřejné zakázky vybraným uchazečem z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv.

37. Pokud jde o samotné posouzení naplnění podmínek pro použití JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, mohou se v praxi objevovat v zásadě tři základní typové situace, v nichž podmínky pro použití JŘBU nebývají *materiálně* naplněny a v nichž zadavatel není oprávněn zadávat navazující veřejnou zakázku prostřednictvím jednacímho řízení bez uveřejnění.
38. O *první* typovou situaci jde tehdy, pokud zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky poruší zákon regulující zadávání veřejných zakázek, v důsledku čehož není možné zadávat navazující veřejnou zakázku v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacích řízení, nýbrž toliko prostřednictvím JŘBU; jde tedy o situaci, kdy nutnost použití JŘBU je vyvolána předchozím porušením zákona při zadávání předchozí veřejné zakázky.
39. O *druhou* typovou situaci jde tehdy, pokud zadavatel sám vědomě způsobil stav exkluzivity, a to s úmyslem vytvořit podmínky pro použití JŘBU; jde tedy o situaci, kdy zadavatel si podmínky pro navazující zadávání s využitím výlučně JŘBU vytvořil právě proto, aby navazující veřejné zakázky mohl zadávat konkrétnímu dodavateli. V tomto případě není nezbytné, aby o postupu zadavatele v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku bylo žalovaným rozhodnuto coby o porušení zákona.
40. O první ani o druhou typovou situaci se v nyní posuzované věci nejspíše nejedná, ostatně ani žalovaný v tomto ohledu nic takového v napadeném rozhodnutí nedovodil.
41. *Třetí* typová situace je dána tehdy, pokud zadavatel, ačkoli s ohledem na konkrétní okolnosti v době zadávání původní veřejné zakázky musel rozumně předpokládat, že v budoucnu vznikne potřeba zadání navazujících veřejných zakázek, při zadávání původní veřejné zakázky akceptuje licenční či jiná smluvní ujednání, která *de facto* vylučují, aby navazující veřejná zakázka mohla být splněna jiným než v této původní veřejné zakázce vybraným dodavatelem, čímž znemožní zadávání navazujících veřejných zakázek v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacímho řízení a naopak podmíní zadávání navazujících veřejných zakázek v JŘBU s odkazem na ochranu práv duševního vlastnictví či technických důvodů. Ani v tomto případě není nezbytné, aby o postupu zadavatele v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku bylo žalovaným rozhodnuto coby o porušení zákona.
42. Od naposledy uvedené (třetí) typové situace je však třeba odlišit situaci, kdy zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky, s ohledem na skutkové okolnosti předcházející a provázející její zadávání, budoucí potřebu zadávat navazující veřejné zakázky předvídat skutečně objektivně nemůže, avšak z důvodu nastalé objektivní změny okolností je následně nucen navazující veřejnou zakázku zadat. Jak k tomu uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012-54, věc *Ministerstvo zemědělství II* (rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz), „[p]okud v průběhu životnosti softwaru nastane z hlediska zadavatele objektivní změna (nová legislativa, nové manažerské rozhodnutí nadřízených orgánů), tak může nastat situace, kdy by vyloučení použití jednacímho řízení bez upozornění (pozn. zdejšího soudu: zjevně míněno „bez uveřejnění“) fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software. Dalším

klíčovým faktorem je proměnlivost úkolů zadavatele. Pokud zadavatel připravuje software tak, aby software splnil v dané chvíli objektivně stanovené úkoly a byl po uplynutí určité doby životnosti vyřazen, zajisté tomu přizpůsobí i zadávací podmínky.“ Jestliže by nebylo možno odlišit naposledy uvedenou typovou situaci od třetí ze shora uvedených, reálně by to mohlo vyvolat praktickou neaplikovatelnost § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jednacím řízení bez uveřejnění podle těchto ustanovení by se tak mohlo stát reálně vyprázdněnou kategorií, jež by existovala pouze v textu zákona. Není přitom žádného principiálního důvodu v praxi plošně eliminovat zákonem předvídanou možnost zadávat veřejné zakázky, které mohou být z důvodu ochrany výhradních práv či technických důvodů splněny pouze jediným dodavatelem, prostřednictvím JŘBU – v těchto případech je omezení hospodářské soutěže akceptovatelné, a to právě kodifikací možnosti použít ve specifických situacích JŘBU.

43. V nyní projednávané věci z napadeného rozhodnutí plyne, že žalobce se nacházel ve třetí ze shora uvedených typových situací, s čímž soud vzhledem k okolnostem posuzované věci souhlasí. Žalobce tak nebyl oprávněn zadat předmětnou veřejnou zakázku prostřednictvím JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť v jeho postupu navazujícím na jeho postup v minulosti nešlo o pouhou „nešikovnost“ při zadávání původní a navazujících veřejných zakázek.
44. V daných souvislostech žalobce zdůrazňoval, že v roce 2006 byla situace ohledně budoucího fungování schengenského systému nejasná. V tomto ohledu se však soud plně ztotožnil s argumentací žalovaného v bodech 105. až 121. jeho rozhodnutí, na kterou plně odkazuje a podle níž žalobce věděl již v době uzavření prvotní smlouvy o dílo v roce 2006, že musí systém udržovat v provozu, a že rovněž odpovídá za jeho neustálé propojení s centrálním systémem SIS. Musel tak mít prokazatelně vědomí o potřebě budoucích aktualizací, úprav a doplnění tohoto systému, neboť se jedná o systém, který má zajistit vzájemnou spolupráci mezi příslušnými orgány členských států Evropské unie, a to za účelem zajištění vysoké úrovně bezpečnosti na územích členských států Evropské unie, který umožní výměnu informací za účelem kontroly osob a věcí. Žalobci muselo být již při uzavírání prvotní smlouvy o dílo zřejmé, že systém NS-SIS II bude užívat dlouhodobě a bude proto třeba provádět např. s ohledem na požadavky Evropské unie a uživatelů systému na národní straně jisté úpravy. Potřebu budoucích aktualizací a úprav systému musel žalobce předpokládat i bez ohledu na skutečnost, že nejdříve byl na základě smlouvy o dílo vyhotoven systém SIS na základě portugalského řešení a že ke spuštění systému NS-SIS II došlo na základě smlouvy o dílo až v roce 2013. Zde lze přitom poukázat nejen na návrh rozhodnutí Rady EU z roku 2005, ale též nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1987/2006 ze dne 20. 12. 2006 o zřízení, provozu a využívání Schengenského informačního systému druhé generace (SIS II), s jehož přípravou musel být žalobce detailně seznámen. V uvedených souvislostech je dále klíčové, že před uzavřením předmětné rámcové smlouvy žalobce v letech 2013 až 2015 uzavřel šest následných smluv. Z jejich předmětu plnění plyne, že žalobce systém NS-SIS II i poté, co již byla ukončena platnost a účinnost prvotní smlouvy o dílo, nadále užíval, upravoval či rozšiřoval jeho kapacitu, a to vždy na základě smluv uzavřených s vybraným uchazečem. Zcela obстоjí tvrzení, že i pokud by bylo lze připustit, že žalobce při uzavírání původní smlouvy o dílo nemusel mít zcela jasnou představu o fungování systému, jeho udržitelnosti a způsobu zajištění jeho fungování, pak nejpozději v roce 2013, kdy byl spuštěn ostrý provoz systému, takové jistoty nabyt, tedy nejpozději od okamžiku uzavření smlouvy TP2013-PPR-13979-23/ČJ-2013-990656 ze dne 23. 8. 2013 s názvem „*Technická podpora NS-SIS II*“ s vybraným

uchazečem, jejímž předmětem byla technická podpora systému v období od 1. 8. 2013 do 31. 12. 2013, bylo už zcela zřejmé, že žalobce je povinen systém udržovat a spravovat, resp. jeho správu zajišťovat.

45. Vytýká-li v tomto ohledu žalobce žalovanému vytvoření nové nezákonné povinnosti spočívající v nutnosti napravení stavu exkluzivity v roce 2013, nutno uvést, že se z jeho strany jedná spíše o nepochopení textu rozhodnutí žalovaného, z něž plyne veskrze pouhé, byť zřejmě neobratně vyjádřené, zvýraznění momentu, od něhož se již odvíjela nepochybná vědomost žalobce o nutnosti dlouhodobého provozování systému, resp. momentu, v němž ještě teoreticky bylo možné situaci, která následně vedla k potvrzení stavu exkluzivity vybraného uchazeče v daném případě, napravit. Nelze tak hovořit o porušení zásady *nullum crimen sine lege certa*.
46. Nutno dodat, že ani žalobcem v řízení před soudem předložená informační zpráva pro ministra vnitra přitom není důkazem osvědčujícím nejistotu žalobce v té míře, která by ospravedlňovala žalobcův postup v následných letech. Ostatně, tato případná nejistota se v průběhu doby musela logicky snižovat.
47. V této souvislosti je nutno poukázat na předmět nyní projednávané veřejné zakázky, jímž je *technická podpora provozu a zajištění rozvoje aplikace informačního systému*, a který se tak do značné míry kvalitativně liší od předmětů veřejných zakázek, o nichž je pojednáváno v řadě odkazovaných rozsudků (srov. např. rozsudky ve věcech *Ministerstvo zemědělství I*, *II*, či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 2. 2018, č. j. 5 As 26/2017-22, věc *město Pelhřimov*). Zde se soud plně ztotožnil s tezí žalovaného, že potřeba systémové podpory a rozvoje vyplývá ze samotné povahy aplikací a informačních systémů, pročež si žalobce musel být vědom toho, že poskytování technické podpory provozu jeho klíčového, postupně cizelovaného a modernizovaného systému NS-SIS II bude vyžadováno v delším časovém horizontu. Postup žalobce předcházející zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU tak nelze hodnotit jakou pouhou nešikovností, tedy jako shora zmiňovanou čtvrtou typovou situaci, která by za předpokladu celkové hospodárnosti umožňovala zadat danou veřejnou zakázku v JŘBU.
48. V uvedených souvislostech nutno odmítnout námitku žalobce, že skutečným předmětem řízení byl jeho postup při zadávání prvotní veřejné zakázky v roce 2006, potažmo v roce 2013. Jak uvedeno již výše, obecnou podmínkou pro nemožnost použití JŘBU v následné veřejné zakázce není chybný či dokonce nezákonný postup zadavatele při zadávání původní veřejné zakázky. Ostatně Nejvyšší správní soud k tomu v rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53, č. 2790/2013 Sb. NSS (věc *Ministerstvo zemědělství I*), uvedl, že není podstatné, zda žalovaný „*tvrdí, resp. ani v minulosti nedeclaroval, že by nevhodné chování žalobce bylo pochybením, kterým by žalobce porušil zákon o veřejných zakázkách*“ (shodně též např. bod [112] rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci *Opencard*). Klíčový je v tomto ohledu skutečně postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky navazující na původní smlouvu, neboť ten je předmětem dohledu žalovaného. Při zadávání veřejné zakázky navazující na původní smlouvu je zadavatel povinen objektivně vyhodnotit celkový tehdejší i aktuální právní a skutkový stav. A právě z tohoto důvodu se předmětem skutkového zjišťování žalovaného stává též postup zadavatele (vč. jeho případných předchůdců) při zadávání prvotní veřejné zakázky, jakož i relevantní okolnosti nastalé v mezidobí.

49. V nyní projednávané věci je tak např. tvrzená případná počáteční nevědomost či nejistota žalobce o době provozování daného informačního systému fakticky vyvrácena již následným postupem žalobce po uzavření prvotní smlouvy o dílo, a to zejména od roku 2013. Při objektivním hodnocení splnění podmínek pro zadávání předmětné veřejné zakázky v JŘBU provedeném se zohledněním aktuální znalosti všech skutkových okolností tak měl žalobce v roce 2016 dospět k jednoznačnému závěru, že onou případnou nevědomostí již ani nelze argumentovat, neboť se během času změnila ve vědomost, že daný informační systém je již po nějakou dobu provozován a provozován má být i nadále. Jinak obecně řečeno, při zadávání navazující veřejné zakázky není hlavním předmětem činnosti zadavatele zjišťování a hodnocení izolovaného skutkového a právního stavu ke dni zadávání původní zakázky, resp. uzavírání původní smlouvy, ale primárně vyhodnocení celkové situace v okamžiku zadání navazující veřejné zakázky v JŘBU, přičemž podmínky pro její zadání je třeba posuzovat s ohledem na zákonnou úpravu účinnou v době jejího zadávání a se zohledněním rozhodovací praxe žalovaného a soudů známé v tu dobu. Postup žalobce při zadávání předmětné veřejné zakázky je specifický v tom, že se žalobce současně dokázal vyvázat z dříve nastoleného stavu exkluzivity. To však nic nemění na tom, že pro zadání dané zakázky v JŘBU nebyly splněny zákonné podmínky. Uvedená okolnost tak nehrála roli v otázce viny, nepochybně však byla podstatná v otázce trestu (viz níže).
50. Zdejší soud k dané problematice v bodě 44. rozsudku ze dne 17. 10. 2019, č. j. 62 Af 30/2018-101 (předmětem byla veřejná zakázka „*Vývoj IS CEDR MF, modul EHP a Norské fondy*“; kasační stížnost proti tomuto rozsudku zamítl Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 12. 3. 2020, č. j. 10 As 372/2019-56), uzavřel, že *„by se nutně přičila rozumnému pohledu na zadavatelské prostředí klidná akceptace stavu exkluzivity, ‚navždy‘ (po několik desetiletí) trvající, jen proto, že nově vznikající smlouvy navazují na smlouvy uzavřené ‚kdysi dávno‘. Jestliže byl stav vendor lock-in založen v době, kdy pohled na postupy nahrazující ‚otevřenější‘ zadávací postupy nebyl přísný a nebyl v tuzemském prostředí ani dostatečně judikován a kdy ani rozumně uvažující zadavatelé nemuseli předvídat budoucí právní potíže při poptávce plnění od původního dodavatele, k němuž jej stav vendor lock-in vázal (za takové období lze považovat období devadesátých let minulého století, tedy kupř. i rok 1995, jímž argumentuje žalobce), pak by se zdejšímu soudu nejevilo jako zcela spravedlivé přičítat tento stav nyní zadavatelům k tíži v případech, kdy poptávka po nutně navazujících plněních na plnění původní (při jehož kontraktaci byl stav vendor lock-in založen) nebyla jasně a snadno předvídatelná. V nyní posuzované věci však poptávka po nutně navazujícím plnění byla od počátku jistá. Podstatné pro zdejší soud je, že nyní posuzované zadání veřejné zakázky je součástí předem dobře předvídatelného vývoje, který byl dán nikoli dobou, ve které byla původní smlouva uzavřena, nýbrž očekávatelnou potřebou navazující aktualizace systému, bez ohledu na důvody vzniku takové potřeby v budoucnu.“* Tento závěr je, s přihlédnutím ke konkrétním skutkovým okolnostem, plně použitelný i v nyní projednávané věci.
51. Pokud pak žalovaný vycházel z rozhodnutí ve věcech *Ministerstvo zemědělství I* či *Opencard*, nutno konstatovat, že se držel obsahu a smyslu principů v nich vyjádřených, přestože (jak zdůrazněno již výše) v nich nebyly zcela totožné skutkové a právní okolnosti jako v nyní projednávané věci. V rozsudku *Ministerstvo zemědělství I* Nejvyšší správní soud uvedl, že zadavatel se *„nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.“* Dodal, že v každém jednotlivém případě je třeba *„velmi pečlivě vážit,*

zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný“, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky. Kasační soud zdůraznil, že pro závěr o nesplnění materiální podmínky aplikace § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách nepostačí bez dalšího konstatovat, že si zadavatel sám v předcházející zakázce vytvořil právní omezení. Dospěje-li žalovaný k takovému závěru, je nutno *na toto chování zadavatele též „hledět z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky“*. Dále soud uvedl, že je *„otázkou účelnosti takto vynaložených veřejných prostředků, jestli je správné, aby si zadavatel vyhradoval práva, o kterých nelze v době přípravy zadávacího řízení rozumně očekávat, že nastanou.“*

52. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 15. 10. 2015, č. j. 62 Af 112/2013-131 (věc *Opencard*) z citovaného rozsudku ve věci *Ministerstvo zemědělství I* vycházel, přičemž k němu, jakož i k předchozí judikatuře, konstatoval, že této *„argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného ‚zavinění‘ půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem, kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadávání navazujících zakázek“*. Nejvyšší správní soud v řízení o kasační stížnosti proti tomuto rozsudku uvedený závěr potvrdil a uzavřel, že žalobce si *byl vědom* charakteru, technologické náročnosti a nutnosti následného rozvoje projektu, proč se nemůže s úspěchem odvolávat na svou „nešikovnost“ či „nevědomost“ (bod [103] rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci *Opencard*).
53. Jak uvedeno již výše, v nyní projednávané věci žalobce *věděl* v návaznosti na uzavření původní smlouvy a ve spojení s následnými smlouvami o budoucí potřebě plnění ohledně podpory a provozu systému NS-SIS II, a *musel* je tak *rozumně očekávat*. Jak přitom plyne z výše citované judikatury, není nezbytně nutné, aby toto jednání zadavatele bylo již číněno s nějakým nekalým úmyslem budoucího obcházení zákona o veřejných zakázkách. Tu je nutno zopakovat, že pojem „zavinění“ není soudy v uvedených souvislostech používán ve smyslu jakékoli delikt ní odpovědnosti za navození stavu exkluzivity, nýbrž ve smyslu vyloučení „nešikovnosti“ zadavatele. Pokud pak Nejvyšší správní soud na závěr rozsudku ve věci *Ministerstvo zemědělství I* konstatoval, že „[v] postupu žalobce není možno shledávat účelovost a úmysl obejít zákon o veřejných zakázkách při zadávání návazných veřejných zakázek“, hodlal tím toliko zdůraznit skutkovou odlišnost dané věci od judikatury, na niž bylo stěžovatelem v dané věci odkazováno a v níž o taková jednání šlo.
54. V uvedených souvislostech žalobce namítl, že žalovaný nezkoumal, zda byl předmětný postup vyvážen hlediskem hospodárnosti a zcela rezignoval na hodnocení postupu žalobce z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zde je v prvé řadě nutno uvést, že ekonomická stránka věci by mohla převážet ve prospěch zadavatele právě v tzv. čtvrté typové situaci, která, jak uvedeno výše, v nyní projednávané věci nenastala. I kdyby tomu tak však bylo, je třeba souhlasit se žalovaným, že v tomto ohledu žalobce nedoložil potřebnou analýzu, či jiné relevantní podklady, přestože mu v tomto ohledu svědčila návrhová a důkazní povinnost. Zde lze poukázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 2. 2021, č. j. 30 Af 19/2019-115 (věc *Moravskoslezský kraj*), v jehož bodě 88. je uvedeno: *„Aby zadavatel mohl s úspěchem argumentovat hospodárností zvoleného řešení, musel by prokázat ekonomickou výhodnost jeho postupu jako celku, tj. od zadání původní veřejné zakázky po navazující zadávací řízení formou jednacích řízení bez uveřejnění, nikoliv pouze finanční výhodnost dílčího zadávacího řízení navazujícího na nešikovný postup zadavatele při zadání původní veřejné zakázky. Jen*

komplexní ekonomické zhodnocení prokazující zřejmou efektivnost zadavatelova postupu mohlo vést v dané věci k závěru, že žalobce byl oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění [...].“ Takové komplexní zhodnocení žalobce v nyní projednávané věci skutečně nepředložil. Požadovaná kritéria komplexnosti přitom nesplňuje ani žalobcem v řízení před soudem předložený znalecký posudek č. 12/2/2018, z něhož lze maximálně dovodit názor znalecké kanceláře, že cena případně pořízeného zcela nového systému by byla ve srovnání s původní cenou systému v roce 2006 obdobná (odpověď na otázku č. 3).

55. Žalobce též nesouhlasil se závěrem správních orgánů, že neunesl *důkazní břemeno* ohledně splnění podmínek JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. K této námitce je třeba v prvé řadě uvést, že např. již v rozsudku ve věci *Ministerstvo zemědělství I* dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že důvody pro zadání veřejné zakázky formou JŘBU musí být objektivně dány a zadavatelem jednoznačně prokázány. Jinak řečeno, ten, kdo se dovolává existence okolností opravňujících k použití JŘBU, nese v tomto ohledu také důkazní povinnost. Zvolil-li zadavatel výjimečný postup, jenž spočívá v uzavření smlouvy na veřejnou zakázku bez uveřejnění, tedy bez reálné možnosti dodavatelů získat povědomí o zadávané veřejné zakázce, je to právě zadavatel, kdo *musí mít před zahájením takového postupu postaveno najisto*, že jsou pro to naplněny konkrétní důvody. Za zadavatele takové důvody vskutku nikdo (ani žalovaný) sám domýšlet a vyhledávat nemůže, jednoduše již jen proto, že nikdo konkrétní okolnosti na straně zadavatele nemůže znát (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 3. 2020, č. j. 10 As 372/2019-56, či ze dne 10. 12. 2020, č. j. 4 As 207/2020-40). Z napadeného rozhodnutí však nevyplývá, že by žalovaný, resp. předseda Úřadu formuloval závěr, který by byl s uvedenými východisky v zásadním v rozporu. Žalobci nebylo v průběhu správního řízení bráněno v předkládání důkazů a předloženými důkazy a jejich vyhodnocením se správní orgány zabývaly. Žalobcem užitou argumentaci soud v daném ohledu vnímá spíše jako vyjádření nespokojenosti nad závěry vyvozenými správními orgány z důkazů předložených žalobcem, což je však již otázka poněkud jiná. Uvedené na druhou stranu neznamena apriorní povinnost zadavatele podkládat doslova každý svůj krok znaleckými posudky. Je však nepochybné, že dle judikatury se při přezkumu splnění podmínek pro užití JŘBU předpokládá důkazní povinnost zadavatele, a to i ve vztahu k podmínce materiální.
56. V uvedených souvislostech lze jako lichou odmítnout žalobcovu poznámku, že materiální podmínka nevyplývá ze znění příslušného ustanovení zákona, ale byla dovozena toliko judikatorně, a to navíc až poté, co žalobce uzavřel původní smlouvu o dílo. Pomine-li soud evropskou judikaturu (viz shora) a z ní plynoucí závěry ohledně důkazní povinnosti, lze poukázat např. již na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 5. 11. 2002, č. j. 2 A 3/2002-75, či rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 5. 2005, sp. zn. 31 Ca 101/2004, které se materiálním konceptem zabývají. Byť je tedy materiální podmínka použití JŘBU konkretizována v judikatuře, je dlouhodobě aplikována a není zřejmé, proč by se mělo jednat o nepřipustně extenzivní výklad zákona v neprospěch žalobce. Nejde ani o porušení zásady *in dubio pro reo*, která je samozřejmě v případě skutkových pochybností plně použitelná.
57. Pokud pak jde o žalobcem zmiňované *technické důvody*, nutno uvést, že ani z žalobcem předloženého znaleckého posudku č. 12/2/2018 neplynou takové technické důvody ve smyslu absolutní jedinečnosti technického řešení, které by samy o sobě odůvodňovaly použití JŘBU v daném případě. Jinak řečeno, v případě žalobcem tvrzených technických

důvodů nejde o skutečnou technickou nemožnost plnění předmětu veřejné zakázky jiným dodavatelem než vybraným uchazečem, nýbrž o faktický důsledek exkluzivity výhradních práv vybraného uchazeče vyplývající z původní smlouvy o dílo. Jak dále plyne i z judikatury (srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 21. 12. 2015, č. j. 30 Af 78/2013-148), skutečnost, že dosavadní dodavatel má detailní znalost jednotlivých částí systému a souvisejícího softwarového a hardwarového prostředí zadavatele, s nímž jsou části systému provázány, a má tudíž jisté know-how, není sama o sobě technickým důvodem pro zadání zakázky v JŘBU tomuto dodavateli. Na stejné úrovni (tedy jako skutečnosti, které samy o sobě nejsou relevantními technickými důvody) se nachází též žalobcem tvrzená bezpečnostní rizika ohledně úprav systému, migrace dat v případě přechodu na nový systém či současného fungování dvou takových systémů apod. Žalobce vskutku neprokázal technickou jedinečnost daného systému, byť složitého a robustního, na jejímž základě by byl za podmínky obecné dostupnosti veškerých potřebných informací (znalost softwaru, příslušné podrobné dokumentace, struktury systému apod.) schopen zajistit provoz a podporu systému toliko vybraný uchazeč. Jím předkládané důkazy poukazují toliko na složitost a rizikovost, nikoli tedy na technickou nemožnost, takového postupu. Právě v tomto ohledu dává smysl závěr předsedy Úřadu uvedený v bodech 37.–39. napadeného rozhodnutí, není zapotřebí vypořádat se s tvrzenými námitkami, které se týkají technických důvodů, důvodu ochrany výhradních práv a znaleckého posudku, neboť vzhledem k existenci stavu exkluzivity postrádají dostatečnou relevanci. Nelze přitom argumentovat nemožností získat v rámci prvotní veřejné zakázky příslušná oprávnění k úpravám systému a ke zdrojovým kódům. Ostatně i ze znaleckého posudku č. 12/2/2018 plyne, že by se takový postup zřejmě jevil v roce 2006 poněkud neobvyklým, nikoli však nemožným (v tomto ohledu lze nicméně znaleckému posudku vytknout nepřezkoumatelnost, neboť znaleckým ústavem provedená anketa mezi dodavateli zůstala zcela anonymní).

58. K uvedenému je navíc nutno ve shodě se správními orgány konstatovat, že i kdyby se žalobci podařilo prokázat, že neexistuje subjekt odlišný od vybraného uchazeče, jenž by byl schopen realizovat předmět dané veřejné zakázky, nic to nemění na skutečnosti, že stav exkluzivity na jeho straně byl způsoben toliko jednáním žalobce samotného. Tedy v situaci, kdy nebyl naplněn materiální předpoklad postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, bylo prokazování předpokladů formálních fakticky nadbytečné. Z napadeného rozhodnutí lze mít nicméně v tomto ohledu za to, že existence výhradních práv vybraného uchazeče byla žalovaným, potažmo předsedou Úřadu, akceptována.
59. K tvrzení žalobce, že konání JŘBU bylo jedinou reálně možnou cestou, jak zachovat všechny povinnosti plynoucí z právního řádu jako celku, nutno konstatovat, že soud nepopírá složitost celkového žalobcova postavení v momentě zadávání předmětné veřejné zakázky a je dalek postoji, který by mohl být, byť třeba i jen vzdáleně, vnímán jako poskytování tzv. „knížecích rad“. Je faktem, že se žalobce dostal do slepé (svého druhu) uličky. Poukazovaným prizmatem však s ohledem na shora uvedená právní východiska nelze na nyní projednávanou věc nahlížet. Žalobci je jednak přičitatelná jeho předchozí činnost, popř. nečinnost, jednak nelze přehlédnout horizont existence a provozování předmětného informačního systému (a to za účinnosti zákona o veřejných zakázkách). Předmětem dohledu žalovaného bylo dodržení zákonných podmínek pro zadání *předmětné* veřejné zakázky v JŘBU. Otázka konkrétních dopadů závěru žalovaného o nemožnosti použití JŘBU v daném případě je však problematikou poněkud jinou. Žalobce v rámci

využití JŘBU poukázal na ochranu výhradních práv a na technické důvody dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Pokud tyto zákonem stanovené důvody pro použití JŘBU nebyly splněny, byť třeba i jen ve svém materiálním předpokladu, nemohou případné dopady nemožnosti aplikace tohoto specifického postupu dle předmětného ustanovení samy o sobě jeho využití odůvodnit.

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

zakázku splnit. K použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, situace výlučnosti tak nemůže být vytvořena samotným zadavatelem.“ (podtržením zvýraznil soud). Ani v jednom ze žalobcem poukazovaných případů tak nebylo možno dospět k závěru, že pozdější právní úprava by byla pro žalobce příznivější.

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

65. Žalovaný přihlédl k žalobcově snaze odstranit stav exkluzivity, a to k coby polehčující okolnosti (bod 149. rozhodnutí žalovaného), přičemž zohlednil i to, že tato snaha byla úspěšná. Je pravdou, že žalovaný konkrétně neuvedl, jakým způsobem tato polehčující okolnost ovlivnila uloženou pokutu, takový postup však není nezbytný. Klíčové je, aby se uváděná okolnost reálně odrazila ve výši uložené sankce. Tak tomu i bylo. V této souvislosti však při porovnávání s pokutami uloženými v jiných případech (na něž např. odkazuje žalobce) není určující samotná nominální výše uložené pokuty, neboť ta se může v jednotlivých případech lišit jak na základě specifik té které věci, tak na základě proměnlivé hranice horní sazby. Pro účely komparace uložené sankce s jinými případy je naopak vypovídající její relativní vyjádření, z něhož lze odvozovat přísnost správního orgánu v konkrétní věci. V nyní projednávané věci uložená pokuta dosahuje výše 5 % možné sazby. Z tohoto relativního pohledu je poměrně zřejmé, že by se v daném případě mohlo jednat o sankci uměřenou a odpovídající skutkovým okolnostem. Tento závěr pak lze ověřit např. porovnáním s pokutami ukládanými žalovaným v obdobných případech v témže období. Soud shodou okolností v nedávné době přezkoumával řadu takových rozhodnutí (jednalo se o IT zakázky zadávané prostřednictvím JŘBU Generálním finančním ředitelstvím), na základě své úřední činnosti tak může porovnat, že v nyní projednávané věci byla uložena podstatně (řádově a leckdy mnohonásobně) nižší pokuta – ve věci vedené zdejším soudem pod sp. zn. 29 Af 23/2018 dosahovala pokuta výše 27,55 % možné sazby, ve věci sp. zn. 29 Af 24/2018 výše 17,14 %, ve věci sp. zn. 29 Af 25/2018 výše 19,85 %, ve věci sp. zn. 29 Af 26/2018 výše 12,41 %, ve věci sp. zn. 29 Af 27/2018 výše 38,50 %, ve věci 29 Af 28/2018 výše 35,2% a ve věci 29 Af 31/2018 výše 26,09 %. I když se jedná toliko o namátkový výběr z rozhodovací činnosti žalovaného, je z něj zřejmé, že k jiným obdobným případům žalovaný přistupoval přísněji. Nelze tak dospět k závěru, že by žalovaný potrestal žalobce exemplárním způsobem. Na základě uvedeného srovnání lze naopak důvodně předpokládat, že pokud by žalovaný nemohl přihlédnout k poukazované polehčující okolnosti, mohla by uložená pokuta dosahovat zjevně vyšších hodnot.
66. Pokud pak žalobce poukazoval na výši uložené pokuty z toho důvodu, že hospodáři s omezenými rozpočtovými prostředky, které jsou vázány na realizaci předem definovaných úkolů a plnění (bezpečnost státu), nutno uvést, že v tomto ohledu působí pouhý odkaz žalovaného na rozpočet žalobce za rok 2017 (bod 157. rozhodnutí žalovaného) skutečně do jisté míry zjednodušujícím dojmem. Na druhou stranu tento odkaz žalovaný učinil toliko za účelem, aby vyloučil případný likvidační účinek uložené pokuty. Tu mu lze naopak dát za pravdu, že pokud daný rozpočet dosahuje výše v řádu miliard korun, lze důvodně předpokládat, že pokuta uložená ve výši 1 000 000 Kč nezpůsobí zásadní (neúměrně škodlivou) poruchu v činnosti žalobce i za současného uznání účelové vázanosti podstatné části přidělených rozpočtových prostředků. Vedle toho je nutno zdůraznit, že žalobce ani netvrdil a neprokázal konkrétní neúnosné dopady, které by uložená pokuta měla způsobit v jeho rozpočtové situaci. Navíc je nezpochybnitelnou skutečností, že za žalobcem coby organizační složkou státu stojí *largo sensu* celý státní rozpočet, pročez je žalovaným učiněný odkaz plně odpovídající danému účelu [poněkud jinou otázkou je v tomto ohledu problematika žalobní legitimace státu, srov. zejména usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 2. 2020, č. j. 8 Afs 128/2018-46, č. 4006/2020 Sb. NSS (věc *PROMOPRO II*)].
67. Soud se též ztotožnil se způsobem, jímž žalovaný aplikoval § 120 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách (body 141. až 143. rozhodnutí žalovaného, bod 52. rozhodnutí předsedy Úřadu). Argument žalobce, že žalovaný měl vycházet z maximální ceny bez

DPH je lichý. Sporné ustanovení, na rozdíl např. od § 13 odst. 1 téhož zákona, neříká o nezapočítávání DPH ničeho. Žalovaný pak k této problematice správně podotkl, že žalobce zde *de facto* nemohl být dotčen na právech, neboť vzhledem k maximální ceně zakázky byla horní sazba pokuty shodná.

68. Vzhledem k tomu, že soud nedospěl k závěru o zjevné nepřiměřenosti uložené pokuty, nemohl přistoupit k žalobcem navrhovanému užití moderačního oprávnění.

VII. Závěr a náklady řízení

69. Soud shledal námitky žalobce nedůvodnými. V řízení nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž musí soud přihlížet z úřední povinnosti. Z těchto důvodů zdejší soud žalobu zamítl jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s. ř. s.
70. O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl, a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníkovi řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

Poučení:

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

Brno 14. února 2022

JUDr. Zuzana Bystřická v.r.
předsedkyně senátu