

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Karla Šimky a soudkyň Mgr. Evy Šonkové a JUDr. Miluše Doškové v právní věci žalobce: **Statutární město Ostrava,** se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, Ostrava, zastoupený Mgr. Milanem Šebestou, LL.M., advokátem se sídlem Jakubská 121/1, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 11. 6. 2015, č. j. ÚOHS-R188/2014/VZ-13922/2015/321/OHo, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015 – 80,

takto:

I. Kasační stížnost se zamítá.

II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Žalobce je statutárním městem. V roce 2010 zadal veřejnou zakázku na konsolidaci svých informačních systémů v jednacím řízení bez uveřejnění. Rozhodnutím žalovaného ze dne 23. 5. 2014, č. j. ÚOHS-S604/2013/VZ-10977/2014/522/PLy (dále jen „prvostupňové rozhodnutí"), byl žalobce shledán vinným ze spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném

znění, a to tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, když veřejnou zakázku „Optimalizace a konsolidace programového vybavení IS VERA“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění na základě písemné výzvy k jednání ze dne 16. 2. 2010, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Za spáchání uvedeného správního deliktu byla žalobci uložena pokuta ve výši 200 000 Kč. Rozklad proti prvostupňovému rozhodnutí předseda žalovaného v záhlaví označeným rozhodnutím zamítl.

[2] Žalobu podanou proti napadenému rozhodnutí Krajský soud v Brně v záhlaví uvedeným rozsudkem (dále jen „krajský soud“ a „napadený rozsudek“) zamítl. Krajský soud přisvědčil žalovanému, že žalobce neunesl důkazní břemeno ohledně naplnění podmínek dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Důkazní břemeno ohledně oprávněnosti využití jednacího řízení bez uveřejnění nese zadavatel, který musí důkladně a objektivně osvědčit, že jsou dány důvody aplikace tohoto typu zadávacího řízení. Jednací řízení bez uveřejnění je samo o sobě výjimkou z otevřené soutěže, je proto možné je využít jen ve zcela odůvodněných případech při dodržení zákonných podmínek. Rozhodl-li se proto žalobce využít tohoto typu zadávacího řízení, měl povinnost ještě před zadáním zakázky prokázat jasnou a odůvodněnou vědomost o existenci důvodů pro daný postup a následně tyto důvody prokázat i ve správním řízení. Princip materiální pravdy je modifikován rozložením důkazního břemene mezi zadavatele veřejné zakázky a žalovaného.

[3] Ze správního spisu vyplývá, že žalobce sice ve správním řízení předložil řadu listin týkajících se počítačového systému IS VERA, nedoložil nicméně žádnou objektivní, na žalobci nezávisle zpracovanou analýzu autorských práv k posuzovanému programu. Prosté doložení smluv je nedostačující. Vlastní posouzení žalobce postrádá požadovaný aspekt objektivity. Že mezi žalobcem a žalovaným není sporné, že plnění společnosti VERA, spol. s. r. o., je autorským dílem, nevylučuje požadavek objektivního posouzení, jehož účelem není zodpovědět, zda je určitý software autorským dílem, nýbrž zda je možné zakázku realizovat jinak než výlučně zásahem do autorských práv původního dodavatele.

[4] Krajský soud neshledal důvodnou ani námitku týkající se nedostatečného poučení ze strany žalovaného. Žalovaný v oznámení o zahájení správního řízení jasně popsal spáchaný delikt, odkázal na § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách a stanovil lhůtu pro předložení důkazních prostředků. Není součástí poučovací povinnosti správního orgánu, aby instruoval účastníka řízení, jaké konkrétní důkazní prostředky má předložit k prokázání svých tvrzení. K nenařízení ústního jednání ze strany žalovaného krajský soud uvedl, že s ohledem na skutková zjištění v průběhu správního řízení a s ohledem na odůvodnění návrhu na provedení ústního jednání nemohlo ústní jednání přinést nic jiného než opětovné subjektivní vyjádření důvodů, které vedly žalobce k využití jednacího řízení bez uveřejnění. Žalovaný tudíž nepochybil, pokud ústní jednání nenařídil. Ohledně námitky stran nedostatečné odborné způsobilosti žalovaného krajský soud konstatoval, že samotná věcná polemika žalobce a žalovaného týkající se autorskoprávní otázek není

podstatná, neboť žalobce neunesl prvotní důkazní břemeno o naplnění podmínek dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

[5] Námitkami směřujícími proti posouzení ekonomických a technických důvodů pro zadání veřejné zakázky se krajský soud blíže nezabýval, neboť posouzení ekonomické stránky zakázky navazuje na hodnocení existence výhradních práv. Jelikož žalobce v nyní posuzované věci neprokázal dostatečné posouzení otázek autorskoprávních, není rozhodné, zda pro žalobce bylo zvolené řešení ekonomicky, resp. technicky výhodné. Nad rámec uvedeného krajský soud konstatoval, že žalobce ve správním řízení nepředložil žádnou seriózní ekonomickou analýzu, ze které by bylo patrné, že zjistil a ověřil, že nelze výhradních práv za splnění podmínky ekonomické výhodnosti nevyužít nebo je rozšířit tak, aby se již nejednalo o práva výhradní. Obdobně krajský soud posoudil i otázku zavinění způsobené situace (tj. že licenční podmínky neumožňovaly žalobci neomezeně zasahovat do systému IS VERA). Teprve ve chvíli, kdy žalobce prokáže, že z autorskoprávních, ekonomických a technických důvodů je možné zadat zakázku pouze určitému subjektu, nastupuje případný korektiv zaviněně způsobené situace. Nad rámec uvedeného krajský soud přisvědčil žalobci, že hodnocení žalovaného v prvostupňovém rozhodnutí, zda žalobce situaci pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění připravil zaviněně, není dostatečně komplexní. V rozhodnutí o rozkladu se předseda žalovaného zabýval zaviněním výlučně ve vztahu k výši sankce. Toto dílčí pochybení žalovaného v provostupňovém rozhodnutí nemůže mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, neboť klíčovým pro spáchání správního deliktu bylo nedostatečné prokázání důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění již ve fázi prokázání autorskoprávních omezení. Ohledně námitky porušení principu dobré správy spočívající v neuvedení, jak by měl žalobce do budoucna postupovat, krajský soud konstatoval, že není úkolem správního orgánu, aby ve správním řízení o konkrétním správním deliktu dával žalobci návod, jak postupovat v budoucnu v dané zakázce. Ohledně řádného postupu při zadávání veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění nadto existuje ustálená judikatura. Je nicméně třeba upozornit, že univerzální návod stanovit nelze, neboť ke každé jednotlivé věci musí být přistupováno individuálně.

[6] K započtení ceny plnění dle dodatků ke smlouvě při stanovení horní hranice pokuty krajský soud uvedl, že ve výroku o spáchání deliktu není specifikována konkrétní smlouva, skutek je nicméně popsán označením veřejné zakázky. Již z oznámení o zahájení správního řízení navíc bylo zcela zřejmé, v jakém rozsahu je delikt šetřen. Ohledně nekonzistentnosti výroků správních rozhodnutí krajský soud nejprve poznamenal, že napadené rozhodnutí sestává pouze z jediného výroku, nekonzistentnost výroků je proto pojmově vyloučena. Výroky prvostupňového rozhodnutí jsou vzájemně zcela konzistentní, neboť jedním je konstatováno spáchání deliktu a druhým uložena pokuta. Při stanovení výše pokuty má správní orgán správní uvážení. Podle § 121 odst. 2 věty první zákona o veřejných zakázkách přihlédne žalovaný při určení výměry pokuty k závažnosti správního deliktu, tj. zejména ke způsobu spáchání, jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Krajský soud posuzoval obě správní rozhodnutí v jejich souhrnu a dospěl k závěru, že žalovaný se vypořádal jak se způsobem spáchání, následky a okolnostmi deliktu, tak i s případným likvidačním charakterem pokuty. Námitka týkající se zániku odpovědnosti za správní delikt byla dle krajského soudu natolik

neurčitá, že se jí nemohl zabývat blíže nad rámec konstatování, že zákonná lhůta byla zachována (subjektivní pětiletá a objektivní desetiletá lhůta pro zahájení řízení), neboť písemná výzva k jednání je ze dne 16. 2. 2010 a oznámení o zahájení řízení ze dne 8. 10. 2013).

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalovaného

[7] Proti napadenému rozsudku podal žalobce (dále jen „stěžovatel“) kasační stížnost, kterou opírá o důvody dle § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“). Namítá tedy nesprávné právní posouzení krajským soudem, nezákonné zjištění skutkového stavu a nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku.

[8] Žalobce předně namítá, že krajský soud nepřípustně překročil rozsah přezkumu, když učinil jádrem sporu povahu informačního systému VERA jako autorského díla, ačkoli tato otázka byla mezi účastníky řízení nesporná, čímž zatížil napadený rozsudek nepřezkoumatelností. Z napadeného rozsudku není dále jasné, zda krajský soud považoval za zásadní pouze to, že stěžovatel nedisponoval znaleckým posudkem, či zda zpochybnil samotnou povahu informačního systému VERA jako autorského díla. Krajský soud vyložil § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách příliš restriktivně. Stěžovatel je přesvědčen, že v posuzovaném případě postupoval v souladu s rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012. Licenční smlouva se společností VERA, spol. s. r. o., nebyla uzavřena s úmyslem vytvořit podmínky k dalším dodávkám a plněním. Licenční podmínky uvedené ve smlouvě jsou standardními podmínkami ve smlouvách na vývoj, implementaci a rozvoj počítačových programů. Počítačový program je tzv. know-how vykonavatele autorských práv, který není obvykle ochoten udělit licenční oprávnění k širšímu než standardnímu okruhu způsobu využití (tj. bez možnosti přístupu ke zdrojovému kódu a bez možnosti dalších úprav a šíření užívaného počítačového programu). Stěžovatel je přesvědčen, že v posuzované věci unesl důkazní břemeno. Ochrana autorských práv k informačnímu systému VERA je dána zákonem č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů, a byla ze strany stěžovatele doložena licenčními smlouvami. Nadto je podle stěžovatele skutečnost, že informační systém VERA je autorským dílem, v českých odborných kruzích obecně známa.

[9] Stěžovatel dále brojí proti tomu, že krajský soud připustil jako jediný důkazní prostředek znalecký posudek a nezohlednil stěžovatelem předložené listiny. Důrazně odmítá postavení znaleckého posudku jako jediného a stěžejního důkazu a odkazuje na nález Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 299/06. Podle § 125 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, mohou za důkaz sloužit všechny prostředky, jimiž lze zjistit stav věci. Absolutní nezbytnost pořízení znaleckého posudku by mohla vést k porušení zásady efektivnosti a hospodárnosti zadávacího řízení. Stěžovatel před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění zakázku důkladně pomocí svých odborných zdrojů posoudil z hlediska autorského práva, povahy licence a technického hlediska, což během správního řízení řádně prokázal. Z předložených listin nebylo o existenci

autorského díla pochyb. Že zakázku nelze realizovat jinak než zásahem do autorských práv původního dodavatele, nebylo nutné prokazovat znaleckým posudkem. Stěžovatel měl legitimní očekávání v předchozí rozhodovací praxi (např. rozhodnutí žalovaného ze dne 2. 8. 2012, č. j. ÚOHS-S180/2012/VZ-14446/2012/520/JOn), dle které žalovaný nechal zpracovat znalecký posudek pouze v případě, že neměl autorskoprávní ochranu za prokázanou. V minulosti byl stěžovatel v případě, že bylo třeba doplnění nějakých podkladů, vždy žalovaným vyzván. Krajský soud se s argumentem porušení legitimního očekávání vůbec nevypořádal. Při zadání veřejné zakázky se stěžovatel rovněž zabýval jejími technickými podmínkami a ekonomickými důsledky. Dospěl k závěru, že její zadání bylo pro stěžovatele ekonomicky výhodné, což ve správním řízení doložil nabídkou od společnosti Marbes Consulting, s. r. o., orientačním přehledem nákladů na implementaci informačních systémů a odhadem ceny na jejich implementaci do prostředí stěžovatele. Krajský soud však k předloženým listinám nepřihlédl, resp. je nedostatečně zohlednil. Stěžovatel během řízení navrhoval další důkazy, žalovaný však návrhu nevyhověl, neboť skutečnost, že informační systém VERA je autorským dílem, považoval za zjevnou. Krajský soud měl dle stěžovatele ze zjištěného skutkového stavu buď vycházet, nebo provést důkazy, které stěžovatel navrhoval při ústním jednání. Stěžovatel rovněž nesouhlasí se způsobem výpočtu výše sankce, neboť do výpočtové základny byla zahrnuta i cena dodatků uzavřených ke smlouvě, u nichž nebylo žalovaným konstatováno, že jejich uzavřením stěžovatel spáchal delikt.

[10] Žalovaný ve svém vyjádření ke kasační stížnosti uvádí, že krajský soud se v posuzované věci nijak neodchýlil od podstaty věci. Žalovaný ani krajský soud nezpochybňují, že informační systém VERA je autorským dílem, shodně však uvádějí, že tato skutečnost sama (v oblasti informačních technologií zcela obvyklá) o sobě nestačí, aby předmětná zakázka mohla být zadána v jednacím řízení bez uveřejnění. Stěžovatel mohl zvolený postup odůvodnit například důkladnou analýzou relevantního trhu, v níž by posoudil své možnosti ve vztahu k tržní nabídce. Odkaz na provedení znaleckého posouzení žalovaný chápe jako doporučení krajského soudu, jak posílit svou důkazní pozici v následném správním řízení. K výkladu § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách žalovaný odkazuje na ustálenou judikaturu Soudního dvora, která vyžaduje restriktivní výklad podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění. Stěžovatel odůvodnil využití jednacího řízení bez uveřejnění pouze autorskoprávní ochranou informačního systému VERA. V předložené smlouvě o dodání tohoto systému nebylo nevýhradní užití díla podrobně ošetřeno. Žalovaný zdůrazňuje, že oblast informačních technologií je velmi dynamické odvětví s vysokou mírou konkurence. Že většina softwarových produktů je chráněna autorským právem, neznamená, že při jejich využívání do budoucna je na neomezeně dlouhou dobu vyloučena hospodářská soutěž. Vyloučení ostatních dodavatelů zakonzervováním stávajícího informačního systému není z pohledu žalovaného přípustné.

[11] K neprovedení ústního jednání během správního řízení žalovaný upozornil, že stěžovatel nenavrhoval provedení důkazů, nýbrž zamýšlel na ústním jednání pouze vysvětlit svůj postup. Vzhledem k obligatornímu písemnému průběhu správního řízení žalovaný nepochybil, pokud považoval obsah správního spisu za dostatečný k právnímu posouzení věci. Dodatečné podklady předložené v řízení o rozkladu závěry žalovaného nijak nevyvracejí. Žalovaný existenci relevantních dokumentů nemohl předjímat a bylo na

stěžovateli, aby po seznámení se s předmětem správního řízení obsaženém v oznámení o zahájení řízení žalovanému předmětné podklady předložil. Ohledně námitky týkající se zásady materiální pravdy se žalovaný zcela ztotožňuje se závěry krajského soudu. K námitce nedostatečného vypořádání žalobních námitek žalovaný uvádí, že není povinností soudu reagovat na každou větu stěžovatele jednotlivě (k tomu viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 4 Afs 22/2015). Závěrem se žalovaný vypořádává s námitkou týkající se výše správní pokuty a konstatuje, že v posuzované věci je jednoznačné, že se stěžovatel správního deliktu dopustil při zadávání veřejné zakázky. Celková cena veřejné zakázky byla dána změnou smlouvy prostřednictvím dodatků, bylo třeba uvedené dodatky zahrnout do výpočtového základu pro výši pokuty. Samotné uzavření dodatků ke smlouvě nepředstavuje samostatný delikt. Delikt je jen jeden a je dostatečně identifikován ve výroku prvostupňového rozhodnutí.

III. Posouzení kasační stížnosti Nejvyšším správním soudem

[12] Nejvyšší správní soud nejprve zkoumal formální náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že stěžovatel je osobou oprávněnou k jejímu podání, neboť byl účastníkem řízení, z něhož napadený rozsudek vzešel (§ 102 s. ř. s.). Kasační stížnost byla podána včas (§ 106 odst. 2 s. ř. s.) a stěžovatel je zastoupen advokátem (§ 105 odst. 2 s. ř. s.).

[13] Důvodnost kasační stížnosti vážil Nejvyšší správní soud v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal, zda napadený rozsudek netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), přičemž žádnou takovou neshledal.

[14] Nejvyšší správní soud předně konstatuje, že neshledal, že by krajský soud opomenul vypořádat některou z námitek uplatněných v žalobě. Napadený rozsudek netrpí ani žádnými jinými nedostatky zakládajícími nepřezkoumatelnost rozhodnutí. Důvody, které krajský soud vedly k zamítnutí žaloby, jsou z odůvodnění seznatelné. Krajský soud vylíčil konkrétní skutkové okolnosti, o něž své rozhodnutí opřel, uvedl úvahy, kterými se řídil při posouzení důvodnosti žaloby, a popsal závěry, ke kterým na základě těchto úvah dospěl.

[15] Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách „[z]*adavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku*“.

[16] Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách „[z]*adavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem*“.

[17] Oblast zadávání veřejných zakázek je harmonizována na unijní úrovni, a to mimo jiné směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby

(dále jen „směrnice 2004/18/ES“) a s účinností od 18. 4. 2016 novou koordinační směrnicí parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „nová koordinační směrnice 2014/24/EU“). Podle čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18/ES „[v]*eřejní zadavatelé mohou zadávat své veřejné zakázky* [na stavební práce, na dodávky a na služby] *ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce, jestliže zakázka může být z technických či uměleckých důvodů nebo z důvodů spojených s ochranou výlučných práv zadána pouze určitému hospodářskému subjektu*“. Obdobně též podle čl. 32 odst. 2 písm. b) bod iii) nové koordinační směrnice 2014/24/EU jednací řízení bez uveřejnění může být použito pro veřejné zakázky na stavební práce, dodávky a služby, jestliže stavební práce, dodávky nebo služby mohou být z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví dodány jen konkrétním hospodářským subjektem, a to pouze v případě, že neexistuje přiměřená alternativa nebo náhrada a že neexistence soutěže není výsledkem umělého zúžení parametrů veřejné zakázky. Nová koordinační směrnice 2014/24/EU k jednacímu řízení bez uveřejnění dále v bodu 50 odůvodnění uvádí (s ohledem na totožný obsah právního pravidla v obou citovaných směrnicích je odůvodnění nové koordinační směrnice, vycházející i z dosavadní judikatury Soudního dvora, pro výklad užitečné, byť nikoli závazné), že „[s] *ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení. Veřejný zadavatel, který využije této výjimky, by měl odůvodnit, proč nemá k dispozici rozumné alternativy nebo náhradní řešení, jako je například využití alternativních distribučních kanálů, a to i vně členského státu, v němž se veřejný zadavatel nachází, nebo zvážení funkčně srovnatelných stavebních prací, dodávek a služeb* […]“.

[18] Nejvyšší správní soud se podmínkami pro použití jednacího řízení bez uveřejnění v minulosti již opakovaně zabýval, přičemž i v souladu s rozhodovací praxí Soudního dvora (viz např. rozsudky ze dne 10. 3. 1987 ve věci 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 Německo*, 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 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 jednacího 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 jednací 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 břemeno k prokázání naplnění těchto podmínek tíží zadavatele (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2015, č. j. 8 As 149/2014 – 68, ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015 – 95, publ. pod č. 3436/2016 Sb. NSS, či ze dne 1. 11. 2017, č. j. 1 As 242/2017 – 48, dostupné tak jako ostatní zde uvedená rozhodnutí Nejvyššího správního soudu na www.nssoud.cz).

[19] Ochrana výhradních práv, jakožto jeden z důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, připadá v úvahu zejména v situaci, kdy zadavatel získal v minulosti 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 (rozsudek ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 – 53, publ. pod č. 2790/2013 Sb. NSS). Pouhý odkaz zadavatele na dosavadního dodavatele (jeho znalosti a zkušenosti získané právě na základě jejich dosavadní spolupráce) a potřebu zajištění kontinuity poskytovaných IT služeb nemůže bez dalšího obstát jako důvod pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Nejde o technický důvod ani o důvod spočívající v ochraně výhradních práv, ale o důvod spíše organizačně-provozní povahy, jehož akceptace by ve výsledku vedla k nedůvodnému popření soutěžního prostředí (rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 21. 12. 2015, č. j. 30 Af 78/2013 – 148, publ. pod č. 3390/2016 Sb. NSS).

[20] K naplnění podmínek dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách nestačí existence technických, uměleckých či autorskoprávních důvodů, musí být prokázána nezbytnost splnění zakázky pouze určitým dodavatelem, tzv. stav exkluzivity (již zmiňované rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 149/2014 – 68 či č. j. 1 As 256/2015 – 95). Tento stav zároveň nesmí způsobit sám zadavatel: „*Jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity' vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit*“ (již zmiňovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012 – 53, obdobně též již zmiňované rozsudky č. j. 1 As 256/2015 – 95 a č. j. 1 As 242/2017 – 48 či rozsudek ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012 - 54). Jediným možným řešením je zároveň třeba rozumět jediné ekonomicky přijatelné řešení. Zadavatel tedy musí před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv rovněž zvážit, zda nelze existenci výhradních práv za splnění podmínky ekonomické výhodnosti nepoužít nebo rozšířit tak, aby se již nejednalo o práva výhradní. Může tak docílit např. vytvořením nového informačního systému tzv. „na zelené louce“ či odkoupením nebo rozšíření licence takovým způsobem, aby se o veřejnou zakázku mohl ucházet i jiný dodavatel (srov. již citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 149/2014 – 68).

[21] V již zmiňovaném rozsudku č. j. 5 Afs 42/2012 – 53 se Nejvyšší správní soud dále blíže zabýval rozložením důkazního břemene ohledně naplnění podmínek dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Při zadávání veřejných zakázek v oblasti informačních technologií musí zadavatel „*důkladně a objektivně osvědčit, že jsou dány důvody aplikace jednacího řízení bez uveřejnění, a to např. posudkem z oboru IT a oboru práva, tak jak to zadavatel učinil. Zadavatel byl povinen před rozhodnutím, zda lze využít jednací řízení bez uveřejnění, důkladně právně posoudit předchozí zakázku, na kterou se má navazovat, z hlediska autorského práva, povahy licence a technického hlediska. Prokázání existence důvodu pro aplikaci ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona není z obecného hlediska vázáno pouze na předložení listiny ve formě dokladu (např. ochranná známka, užitný vzor, patent, licence), ale tyto objektivní důvody musí skutečně existovat; podmínky pro aplikaci citovaného ustanovení zákona musí být naplněny fakticky.*“ Stav exkluzivity se přitom posuzuje k okamžiku zahájení zadávacího řízení, kdy zadavatel musí nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. Důvody vedoucí zadavatele k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění by proto měly být v dokumentaci o zadání veřejné zakázky náležitým způsobem doloženy (již zmiňovaný rozsudek krajského soudu č. j. 30 Af 78/2013 – 148, obdobně též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 6. 2017, č. j. 2 As 310/2016 - 52). Unese-li zadavatel důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, a správní orgán má stále o naplnění těchto podmínek pochybnosti, je na správním orgánu, aby jejich splnění vyvrátil. Primárně však důkazní břemeno spočívá na zadavateli. K prokázání naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění může zadavatel ve správním řízení kromě zadávací dokumentace navrhovat i další důkazy, např. znalecké posudky.

[22] Ze správního spisu vyplývá, že žalobce ve výzvě k jednacímu řízení bez uveřejnění ze dne 16. 2. 2010 (celá zadávací dokumentace je ve správním spise vedena pod č. l. 1) žádné důvody pro použití daného typu zadávacího řízení nesdělil. V písemné zprávě zadavatele ze dne 2. 3. 2010 zadavatel uvedl, že veřejnou zakázku na provedení programových úprav informačního systému Radnice VERA může realizovat pouze společnost VERA, spol. s. r. o., která je vykonavatelem majetkových práv k autorskému dílu. Zadávací dokumentace dále obsahuje listiny (nedatované a bez označení zpracovatele) nazvané „Specifikace požadavku na realizaci VZ“ a „Konsolidace systémů statutárního města Ostrava – manažerský souhrn“, ze kterých vyplývá, že předmětem veřejné zakázky má být optimalizace počtu provozovaných informačních systémů stěžovatele. Dle listiny „Specifikace požadavku na realizaci VZ“ stěžovatel vlastní licence k modulům systému Radnice VERA, které „*ve svém rozsahu pokrývají komplex požadavků pro podporu výkonu správních a ekonomických činností úřadů*“, přičemž k naplnění cílů veřejné zakázky je třeba „*doplnit pouze specifické části*“. V předmětné listině stěžovatel dále znovu opakuje, že jelikož informační systém Radnice VERA je specializovaný software, je z důvodu ochrany majetkových práv k tomuto autorskému dílu nutné, aby realizaci veřejné zakázky provedla společnost VERA, spol. s. r. o. V listině „Konsolidace systémů statutárního města Ostrava – manažerský souhrn“ se naopak podává, že stěžovatel v době zadávání veřejné zakázky provozoval dva informační systémy; tím druhým byl ekonomický systém GINIS. Zaměstnanci stěžovatele pro konsolidaci informačních systémů proto zvažovali několik variant: vytvořit zcela nový komplexní informační systém, nakoupit nový ekonomický

systém či doplnit stávající informační systém. Průzkumem trhu (aniž by dokumentace obsahovala bližší informace o provedeném průzkumu) bylo shledáno jako nejvýhodnější nahrazení ekonomického systému GINIS zakoupením ekonomických modulů k informačnímu systému Radnice VERA. Zvolené řešení bylo odůvodněno cenou, „*koncepčností řešení*“ a minimalizací rizik spojených s implementací zcela nového řešení. V listině „Konsolidace systémů statutárního města“ stěžovatel zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění odůvodňuje tím, že společnost VERA, spol. s. r. o., je výlučným vlastníkem autorských práv k systému Radnice VERA, optimalizaci systému tak může provést pouze tato společnost. Stěžovatel již v systému Radnice VERA využíval modul spravující příjmovou část ekonomiky stěžovatele, sjednocení příjmové a výdajové části v jednom systému je odůvodněno vzájemnou komunikací a jednotnou datovou základnou, bez nutnosti vytvářet a udržovat vzájemné interakce mezi systémy. K některým modulům (jako např. hřbitovní agenda) měl stěžovatel již licenční oprávnění, moduly však nebyly implementovány. Stěžovatel proto dospěl k závěru, že jelikož se jedná o rozšíření stávajícího provozovaného informačního systému, je možné přistoupit k jednacímu řízení bez uveřejnění.

[23] Ve správním spise je rovněž založený blíže neoznačený dokument, ve kterém se uvádí, že pro naplnění koncepce snížení počtu provozovaných aplikací byl sestaven tým odborníků složený ze zástupců odboru IT služeb a outsourcingu a společnosti OVANET, a. s., v němž byly posouzeny tři možné varianty řešení: rozvoj některého ze stávajících informačních systémů IS Radnice VERA a IS GINIS, implementace nového řešení, vývoj nového řešení „na míru“ NAVISION. Po provedení řady „*prezentací a referenčních návštěv*“ bylo s ohledem na ekonomickou náročnost implementace a vývoje nového řešení a technického a funkčního omezení IS GINIS zvoleno řešení rozvoje stávajícího informačního systému Radnice VERA. Dále je v dokumentu bez bližšího odůvodnění uvedeno, že konsolidací informačního systému dojde k úspoře 5 milionů korun po prvním roce provozu a v následujících letech dosáhne úspora 11 milionů korun ročně. Z dokumentu rovněž plyne, že v rámci konsolidace měl být stávající systém Radnice VERA rozšířen o nové funkce pro plné pokrytí agend: myslivecké a rybářské průkazy, myslivost, dopravní agendy, evidence dopravních a správních přestupků, stavební úřad, speciální stavební úřad vodoprávní, speciální stavební úřad silniční, agendy sociálních dávek a poplatků, ostatní agendy sociální oblasti a agend výdajového účetnictví (rozpočet, závazky, pohledávky, fakturace, pokladna, banka, majetek atd.). Následně bylo však upuštěno od zprovoznění agend výdajového účetnictví a prodloužení smlouvy o komplexní podpoře systému GINIS, neboť stěžovatel ztratil z důvodu ukončení smlouvy se společností GORDIC, spol. s. r. o., právo na užívání ekonomického systému GINIS dříve, než byla dokončena zakázka na konsolidaci IS Radnice VERA.

[24] Správní spis dále obsahuje kromě „Smlouvy na dodávku optimalizace a rozšíření agendového informačního systému IS VERA v rámci konsolidace a rozvoje IS MMO/SMO“ (vč. příloh a dodatků) ze dne 24. 2. 2010 uzavřené mezi stěžovatelem a společností VERA, spol. s. r. o., dopis nazvaný „Ukončení smlouvy jednostranným odstoupením ze strany objednatele“ adresovaný společnosti VERA, spol. s. r. o., a dohodu o narovnání mezi stěžovatelem a společností VERA, spol. s. r. o., ze dne 4. 7. 2012. Správní spis dále obsahuje předmětné zakázce předcházející smlouvy o dílo z období let 2002 až

2009 (jejichž předmětem byly informační podsystémy nazvané: poplatky za komunální odpad a konání voleb, ohlašovna a příjmy na úřadech městských obvodů, matrika, majetek a správní agendy, a dále rozšíření informačního systému Radnice VERA, připojení matriky na centrální evidenci obyvatel a jednotné přihlašování aplikací IS Radnice VERA) a dokument s názvem „Informační strategie města Ostravy na období let 2008 až 2011 zpracovaná společností IT Cluster, o. s.“.

[25] V rámci správního řízení stěžovatel do správního spisu založil jako důkaz seznam legislativních předpisů odůvodňujících nutnost změny (rozšíření) IS Radnice VERA, výpověď smlouvy o komplexní podpoře aplikačních programových produktů a rozvoji systému ze dne 13. 6. 2007 ze strany společnosti GORDIC, spol. s. r. o., seznam obdobných informačních systémů včetně nabídky Marbes Consulting, s. r. o., důvodovou zprávu k různým variantám řešení konsolidace informačního systému ze dne 25. 8. 2009, analýzu duplicit v informačních systémech, smlouvu o komplexní podpoře provozu a užití aplikačně programového vybavení informačního systému Radnice VERA a jeho rozvoji a inovaci (včetně příloh a dodatků) ze dne 5. 6. 2006 uzavřenou mezi stěžovatelem a společností VERA, spol. s. r. o., smlouvu o převedení práv k užívání programového vybavení a poskytování technické podpory ze dne 14. 5. 2002 uzavřenou mezi stěžovatelem a společností VITA software, s. r. o., a časový sled událostí a odůvodnění změn (dodatků) smlouvy. K podanému rozkladu stěžovatel již další důkazy nepřiložil.

[26] Nejvyšší správní soud se zcela ztotožňuje se závěrem krajského soudu, že ani zadávací dokumentace, ani důkazy předložené ve správním řízení neobsahují řádnou právní analýzu licenčních podmínek předchozích smluv uzavřených se společností VERA, spol. s. r. o, ze které by vyplývalo, že společnost VERA, spol. s. r. o., je z důvodu ochrany výhradních práv jediným možným dodavatelem předmětu veřejné zakázky. Stěžovatel pouze na řadě míst bez bližšího odůvodnění (přičemž pouhý odkaz na autorský zákon rozhodně není dostačující) konstatuje, že společnost VERA, spol. s. r. o., je majitelkou výhradních práv k informačnímu systému Radnice VERA. Takovéto konstatování nenaplňuje požadavek na důkladné a objektivní právní posouzení licenčních podmínek a souvisejících autorských práv. Stěžovateli rozhodně nelze přisvědčit, že o otázce autorských práv a rozsahu licenčního oprávnění nebylo z předložených důkazů pochyb či že se dokonce jedná o jakousi notorietu, jak se odkazem na počítačový software Microsoft snaží stěžovatel tvrdit v kasační stížnosti. Nejvyšší správní soud nadto upozorňuje, že přes označení veřejné zakázky a tvrzení stěžovatele ve správním i soudním řízení se v posuzované věci nejednalo o úpravu či prosté rozšíření existujícího softwaru, nýbrž o komplexní konsolidaci informačních systémů stěžovatele, přičemž stěžovatel prostřednictvím informačního systému Radnice VERA spravoval pouze část svých agend (např. moduly pro tak zásadní agendy jako stavební a územní řízení či dopravní přestupky měly být veřejnou zakázkou teprve zavedeny).

[27] Se stěžovatelem nelze souhlasit v tom, že krajský soud nezákonně překročil předmět soudního přezkumu. Krajský soud naopak správně konstatoval, že v řízení sice není sporné, že původní informační systém společnosti VERA, spol. s. r. o., je autorským dílem, ve věci však zcela chybí posouzení, zda by bylo možné realizovat veřejnou zakázku bez využití výhradních autorských práv původního dodavatele. Napadený rozsudek tedy

není zmatečný ani nepřezkoumatelný [§ 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.]. Z napadeného rozsudku rovněž v rozporu s tvrzením stěžovatele neplyne kategorický požadavek na prokazování existence výhradních práv znaleckým posudkem. Krajský soud v napadeném rozsudku dospěl k závěru, že „*žalobce nepředložil jakýkoliv materiál, který by se zabýval otázkou ochrany výhradních, resp. autorských práv v souvislosti s plánovanou veřejnou zakázkou,*“ a že nebyla předložena jakákoliv „*objektivní, na žalobci nezávisle zpracovaná autorskoprávní analýza,*“ přičemž pouhé předložení smluv shledal nedostačujícím. S těmito závěry se Nejvyšší správní soud zcela ztotožňuje. Argumentace stěžovatele brojící proti pojímání znaleckého posudku jako jediného a stěžejního důkazu je nepřípadná, neboť se míjí se závěry v napadeném rozsudku.

[28] Krajský soud ve svém posouzení vycházel z obsahu správního spisu, neprovedení důkazů řádně odůvodnil. V řízení o správním deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tíží důkazní břemeno ohledně naplnění podmínek dle § 23 odst. 4 písm. a) téhož zákona zadavatele. Teprve pokud zadavatel své důkazní břemeno unese a správní orgán má stále o naplnění těchto podmínek pochybnosti, je na správním orgánu, aby jejich splnění vyvrátil. V posuzovaném případě však stěžovatel důkazní břemeno neunesl. Stěžovatel ve svých podáních opakovaně popisoval okolnosti, které vedly k zadání veřejné zakázky. Na podporu zvoleného řešení uváděl důvody spíše organizačně-provozní povahy jako: nutnost zachovat kontinuitu informačního systému (s ohledem na technické vybavení a zkušenosti úředníků s předchozím systémem), údajná ekonomická výhodnost řešení či spory s dodavatelem ekonomického systému GINIS. Žádný z těchto důvodů však není důvodem pro využití jednacího řízení bez uveřejnění. Jak již konstatoval i krajský soud, žádná ze stěžovatelem předkládaných listin ve správním řízení (ani stěžovatelův opakovaný popis okolností vedoucích k zadání veřejné zakázky) neprokázala naplnění požadavku objektivního a důkladného posouzení existence výhradních práv ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách v okamžiku zadání veřejné zakázky. Námitka týkající se nedostatečně zjištěného skutkového stavu [§ 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s.] je proto nedůvodná.

[29] S krajským soudem lze rovněž souhlasit, že teprve po řádném posouzení existence omezení zadavatele ve formě výhradních práv k předchozímu softwaru a vlivu těchto omezení na zadání veřejné zakázky lze přistoupit k posouzení ekonomické únosnosti variant umožňujících nevyužití softwaru, na nějž se tato výhradní práva vztahují (např. zadáním veřejné zakázky na zcela nový informační software). V této věci však nezbytné posouzení chybí, a proto nelze přistoupit k hodnocení důkladnosti a věrohodnosti v zadávací dokumentaci obsažených úvah ekonomických. S ohledem na absenci autorskoprávního posouzení nebylo v této věci předmětem zkoumání ani to, zda byl stav exkluzivity z důvodu ochrany výhradních práv zaviněn stěžovatelem. Krajskému soudu lze proto přisvědčit, že úvahy žalovaného v prvoinstančním rozhodnutí týkající se zavinění stavu exkluzivity ze strany stěžovatele byly nadbytečné. Nejvyšší správní soud proto provedené posouzení nepřezkoumával.

[30] Předmětem řízení bylo, zda stěžovatel prokázal, že z důvodu existence výhradních práv nebylo možné veřejnou zakázku zadat jinému dodavateli než společnosti VERA, spol. s. r. o., a byl proto oprávněn zadat veřejnou zakázku ve zcela výjimečném typu zadávacího

řízení, tj. v jednacím řízení bez uveřejnění. Není na správních orgánech, aby údajnou existenci výhradních práv vyvracely, ani na soudu, aby vysvětloval, jakým jiným způsobem měl stěžovatel postupovat. V tomto ohledu se tak kasační stížnost (i veškerá předcházející podání stěžovatele ve správním i soudním řízení) zcela míjí s podstatou řešeného sporu. S ohledem na výše uvedené dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že stěžovatel důkazní břemeno ohledně naplnění podmínek dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách neunesl, zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění tak bylo nezákonné a skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách naplněna.

[31] Závěrem Nejvyšší správní soud podotýká, že při zadávání veřejných zakázek zadavatel nakládá s veřejnými prostředky, a musí proto postupovat hospodárně, efektivně a účelně a při zachování spravedlivosti tržního prostředí. Přísná pravidla ovládající rozložení důkazního břemene v posuzovaném řízení jsou odůvodněna výjimečností jednacího řízení bez uveřejnění, které hospodářskou soutěž, a tedy i samotnou podstatu práva veřejných zakázek, do určité míry popírá. Mimoto nelze přehlédnout, že stěžovatel je významným subjektem s materiálním zázemím a profesionálním aparátem k tomu, aby bylo zajištěno, že veškeré zákonné podmínky budou řádně dodrženy. Ve správním řízení mu byl dán dostatečný prostor (a byl v tomto směru i poučen) k doplnění důkazů a unesení důkazního břemene.

[32] Námitkou týkající se výše uložené sankce, ve které stěžovatel bez bližšího odůvodnění pouze uvádí, že nesouhlasí s posouzením krajského soudu, se soud pro její obecnost a absenci argumentace nemohl blíže zabývat. Nepřípustná je rovněž námitka týkající se legitimního očekávání stěžovatele v návaznosti na údajnou předchozí praxi žalovaného, neboť ji stěžovatel neuvedl v řízení před krajským soudem, ač tak učinit mohl (§ 104 odst. 4 s. ř. s.).

IV. Závěr a rozhodnutí o nákladech řízení

[33] Nejvyšší správní soud dospěl ze shora uvedených důvodů k závěru, že kasační stížnost není důvodná, a proto ji dle § 110 odst. 1 *in fine* s. ř. s. zamítl.

[34] O náhradě nákladů řízení rozhodl Nejvyšší správní soud v souladu s § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl ve věci úspěch, a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Úspěšný žalovaný vznik nákladů řízení o kasační stížnosti netvrdil a ani ze spisu Nejvyššího správního soudu neplyne, že by mu nějaké náklady nad rámec jeho běžné činnosti vznikly, proto mu právo na jejich náhradu nemohlo být přiznáno.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 28. března 2018

JUDr. Karel Šimka

předseda senátu