



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci

žalobce: **Česká republika – Ministerstvo financí**
sídlem Letenská 15, Praha

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

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného č.j. ÚOHS-R0205/2017/VZ-01535/2018/322/JSu ze dne 17.1.2018

takto:

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

Odůvodnění:

I. Shrnutí podstaty věci

1. Žalobce se podanou žalobou domáhá zrušení rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 17.1.2018, č.j. ÚOHS-R0205/2017/VZ-01535/2018/322/JSu, kterým podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“), zamítl žalobcův rozklad proti prvostupňovému rozhodnutí žalovaného ze dne 20.10.2017, č.j. ÚOHS-S0340/2017/VZ-30691/2017/541/JCh, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), při zadávání veřejné zakázky „Vývoj informačního systému EDS/SMVS“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona; oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 29.10.2012 pod evidenčním číslem zakázky 223702 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 1.11.2012 pod ev. č. 2012/S211-347148.
2. Žalovaný (výrokem I. prvostupňového rozhodnutí) rozhodl o spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že žalobce při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 ZVZ, protože 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) ZVZ, neboť žalobce neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč – SYSCOM SOFTWARE, spol. s r. o. – a zároveň důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil žalobce v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv souvisejících s předmětem plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a žalobce uzavřel dne 22.10.2012 s vybraným uchazečem na plnění veřejné zakázky smlouvu o dílo „Vývoj informačního systému EDS/SMVS č. MF/SY/EDS/I/2012“. Za to (výrokem II. prvostupňového rozhodnutí) byla žalobci uložena pokuta ve výši 405 000 Kč. Nyní napadené druhostupňové rozhodnutí předsedy žalovaného tyto závěry potvrdilo.

II. Shrnutí procesního postojů žalobce

3. Žalobce předně požaduje, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno pro nezákonný postup žalovaného spočívající v zahájení správního řízení v rozporu s § 259 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), na základě podnětu, aniž by byl za podnět uhrazen poplatek; žalovaný se podle § 259 odst. 4 ZZVZ takovým podnětem neměl vůbec zabývat. Pokud k tomu žalovaný uvádí v prvostupňovém rozhodnutí, že řízení bylo zahájeno z vlastní iniciativy, resp. v napadeném rozhodnutí, že žalovaný správní řízení zahájil na základě podání Policie České republiky, jakožto podání, jímž došlo ve smyslu § 159a odst. 1 písm. a) zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), dále jen „trestní řád“, k odevzdání věci žalovanému k projednání, které není podnětem ve smyslu § 259 ZZVZ, žalovaný s tím nesouhlasí a považuje v tomto směru napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné. Uvedeným postupem současně podle názoru žalobce došlo k popření principu legality a enumerace veřejnoprávních pretenzí. Současně žalovaný takovým postupem ignoroval princip zákazu sebeobviňování, který plyne z interpretace čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a svobod.
4. Dále žalobce namítá, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť žalovaný v něm nespécifikoval, v čem spatřuje naplnění skutkové podstaty podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Konkrétně se žalovaný opomenul vypořádat s otázkou, zda údajné porušení ZVZ ze strany žalobce dosahovalo takové intenzity, že bylo způsobilé podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

5. Dále žalobce namítá, že žalovaný v řízení nemohl dovozovat žalobcovo důkazní břemeno; to není v žádném právním předpisu výslovně zakotveno, naopak se vymyká standardnímu pojetí správního trestání, k čemuž žalobce odkazuje na zásadu legality a materiální pravdy, na povinnost zjišťovat veškeré skutečnosti i ve prospěch účastníka řízení a na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 14.1.2014, č.j. 5 As 126/2011-68, a ze dne 30.12.2010, č.j. 4 Ads 44/2010-132. Podle žalobce žalovaný nesprávně posoudil otázku existence obráceného důkazního břemena (jeho přenesení na žalobce) a rezignoval na odpovídající zjištění skutkového stavu. V této souvislosti žalobce poukazuje i na vady výroku I. prvostupňového rozhodnutí, kde žalovaný výslovně neprokázání rozhodných skutečností, resp. splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, zmiňuje, aniž by toto hledisko skutková podstata přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ obsahovala. Takto formulovaný výrok je podle názoru žalobce současně nepřezkoumatelným z časového pohledu, neboť z něj není zřejmé, kdy se žalobce přestupku měl dopustit. Ve vztahu ke tvrzenému obrácení důkazního břemena žalobce dále namítá, že žalovaný jej měl o jeho existenci poučit v oznámení o zahájení správního řízení, což neučinil, a neučinil tak navíc ani následně v průběhu správního řízení.
6. V této souvislosti žalobce namítá i to, že žalovaný nebyl ochoten v řízení akceptovat podklady, doplňující analýzy a posouzení, jež měly podporovat oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění, datované po zahájení zadávacího řízení; zákon žalobci neukládá povinnost disponovat veškerými podklady o oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění již před jeho zahájením. Ve spojení s tím žalobce namítá neprovedení důkazu znaleckým posudkem.
7. Žalobce dále uvádí, že žalovaný dostatečně nerefletoval skutečnost, že původní veřejná zakázka byla zadána v roce 1994, a zcela nepodloženě dovozuje, co mohl nebo nemohl žalobce v roce 1994 vědět o případných budoucích relevantních legislativních změnách.
8. Žalobce konečně namítá nepřezkoumatelnost části napadeného rozhodnutí týkající se odůvodnění výše pokuty a považuje ji za nepřiměřeně vysokou. Současně namítá nezákonnost a nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, jelikož žalovaný nezohlednil pro žalobce příznivější pozdější úpravu ve vztahu k uložené pokutě.
9. Žalobce tedy navrhuje, aby soud napadené rozhodnutí zrušil. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem, i na jednání soudu.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

10. Žalovaný se žalobou nesouhlasí, argumentuje důvody obsaženými v napadeném rozhodnutí a navrhuje, aby soud žalobu jako nedůvodnou zamítl. Taktéž žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před zdejším soudem, i na jednání soudu.

IV. Posouzení věci

11. Žaloba byla podána včas (§ 72 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), žaloba je přípustná (§ 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).
12. Zdejší soud napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného a dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.

IV. a)

13. Nejprve bylo třeba se zabývat relativně oddělitelnou námitkou nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, neboť pouze přezkoumatelné rozhodnutí je způsobilé být předmětem hodnocení z hlediska tvrzených nezákonností a vad řízení.
14. Podle § 68 odst. 3 správního řádu se v odůvodnění rozhodnutí uvedou důvody výroku nebo výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich

hodnocení a při výkladu právních předpisů, a informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí. To žalovaný podle zdejšího soudu v obou postupně vydaných rozhodnutích splnil. Z napadeného rozhodnutí pro zdejší soud především srozumitelně plyne, z jakých podkladů žalovaný vycházel, jak na ně nahlížel i na základě jaké argumentační linie dospěl ke svým závěrům. Přestože úvahy žalovaného ohledně založení stavu vendor lock-in jsou částečně zamlžovány úvahami v tom směru, že žalobce se v tomto stavu nacházel již od roku 1994 (neboť si ve smlouvě ze dne 22.12.1994 mohl sjednat práva, která by jej do tohoto stavu neuvrhla), a poté žalovaný argumentuje tak, že si žalobce mohl taková práva sjednat v rámci zásahů do smluvního instrumentaria z doby od roku 2001 (dne 17.5.2001, kdy došlo ke smluvnímu rozšíření multilicence ISPROFIN), což nikterak nevyvrací argumenty žalobce v tom směru, že původní veřejná zakázka byla zadána v roce 1994, aniž by žalobce mohl v té době cokoli vědět o případných budoucích relevantních legislativních změnách a aniž by stav zadavatelského poznání tehdy žalobce oprávněně vedl k požadavku na získání z dnešního pohledu odpovídajících práv, žalovaný také argumentuje smlouvou ze dne 14.12.2009, jejímž předmětem byl „poprvé“ systém EDS/SMVS a v rámci níž si žalobce taková práva (k tehdy „novému“ modulu EDS/SMVS) do budoucna vymínit mohl. To je argument (nejsrozumitelněji sumarizovaný v bodu 28. napadeného rozhodnutí) přezkoumatelný, věcně reagující na žalobcovu argumentaci vedenou v tom směru, že se ve stavu vendor lock-in nacházel již od roku 1994 a při zadávání nyní posuzované veřejné zakázky „již neměl možnost s tím cokoli učinit“. Správnost takové reakce žalovaného a správnost náhledu žalovaného na podklady, na břemeno jejich předkládání a na posouzení jednotlivých dílčích otázek souvisejících se zadáváním veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění je již věcí posouzení věcné a procesní správnosti postupu žalovaného.

15. Pokud žalobce namítá neposouzení intenzity údajného porušení ZVZ v napadeném rozhodnutí, pak mu zdejší soud dává zapravdu; předseda žalovaného se této otázky v napadeném rozhodnutí vskutku nedotýká ani okrajově. Znakem skutkové podstaty podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ spočívajícím v podstatném ovlivnění nebo možném podstatném ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky se však zabýval žalovaný v bodu 109. – 111. odůvodnění prvostupňového rozhodnutí. Řízení v prvním stupni a řízení o rozkladu tvoří jeden celek (z konstantní judikatury např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27.2.2013, č.j. 6 Ads 134/2012-47) a eventuální mezery v odůvodnění rozhodnutí o rozkladu, které by za jiných okolností mohly způsobovat jeho nepřezkoumatelnost, lze zaplnit argumenty obsaženými již v rozhodnutí prvního stupně (z konstantní judikatury např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31.10.2014, č.j. 6 As 161/2013-25), a to tím spíše v situaci, kdy obě po sobě jdoucí rozhodnutí jsou vystavěna na témže argumentačním základu a opírají se o tentýž skutkový podklad a kdy žalobce prvostupňové závěry žalovaného o naplnění tohoto znaku skutkové podstaty v rozkladu konkrétně nenamítal. O vadu napadeného rozhodnutí tudíž nejde, zdejší soud v tomto směru nedovojuje jeho nepřezkoumatelnost.
16. Žalobce dále namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí z důvodu nezohlednění příznivější pozdější právní úpravy. Ani tu zdejší soud se žalobcem nesouhlasí. Žalovaný se totiž v rámci odůvodnění prvostupňového rozhodnutí zabýval otázkou pozdější příznivější právní úpravy v bodech 107. a 123. a předseda žalovaného v bodu 56. napadeného rozhodnutí na tam uvedené závěry výslovně souhlasně odkazoval. Zda jsou tyto úvahy a závěry zákonné a věcně správné, to je již otázkou meritorního přezkumu.
17. Z uvedených důvodů tedy napadené ani jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí žalovaného nepřezkoumatelným není.

IV. b)

18. Žalobce obšírně zpochybňuje zahájení řízení na základě podnětu, aniž by byl za podnět uhrazen poplatek podle § 259 ZZVZ; to považuje za nezákonnost.

19. Podle § 259 odst. 1 ZZVZ za podání podnětu k zahájení správního řízení z moci úřední žalovaný od toho, kdo podnět podal, vybere poplatek ve výši 10 000 Kč za každou veřejnou zakázku, ve vztahu k jejímuž zadávání je v podnětu uvedeno pochybení. Podle § 259 odst. 3 ZZVZ poplatek je splatný s podáním podnětu na účet žalovaného. Podle § 259 odst. 4 ZZVZ nebyl-li s podáním podnětu poplatek ve lhůtě dle odstavce 3 zaplacen, podnět se nevyřizuje. Podle § 259 odst. 5 ZZVZ se poplatek nevrací. Podle § 259 odst. 6 ZZVZ osvobození od poplatku ani prodloužení lhůty pro zaplacení poplatku není přípustné. Podle § 259 odst. 7 ZZVZ se zákon o správních poplatcích nepoužije.
20. Zdejší soud se k interpretaci a aplikaci § 259 ZZVZ vyjádřil již ve svém rozsudku ze dne 7.6.2017, č.j. 62 A 82/2017-169, v němž dospěl závěru, že „nevyřizováním“ podnětu se nerozumí, že by žalovaný „nemohl“ skutečnosti obsažené v podnětu samostatně či ve spojení s dalšími skutečnostmi zjištěnými v rámci výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek v nejširším smyslu využít v rámci své navazující činnosti, kupř. při úvahách ohledně zahájení řízení z moci úřední. Od tohoto názoru nemá zdejší soud důvod se nyní odchýlovat, tím spíše ne s ohledem na souhlas s uvedeným pohledem vyjádřeným v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 17.1.2019, č.j. 3 As 184/2017-73.
21. „Nevyřízením“ („nevyřizováním“) se tu podle zdejšího soudu tedy nerozumí „zákaz“ zabývat se skutečnostmi, jež jsou v podnětu uvedeny, tj. „zákaz“ zabývat se postupem příslušného zadavatele v rámci příslušné zadávací procedury z moci úřední; „nevyřízení“ („nevyřizování“) podnětu nemůže znamenat, že skutečnosti, na které bylo v podnětu, jenž nebyl „vyřízen“, poukazováno, mají zůstat navždy mimo dohled žalovaného, a to tím spíše ne, bylo-li by z nich skutečně indikováno porušení zadávacích pravidel. Naopak žalovaný je tu právě od toho, aby i sám, nad rámec veškerých návrhů a podnětů, vykonával trvalý a efektivní dozor v oblasti zadávání veřejných zakázek, přitom přijímání podnětů mu výkon této působnosti a pravomoci „jen“ usnadňuje a zefektivňuje. Zpoplatnění podnětů ve smyslu § 259 ZZVZ na povinnostech žalovaného vykonávat efektivní výkon dohledu nad zadáváním veřejných zakázek – i bez podávání podnětů, stejně jako bez placení poplatků za podávané podněty – vůbec nic nemění; žalovaný je tu tedy v oblasti dohledu nad zadáváním veřejných zakázek i po účinnosti § 259 ZZVZ od toho, aby se zabýval veškerými indiciemi ohledně porušení zadávacích pravidel, ať už k příslušným zákonem předvídaným návrhům či ze své úřední povinnosti – a k tomu mu slouží i přijímání podnětů, ať už těch, které má formálně „vyřizovat“ (neboť jsou podány mimo jiné za podmínek stanovených v § 259 ZZVZ), nebo těch, které pro nedodržení pravidel podávaných z § 259 ZZVZ sice formálně „vyřizovat“ nemá, přesto se však mohou stát informačním základem navazujících skutkových zjištění ohledně možného porušení zadávacích pravidel. „Nevyřízením“ (bez splnění poplatkové povinnosti) ve smyslu § 259 odst. 4 ZZVZ se podle zdejšího soudu rozumí postup, v rámci něhož žalovaný nemusí na příslušný podnět reagovat takovým způsobem, jak předvídá § 42 správního řádu. Je-li tedy splněna podmínka hypotézy obsažené v § 259 odst. 4 ZZVZ, tj. nebyl-li s podáním podnětu poplatek zaplacen, „nevyřizuje“ žalovaný takový podnět ve vztahu k jeho podateli. Při splnění podmínky hypotézy obsažené v § 259 odst. 4 ZZVZ tudíž podateli podnětu nevzniká právo na to, aby mu žalovaný sdělil, zda řízení z moci úřední zahájil či zda (a z jakých důvodů) je nezahájil, jak by podateli jinak plynulo z § 42 správního řádu, neboť § 259 odst. 4 ZZVZ je ve vztahu k § 42 správního řádu právní normou speciální. Specialita, aniž by vedle toho musela být aplikace § 42 správního řádu výslovně vyloučena, podle zdejšího soudu tedy fakticky znamená, že žalovaný za splnění podmínky hypotézy § 259 odst. 4 ZZVZ nemá povinnost podnět „přijmout“ a poté s ním nakládat tak, jak předvídá obecná norma obsažená v § 42 správního řádu.
22. Proto z pohledu oprávněnosti žalovaného vést v nyní posuzované věci správní řízení není podstatné, zda „podání“ Policie České republiky k žalovanému bylo „kvalifikovaným“ podáním ve smyslu § 159a odst. 1 písm. a) trestního řádu nebo „pouhým“ podnětem ve smyslu § 259 ZZVZ, neboť žalovaný byl oprávněn zahájit správní řízení z moci úřední. Na uvedeném výkladu

§ 259 ZZVZ ničeho nemění ani žalobcem zmiňované záznamy z jednání Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky dokreslující legislativní genezi předmětného ustanovení ZZVZ či rozhovor s předsedou žalovaného v médiích. Takové materiály mohou za určitých okolností tvořit podpůrné argumenty pro interpretaci či aplikaci právních norem, nicméně v posuzované věci by vedly k absurdním závěrům spočívajícím zejména v přiznání legitimacy „zablokovat“ činnost žalovaného ve vztahu ke konkrétnímu postupu zadavatele podáním podnětu a neuhrazením poplatku.

23. Pokud žalobce spatřuje smysl § 259 ZZVZ v ochraně oprávněných zájmů zadavatelů, jejichž činnost při zadávání veřejných zakázek „nemá být neustále zpochybňována“, pak ani v tomto směru mu zdejší soud nedává za pravdu. Účelem předmětného ustanovení – třebaže má zdejší soud nadále určité pochybnosti ohledně jeho odůvodněnosti, korektnosti a obecné bezvýhradné přijatelnosti – mělo být „od břemenění“ žalovaného a nikoliv zadavatelů od možného přezkumu zadávacích procedur, resp. povinností, které se pro ně z povinných zadávacích procedur vyplývají.
24. Správní řízení tedy bylo zahájeno v souladu s právními předpisy, důkazy v něm shromážděné nelze z důvodu nezákonného zahájení řízení hodnotit jako nezákonné, resp. získané či provedené v rozporu se zákonem, a tudíž nepoužitelné, a napadené rozhodnutí je v tomto ohledu i rozhodnutím přezkoumatelným (předseda žalovaného se rozkladové argumentaci žalobce vztahující se k porušení § 259 ZZVZ srozumitelně vyjádřil v bodech 39. až 41. napadeného rozhodnutí).
25. Pokud žalobce namítá, že se žalovaný v souvislosti s uvedeným postupem – zahájením správního řízení – dopustil porušení zásady zákazu sebeobviňování, ani v tomto ohledu mu zdejší soud za pravdu nedává. Kromě toho, že správní řízení bylo z moci úřední zahájeno zákonně, jak shora uvedeno, zákaz sebeobviňování je konstantně vykládán jako součást práva na spravedlivý proces plynoucí z čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a z čl. 37 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, přitom za porušení zásady zákazu sebeobviňování nelze považovat uložení povinnosti předložit existující listiny, neboť adresátovi povinnosti nic nebrání se v řízení hájit a zpochybnit předložené listiny či význam, který jim správní orgán přiznal (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15.12.2016, č.j. 2 As 254/2016-39, např. nálezy Ústavního soudu ze dne 30.11.2010, sp. zn. Pl. ÚS 30/10). Tím spíše nelze porušení zásady zákazu sebeobviňování dovozovat v situaci, kdy zákon konkrétní osobě – tu žalobci coby zadavateli – výslovně povinnost poskytnout určité listiny – tu dokumentaci o veřejné zakázce – ukládá a její nesplnění označuje za přestupek (§ 120 odst. 1 písm. f/ ZVZ, resp. § 252 ve spojení s § 268 odst. 1 písm. e/ ZZVZ). K žádnému sebeobviňování tudíž žalovaný žalobce nenutil.

IV. c)

26. Žalobce v žalobě dále namítá, že žalovaný v řízení obrátil důkazní břemeno v neprospěch žalobce bez zákonné opory, v rozporu se základními zásadami správního řízení a judikaturou Nejvyššího správního soudu vztahující se k sankčním správním řízením.
27. Zdejší soud k této části žalobní argumentace nutně vychází z toho, že na základě aplikace zásady legality zakotvené v § 2 odst. 1 správního řádu postupuje správní orgán v souladu se zákony a ostatními právními předpisy, jakož i mezinárodními smlouvami, které jsou součástí právního řádu. Podle zásady materiální pravdy (§ 3 správního řádu) nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu. Zvláštní důraz na důkladné zjištění skutkového stavu je pak třeba klást v rámci řízení o potrestání za správní delikt (přestupek) zahajovaného z úřední povinnosti (z konstantní judikatury např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30.12.2010, č.j. 4 Ads 44/2010-132). Je třeba poukázat rovněž na aplikovatelnost zásady vyšetřovací ve smyslu § 50 odst. 3 věty druhé správního řádu, podle níž v řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, je správní

orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena.

28. V řízeních, v nichž má být z moci úřední uložena povinnost (jako je tomu v nyní posuzované věci), která jsou ovládána výlučně zásadou vyšetřovací, je správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena, přičemž je to právě správní orgán, který nese odpovědnost za řádné soustředění podkladů pro rozhodnutí a případně i odpovědnost za nesplnění této povinnosti (z konstantní judikatury např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 30.6.2011, č.j. 2 As 78/2010-49, ze dne 18.1.2018, č.j. 7 Azs 385/2017-29, ze dne 31.7.2007, č.j. 4 Azs 44/2007-124, ze dne 27.12.2011, č.j. 7 As 82/2011-81, ze dne 24.6.2013, č.j. 5 As 160/2012-44, ze dne 7.4.2011, č.j. 5 As 7/2011-48, a ze dne 19.6.2014, č.j. 2 As 52/2013-69). Tuto povinnost však může zvláštní právní úprava ze správního orgánu sejmout tím, že stanoví, že důkazní břemeno ohledně okolností svědčících ve prospěch toho, komu má být povinnost uložena, nese právě tato osoba a nikoli správní orgán (např. § 10 odst. 1 zákona č. 311/2006 Sb., o pohonných hmotách a čerpacích stanicích pohonných hmot a o změně některých souvisejících zákonů). ZVZ ani žádný jiný na věc použitelný právní předpis však nic takového pro řízení před žalovaným nestanoví.
29. Žalovaný – na první pohled odlišně od právě uvedených východisek – v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí zastává názor, že „...*důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na zadavateli, jebož povinností je, aby doložil, že jednací řízení bez uveřejnění bylo v okamžiku zahájení zadávání veřejné zakázky jedinou možnou variantou, a že předmět takto zadané zakázky nemohl být zadán v jiném druhu zadávacího řízení, které je oproti jednacímu řízení bez uveřejnění z podstaty transparentnější. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě správních deliktů leží na správním orgánu, který musí zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na zadavatele. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě zadavatel, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem...*“, k čemuž žalovaný dále dodává, že „...*povinnost zjištění skutkového stavu věci Úřadu se s ohledem na obrácené důkazní břemeno v souvislosti s doložením podmínek opravňujících použití jedacího řízení bez uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda zadavatel toto důkazní břemeno unesl...*“. To žalovaný opírá o rozsudky Soudního dvora Evropské unie a tuzemských správních soudů (především bod 64. prvostupňového rozhodnutí a bod 24. rozhodnutí napadeného).
30. Zdejší soud je s judikaturou Soudního dvora Evropské unie (žalovaným zmiňované rozsudky ze 10.3.1987, C-199/85, ze dne 28.3.1996, C-318/94, ze dne 14.9.2004, C-385/02, ze dne 18.5.1995, C-57/94, a nadto i rozsudky ze dne 17.11.1993, C-71/92, ze dne 10.4.2003, C-20/01, ze dne 10.4.2003, C-28/01) i tuzemských správních soudů (rozsudky zdejšího soudu ze dne 3.10.2013, č.j. 62 Af 48/2012-160, ze dne 13.1.2015, č.j. 62 Af 95/2013-74, ze dne 10.7.2014, č.j. 62 Af 93/2013-34, ze dne 28. 6. 2017, č.j. 31 Af 35/2015-80, a rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25.11.2015, č.j. 3 As 18/2015-32, ze dne 31.8.2015, č.j. 8 As 149/2014-68, a ze dne 11.1.2013, č.j. 5 Afs 42/2012-53), podle nichž důkazní břemeno ohledně existence okolností opravňujících k použití jednacího řízení bez uveřejnění leží na tom, kdo se jich dovolává, dobře seznámen a nemá v nejmenším úmyslu se od této judikatury v nyní posuzované věci jakkoli odchýlovat.
31. Současně však zdejší soud – pokud jde o naplnění právě uvedených východisek – nemůže přehlédnout chronologický vývoj právního názoru žalovaného na tuto otázku. Zdejšímu soudu je z jeho činnosti známo, že žalovaný, který tehdy vycházel v zásadě výhradně z judikatury Soudního dvora Evropské unie, ve svém rozhodnutí ze dne 21.2.2012, č.j. ÚOHS-R215/2011/VZ-3094/2012/310/JSI/ASc, mimo jiné uvedl, že „...*při použití jednacího řízení bez uveřejnění se uplatňují dvě hlavní zásady. Zaprvé nelze právní úpravu jednacího řízení bez uveřejnění vykládat jinak než striktně Zadruhé, je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro jeho použití (tamtéž)...*“. V rozhodnutí ze dne 12.4.2012, č.j. ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé, žalovaný konstatoval, že „...*[j]e na zadavateli, aby prokázal, že objektivně*

neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. V neposlední řadě je zadavatel rovněž povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná...“. V rozhodnutí ze dne 29.9.2016, č.j. ÚOHS-R0064/2016/VZ-39883/2016/323/KKř, již žalovaný zaujal – pole zdejšího soudu – citelně přísnější postoj, když uvedl, že postavení zadavatele „...je v důsledku přesunu důkazního břemene na jeho osobu do jisté míry oslabeno, resp. je mu ztížena obrana před orgánem dohledu. To však ničehož nemění na tom, že k takovému „ztížení“ zadavatele došlo „vědomě“, jako logický následek restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění...“. V naposledy citovaném rozhodnutí žalovaný dále uvedl, že „...[ú]řad přitom zcela jistě není povinen jakkoliv vyvracet tvrzení zadavatele o neporušení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť je to zadavatel, koho stihá povinnost tato tvrzení prokázat, a pokud je není schopen prokázat, pak se má za to, že v souladu se zákonem nepostupoval. Přísnost takové konstrukce je pak mimo jiné dána právě snahou o eliminaci používání tohoto druhu zadávacího řízení, a to v zájmu zachování co nejvíce transparentní hospodářské soutěže...“. Názorová evoluce, jež je patrna z právě uvedených rozhodnutí žalovaného, však nemůže vyústit v názor, že žalovaný může být v jím vedeném řízení zcela pasivní a že se i přes konkrétní tvrzení účastníka správního řízení (zadavatele) a konkrétní důkazní návrhy zadavatelovou situací, v níž jednací řízení bez uveřejnění probíhalo, reálně nemusí zabývat. To by znamenalo popření zásady správního řízení trestní (sankční) povahy, a to bez jakékoli zákonné opory.

32. Řízení o přezkumu úkonů zadavatele spočívajících v zadávání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění má, stejně jako tento druh zadávacího řízení samotný, určitá specifika. Jedním z nich je, že zadavatel může tento druh zadávacího řízení použít pouze v případě, že jsou splněny zákonné podmínky podle § 23 ZVZ, resp. nyní § 63 až 66 ZZVZ, přičemž tyto podmínky musejí být splněny k okamžiku zahájení jednacího řízení bez uveřejnění – jinak by takto zadavatel postupovat nemohl a jinak by o možnosti takto postupovat zadavatel nemohl ani vědět. Postupuje-li zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění, činí tak proto, že má k okamžiku zahájení tohoto zadávacího řízení za postavené najisto, že jsou na jeho straně dány konkrétní specifické důvody (odpovídající právě § 23 ZVZ, resp. nyní § 63 až 66 ZZVZ), jež také zadavatel sám je schopen konkrétně pojmenovat – a to v okamžiku, kdy k jednacímu řízení bez uveřejnění přistoupí, a samozřejmě shodně kdykoli v budoucnu, bude-li třeba volbu jednacího řízení bez uveřejnění obhajovat. Volí-li zadavatel výjimečný postup, jenž spočívá v uzavření smlouvy na veřejnou zakázku bez jakéhokoli nutného uveřejnění (odtud „jednací řízení bez uveřejnění“), to znamená bez reálné možnosti dodavatelů získat povědomí o zadávané veřejné zakázce, je to tedy právě on, kdo musí mít před zahájením takového postupu postaveno najisto, že jsou pro to naplněny konkrétní důvody. „Za zadavatele“ tedy takové důvody vskutku nikdo (ani žalovaný) sám domýšlet nemůže, jednoduše již proto, že konkrétní okolnosti na straně zadavatele zpravidla nemůže znát. Právě tato skutečnost (coby možné specifikum) nachází svůj odraz v konkrétních možnostech aktivity žalovaného ve správním řízení a je také důvodem shora uvedenou judikaturou (unijní i tuzemskou) dovozované povinnosti zadavatele být co do sdělení konkrétních důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění ve vztahu k žalovanému aktivní. Logicky věcně omezené možnosti aktivity žalovaného ohledně odhalování skutečných konkrétních důvodů na straně zadavatele pro použití jednacího řízení bez uveřejnění se však nemohou rovnat absolutní pasivitě.
33. S ohledem na charakter jednacího řízení bez uveřejnění jako jedné z výjimek z jinak povinného použití „otevřenějších“ zadávacích řízení, jak bylo opakovaně dovozeno shora citovanou judikaturou, je na zadavateli, aby v případě zahájení přezkumného řízení žalovanému nejen tvrdil, že podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění byly splněny, nýbrž současně v souladu s § 52 správního řádu důsledně (a při použití jednacího řízení bez uveřejnění o to důsledněji) splnil svoji povinnost označit důkazy na podporu svých tvrzení ohledně oprávněnosti použití

jednacího řízení bez uveřejnění. Na žalovaném pak je, aby tyto důkazy provedl a učinil závěr, zda z takto provedených důkazů naplnění konkrétních důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění v konkrétní zadavatelské situaci plyne či nikoli. Obecná zákonná i judikatorní východiska ohledně povahy a nositele důkazního břemena, resp. zásady vyšetřovací v sankčních správních řízeních, tak nejsou prolamována nikterak principiálně, pouze musí být zohledněno, že žalovaný v přezkumných řízeních týkajících se oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění nemůže rozhodovat o oprávněnosti konkrétních a přesně k proběhlému jednacímu řízení bez uveřejnění se vážících důvodů, aniž by je měl do všech nezbytných detailů od zadavatele předešlé. Logicky pak nemůže žalovaný za zadavatele domýšlet eventuelní další důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, než na které se v dostatečné míře konkrétnosti spolu s označením důkazů na podporu svých tvrzení odvolává sám zadavatel, neboť žalovaný jeho konkrétní zadavatelskou situaci jednoduše nezná. Není tedy možné – a právě takto zdejší soud rozumí shora vyjmenované judikatuře – aby zadavatel, který využil výjimky z jinak „otevřenějších“ druhů zadávacích řízení na základě potenciálního splnění zákonných podmínek pro použití jednacího řízení, v přezkumném řízení žalovanému předložil toliko dokumentaci o veřejné zakázce, případně soubor obecných proklamací ohledně své zadavatelské situace, a ve zbytku byl zcela pasivní s odkazem na potřebu respektu k pravidlům o uplatnění zásady vyšetřovací. Teprve na základě aktivity zadavatele při sdělení konkrétních důvodů, pro které k jednacímu řízení přistoupil, je na žalovaném, aby posoudil, zda byly splněny zákonné podmínky, přičemž splnění zákonných podmínek musí zadavatel nejen tvrdit, nýbrž i v souladu s § 52 správního řádu označit důkazy na podporu svých tvrzení – nemůže tak být pouze pasivní.

34. Z uvedeného tedy zdejší soud dovozuje, že žalovaný nemá povinnost skutečnosti, resp. důvody, které zadavatele opravňovaly k zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, sám vyhledávat – to by bylo v mnoha případech nejen složité, nýbrž mnohdy i nemožné, a mělo by to za následek faktické znemožnění přezkumu zadávání veřejných zakázek prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění. Podle zdejšího soudu se – záměrně zjednodušeně řečeno – může ve vztahu k přezkumu postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění uplatnit konstrukce obdobná jako v případě trestného činu nevedení účetnictvím podle § 254 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku; i v tomto případě musí ten, kdo je k tomu ze zákona povinen, předložit účetnictví, jinak bude shledán vinným ze spáchání trestného činu, aniž by orgány činné v trestním řízení musely účetnictví dohledávat a prokazovat tak jeho neexistenci.
35. Na splnění povinnosti zadavatele konkrétní důvody pro použití jednacího řízení tvrdit a navrhnout důkazy k prokázání těchto tvrzení pak navazuje nutná aktivita žalovaného. Pokud zadavatel v přezkumném řízení splní povinnost uloženou mu § 52 správního řádu a jasně a konkrétně (!) označí důkazy na podporu svých tvrzení o splnění konkrétních (!) podmínek opravňujících jej zadat veřejnou zakázku prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, je jistě na žalovaném, aby označené důkazy provedl a pak je podle své úvahy hodnotil. To respektování zásady vyšetřovací odpovídá. Tyto závěry vyplývají zdejšímu soudu i z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30.5.2014, č.j. 5 Afs 48/2013-272, kde kasační soud konstatoval, že „...*důkazní břemeno splnění zákonných podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění stíhá zadavatele, a orgán dohledu by tak v tomto směru rozhodně neměl akceptovat jeho naprostou důkazní pasivitu (tu v nyní souzené věci zadavateli spravedlivě vytýkat nelze, neboť na jeho popud vypracovaná odborná stanoviska, i přes konstatované nedostatky, svědčí minimálně o snaze důkazní břemeno unést); na druhou stranu ovšem lze připustit, aby orgán dohledu podle potřeby doplnil důkazy sám, a to zejména tam, kde dospěl k důvodným pochybnostem o použitelnosti důkazních prostředků předložených účastníky...*“, a dále pak z rozsudku zdejšího soudu ze dne 28.6.2017, č.j. 31 Af 35/2015-80, kde zdejší soud uvedl, že „...*důkazní břemeno žalovaného stíhá tehdy, pokud chce zpochybnit skutečnosti, u kterých unesl své důkazní břemeno zadavatel...*“.

36. Závěr ohledně „neunesení důkazního břemena“ tak přichází v úvahu toliko v situaci, kdy zadavatel na podporu svých tvrzení ohledně naplnění podmínek opravňujících jej k použití jednacího řízení bez uveřejnění neoznačí žádné konkrétní relevantní důkazy anebo kdy provedením důkazů se tvrzení zadavatele ohledně splnění podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění nepotvrdí.
37. V nyní posuzované věci žalobce k existenci objektivních důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění spočívajících v nutnosti ochrany autorských práv vysvětloval, v jaké situaci se v roce 2012 nacházel a jaké důvody jej k použití jednacího řízení bez uveřejnění vedly (vyjádření ze dne 4.9.2017 a ze dne 12.7.2017), přičemž v „doplnění svého stanoviska a dokumentů“ ze dne 16.6.2017 mimo jiné uvedl, že „*[p]ůvodní smlouva byla uzavřena ještě před platností zákona č. 199/1994 Sb. o zadávání veřejných zakázek. Zákon č. 199/1994 Sb. se nevztahoval ani na uzavření dodatků č. 1 až 8. ... V souvislosti s uzavřením původní Smlouvy o dílo č. MF/SY/I/94 je nutné upozornit na skutečnost, že tehdy platný autorský zákon neobsahoval výslovnou úpravu díla vytvořeného na objednávku s výjimkou úpravy tzv. Smlouvy o vytvoření díla (viz § 27 původního autorského zákona)*“. Ve vztahu k obsahu jednotlivých navazujících dodatků a smluv žalobce dále uvedl, že „*v tomto případě jde pouze o úpravu původního díla – tzn. o zpracování nebo změněnou podobu díla, k němuž svědčila majetková práva výhradně zhotoviteli*“. Žalobce k tomu uzavřel, že „*v roce 1994 prakticky neexistovala legislativa blíže upravující problematiku autorských práv k počítačovým programům. Stejně tak nikdo nemohl tušit, že o deset let později Česká republika vstoupí do Evropské unie a do českého právního řádu bude implementována směrnice v oblasti veřejných zakázek, ke které vznikne judikatura, na niž Úřad pro ochranu hospodářské soutěže nyní odkazuje*“. Žalobce současně údajně nad rámec archivační povinnosti předložil žalovanému v zásadě veškerou relevantní smluvní dokumentaci od roku 1994. K existenci technických důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění žalobce ve „Vyjádření zadavatele – EDS/SMVS“ ze dne 4.9.2017 uvedl, že z dokumentace o veřejné zakázce obsahující písemnou zprávu zadavatele ze dne 31.10.2012 mimo jiné plyne, že „*[p]oskytnutí služeb od jiných dodavatelů by bylo nekompatibilní s již realizovanými pracemi na informačním systému ISPROFIN-EDS/SMVS, který má zadavatel v držení. V případě změny dodavatele by vznikly další a vyšší finanční náklady a dále by vzniklo vysoké riziko nefunkčnosti tohoto systému. Vzhledem ke složitosti tohoto systému a potřebě návaznosti na předchozí vývoj by změna dodavatele vedla k nepřiměřeným technickým obtížím spojeným s realizací tohoto informačního systému*“.
38. Žalovaný ve vztahu k naplnění důvodu pro použití jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany autorských práv uvedl, že „*zde je dán důvod ochrany výhradních práv vybraného uchazeče. Vznik tohoto důvodu, je ovšem přičitatelný obviněnému a tento jeho postup ovšem není možno označit za pouze „nešikovný“. S ohledem na to, že obviněný neunesl na něj alokované důkazní břemeno, a neprokázal opak výše uvedeného, lze seznat, že jeho postup, kdy žádal veřejnou zakázku v JŘBU, již nelze označit za oprávněný*“. K naplnění technických důvodů pak žalovaný již v rámci prvostupňového rozhodnutí mimo jiné konstatoval neunesení důkazního břemena ze strany žalobce, neboť „*tyto technické důvody blíže nespecifikoval, a relevantním způsobem nedoložil, proč jej konkrétní technické důvody opravňují k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění*“.
39. Podstata žalobcovy argumentace, k níž doložil smluvní instrumentarium od období roku 1994, tedy spočívala v tom, že nyní posuzovaná veřejné zakázka (podle žalobce nutně zadávaná v jednacím řízení bez uveřejnění) navazuje na původní smlouvu, která byla uzavřena ještě před účinností vůbec prvního tuzemského zákona upravujícího postupy pro zadávání veřejných zakázek (zákon č. 199/1994 Sb.), a v té době jak zakázkové, tak autorskoprávní zákonodárství vůbec nepředpokládalo, že by odběratelé plnění v postavení žalobce měli (mohli) dovozovat budoucí potíže spojené se stavem tzv. vendor lock-in a že by měli – tak, jak je dnes judikováno – předcházet stavu, v němž jsou nuceni navazující a související plnění poptávat od určitého dodavatele (a proto v jednacím řízení bez uveřejnění). To je podle zdejšího soudu dostatečně konkrétní argumentace ke stavu v roce 1994, nadto doložená smluvní dokumentací, na kterou žalovaný, hodlal-li učinit závěr ohledně neunesení důkazního břemena, musel konkrétně a srozumitelně reagovat protiargumenty, dovozoval-li by předcházející pochybení žalobce, jež

vyústilo v nemožnost nyní postupovat v jednacím řízení bez uveřejnění, k samotnému vzniku smlouvy ze dne 22.12.1994. Takové dřívější pochybení však žalovaný nedovozoval.

40. Žalovaný totiž sice velmi stroze uvedl, že žalobce mohl očekávat budoucí úpravu informačních systémů již v roce 1994, a tedy mohl si ve smlouvě o dílo č. MF/SY/I/94 ze dne 22.12.1994 sjednat práva umožňující předmětné informační systémy upravovat, z toho, že tak žalobce v roce 1994 neučinil, však žalovaný ještě nedovozuje jeho „zavinění“ stavu vendor lock-in (od roku 1994). Žalovaný totiž také dovodil, že žalobce mohl očekávat budoucí úpravu informačních systémů při zásazích do smluvního instrumentaria od roku 2001, a tedy mohl si ve smlouvách č. MF/SY/I/01 a MF/SY/II/01 ze dne 17.5.2001, jejímž předmětem je rozšíření multilicence ISPROFIN, což bylo dle vyjádření žalobce (ze dne 19.7.2017) samostatným informačním systémem, nebo ve smlouvě MF/SY/EDS/II/2009 ze dne 14.12.2009, jejímž předmětem plnění byl vývoj a dodávka systému EDS/SMVS, sjednat práva umožňující předmětné informační systémy upravovat (v době od roku 2001 přitom již bylo právní prostředí odlišné od roku 1994). Pokud jde o smlouvy z roku 2001, tu žalovanému k závěru o tom, že si žalobce mohl sjednat práva umožňující předmětné informační systémy upravovat, chybí jakýkoli konkrétní argument i jakékoli skutkové zjištění; naopak se zdá být logické, že zasahoval-li žalobce v roce 2001 do plnění původně poptávaného v roce 1994, aniž by plnění z roku 2001 vykazovalo jakýkoli znak relativní samostatnosti či oddělitelnosti (nic ve smyslu samostatnosti či oddělitelnosti žalovaný netvrdí, pouze odkazuje na žalobcovu vyjádření, podle něhož jde o „samostatný informační systém“), pak tak žalobce činil za podmínek, jaké byly smlouveny již v roce 1994, a tedy není zřejmé, jak by si reálně mohl odpovídající práva dodatečně vymínit (přinejmenším k tomu žalovaný nic konkrétního neuvádí). Žalovaný však také uvádí, že v roce 2009 byla uzavřena smlouva (ze dne 14.12.2009), jejímž předmětem byl systém (modul) EDS/SMVS „poprvé“, a v tomto období si žalobce mohl odpovídající práva (k EDS/SMVS) vymínit, což však neučinil a což se projevilo ve vztahu k nyní posuzované veřejné zakázce zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění. Jestliže tedy žalovaný dospěl (mimo jiné) k závěru, že žalobce v roce 2009 nesjednal s vybraným uchazečem právo umožňující informační systém EDS/SMVS upravovat, přestože vzhledem k charakteru informačních systémů mohl následnou potřebu úpravy předmětného informačního systému předvídat, ani nepořídil nový informační systém, u kterého by si sjednal možnost úpravy i jinými dodavateli tak, aby byla zachována hospodářská soutěž, jde o úvahu vcelku logickou, kterou žalobce ve správním řízení (ve fázi řízení o rozkladu, když již znal tuto část pohledu žalovaného, neboť ta plynula z prvostupňového rozhodnutí) ani v řízení před zdejší soudem ničím nevyvracel – a to ani co do samostatnosti a oddělitelnosti systému (modulu) EDS/SMVS, ani co do reálné nemožnosti nenavazovat jej na v té době existující informační systém (ať už důvodů technických, právních či ekonomických), ani co do reálné nemožnosti vyhradit si ve smlouvě na systém (modul) EDS/SMVS získání práv, s nimiž by pak žalobce ve vztahu k tomuto systému (modulu) mohl vést otevřenější zadávací řízení.
41. Žalovaný tedy podle zdejšího soudu žalobcovu argumentaci založením stavu vendor lock-in již v roce 1994, „s čímž již žalobce poté nemohl nic učinit“, byť na první pohled plausibilní, vyvrátil tou částí konstrukce, podle které se žalobce mohl vytvoření stavu exkluzivity (jenž se projevil při zadávání nyní posuzované veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění) vyvarovat v rámci kontraktace od období roku 2009, neboť na základě smlouvy ze dne 14.12.2009 č. MF/SY/EDS/II/2009 došlo k dodání systému EDS/SMVS (tedy informačního systému), se kterým právě souvisí nyní (v jednacím řízení bez uveřejnění) zadávaná veřejná zakázka (už je podle zdejšího soudu vcelku vedlejší, že k rozšíření funkcionalit informačního systému směřovaly i smlouvy ze dne 17.2.2011 a ze dne 14.9.2011). Podstatné tedy pro zdejší soud je, že v roce 2009 žalobce poptával „nový“ systém EDS/SMVS, jehož rozšiřování žalobce musel do budoucna rozumně předpokládat. Stav exkluzivity žalovaný spojuje s uzavřením několika smluv, kterými byl výchozí stav měněn (především je přitom podle zdejšího soudu podstatná smlouva z roku 2009), kdy nic nenasvědčovalo tomu, že by tento trend měl ustát, popř. že by to žalobce mohl rozumně

očekávat. Pak tedy vznik stavu exkluzivity žalovaný oprávněně nepřisuzuje postupu žalobce v roce 1994, kdy vskutku zřejmě nikdo nemohl rozumně předvídat budoucí vývoj práva v oblasti zakázkového (i autorskoprávního), nýbrž postupu pozdějšímu (v roce 2009). S tímto závěrem se pak žalobní argumentace mýlí. Argumentace žalobce v průběhu správního řízení ani nyní před soudem nebyla vůbec vedena v tom směru, že by žalobce v roce 2009 nepoptával „nový“ systém EDS/SMVS (ve vztahu k němuž žalovaný dovozuje nutnost předvídat rozšiřování). Žalobce ani žalovanému, ani zdejšímu soudu nepřinesl žádný náznak jasné a konkrétní argumentace v tom směru, že by v roce 2009 byl systém (modul) EDS/SMVS nutně navázán na původní smlouvu z roku 1994 a že tedy má smyslu argumentovat zadavatelským stavem poznání v roce 1994, od něhož by se žalobce již nutně nacházel v nezvratném stavu vendor lock-in. Žalobce ve vztahu k systému (modulu) EDS/SMVS jen tvrdí, že jde o autorské dílo, takže do něj nemůže žalobce sám ani jiný dodavatel zasahovat, přičemž poskytnutí navazujícího plnění od jiných dodavatelů by bylo se systémem EDS/SMVS nekompatibilní, žalovaný však netvrdí opak, jen dovozuje, při jeho poptávce měl žalobce rozumně předvídat potřebu rozšiřování, což neučinil. Žalovaný tedy nedovozuje neprozíravost žalobce v období „před více než 20 lety“ (tedy v roce 1994), což žalobce činí předmětem polemiky, nýbrž „neprozíravost v roce 2009“. Veškeré argumenty žalobce proti pohledu žalovaného byly před zdejším soudem, stejně jako ve správním řízení, vedeny velmi obecně, tj. v tom smyslu, že se stále jednalo o rozšiřování funkcionalit původního systému z roku 1994, a – zjednodušeně řečeno – pokud tomu žalovaný nevěřil, měl si nechat zpracovat znalecký posudek.

42. Bylo-li shora dovozeno, že je to zadavatel (tj. žalobce), kdo musí žalovanému ve správním řízení jasně a konkrétně označit důkazy na podporu svých konkrétních tvrzení, pak nic takového žalobce v posuzované věci – ve vztahu k otázce eventuální nutné návaznosti systému (modulu) EDS/SMVS na původní smlouvu z roku 1994, a tedy k otázce opodstatněnosti argumentace zadavatelským stavem poznání v roce 1994 – neučinil. Nic takového pak žalobce neučinil ani v řízení před zdejším soudem; namísto velmi podrobné a vyčerpávající argumentace, kterou žalobce dovozoval, že žalovaný se neměl věcí vůbec zabývat (tomu žalobce věnoval osm stran textu žaloby) a že to byl žalovaný, kdo nesl důkazní břemeno (tomu žalobce věnoval další více než tři strany textu žaloby), případně nad tuto podrobnou argumentaci, se přímo nabízelo – byl-li by si žalobce skutečně vědom konkrétních argumentů, k jejichž přednesu nedostal dostatečný prostor v řízení před žalovaným – tyto argumenty (byť i mnohem stručnějším, přesto srozumitelným způsobem) jasně a konkrétně přednést. Přestože k tomu žalobce prostor dostal, žádné jasné a konkrétní argumenty nezazněly.
43. Zdejší soud, pokud jde o samotné posouzení naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, resp. nyní § 63 odst. 3 písm. c) a v zásadě i písm. b) ZZVZ, považuje za přiměřené vycházet z toho, že v praxi se mohou objevovat tři základní typové situace, v nichž podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění nebývají materiálně naplněny a v nichž zadavatel není oprávněn zadávat navazující veřejnou zakázku prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění.
44. O první typovou situaci jde tehdy, pokud zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky poruší ZVZ, resp. ZZVZ, v důsledku čehož není možné zadávat navazující veřejnou zakázku v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacích řízení, nýbrž toliko prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění; jde tedy o situaci, kdy nutnost použití jednacího řízení bez uveřejnění je vyvolána předchozím porušením ZVZ (ZZVZ) při zadávání předchozí veřejné zakázky.
45. O druhou typovou situaci jde tehdy, pokud zadavatel stav exkluzivity sám s úmyslem vytvořit podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění vědomě způsobil; jde tedy o situaci, kdy zadavatel si podmínky pro navazující zadávání s využitím výlučně jednacího řízení bez uveřejnění vytvořil právě proto, aby navazující veřejné zakázky mohl zadávat konkrétnímu dodavateli. Není v tomto případě nezbytné, aby o postupu zadavatele v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku bylo žalovaným rozhodnuto coby o porušení zákona.

46. O první ani o druhou typovou situaci se v nyní posuzované věci nejspíše nejedná (a žalovaný nic takového v napadeném rozhodnutí ani nedovodil).
47. 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 zadávacího řízení a naopak podmíní zadávání navazujících veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění 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.
48. Od naposledy uvedené (třetí) typové situace je třeba odlišit takovou 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 uvádí Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 11.1.2013, č.j. 5 Afs 43/2012-54, „...[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 jednacího řízení bez uveřejnění (zjevně je tu podle zdejšího soudu myšleno „bez uveřejnění“) fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software...“. 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) ZVZ, resp. § 63 odst. 3 písm. b) a c) ZZVZ; jednací řízení bez uveřejnění podle těchto ustanovení by se tak mohlo stát reálně vyprázdněnou kategorií, jež by existovala pouze v textu zákona. Podle zdejšího soudu není 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 jednacího řízení bez uveřejnění – v těchto případech je omezení hospodářské soutěže akceptovatelné, a to právě kodifikací možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění ve specifických situacích.
49. V posuzované věci jde tedy o to, zda se žalobce nacházel ve třetí ze shora uvedených typových situací nebo ve čtvrté. Z napadeného rozhodnutí zdejšímu soudu plyne, že žalovaný dovodil, že žalobce se nacházel ve třetí ze shora uvedených typových situací, s čímž zdejší soud s ohledem na shora uvedené souhlasí. Pak tedy obстоjí závěr žalovaného, že se žalobce nenacházel v situaci, v níž by mohl oprávněně použít jednací řízení bez uveřejnění.
50. Zdejší soud nikterak nezpochybňuje smysl žalobní argumentace vedené v tom směru, že podmínkou postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ 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. Zdejší 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 zdejší 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 naprosto jasné, že by vedení jakéhokoli „otevřenějšího“ zadávacího řízení nevyvolalo širší hospodářskou soutěž (o získání veřejné zakázky) ani ekonomicky příznivější výsledek pro zadavatele; právě proto, že objektivně existuje pouze jediný dodavatel. Vše právě 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. Žalovaný však v napadeném rozhodnutí pro zdejší soud vcelku rozumnou a ucelenou argumentací dospěl k závěru, že důvody, v nichž se žalobce před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění v nyní posuzované věci nacházel, jsou (podle žalovaného mimo jiné – podle zdejšího soudu však především – z důvodu postupu žalobce v roce 2009) přičitatelné právě žalobci. Právě proto nemůže obstát žalobcova argumentace objektivní existencí výlučně jediného dodavatele (z důvodu autorskoprávních a technických) pro použití jednacího řízení bez uveřejnění.

IV. d)

51. Pokud jde o námitku žalobce směřující proti vadám výroku I. prvostupňového rozhodnutí, pak mu zdejší soud ani v tomto ohledu nedává za pravdu. Touto žalobní námitkou napadenou částí výroku I. prvostupňového rozhodnutí žalovaný konstatoval, že žalobce „...nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany vyhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč...“. Takto formulovaný výrok obsahuje veškeré zákonem požadované náležitosti výroku o spáchání správního deliktu (přestupku). Uvedení skutečnosti, že účastník řízení (žalobce) ve vztahu k existenci technických důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění neunesl důkazní břemeno, podle zdejšího soudu nepředstavuje ve shora uvedeném kontextu pojetí „důkazního břemena“ žádnou vadu. Vyjadřuje to závěr, podle něhož se účastníkovi řízení (žalobci) nepodařilo úspěšně se dovolat konkrétních důvodů, jež jej k použití jednacího řízení vedly (a jichž se – podle shora uvedené unijní i tuzemské judikatury – musel dovolávat právě on sám).
52. Žalobci nelze přisvědčit ani v tom, že z takto formulovaného výroku není zřejmé, kdy ke spáchání protiprávního jednání došlo, neboť je zřejmé, že se jedná o okamžik zadání předmětné veřejné zakázky – k tomu okamžiku byly podle žalovaného naplněny znaky skutkové podstaty podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.
53. Ani žalobní námitce ohledně absence poučení o „obrácení důkazního břemena“ zdejší soud nemůže přisvědčit, neboť povinnost, která stíhá zadavatele v řízení o přezkumu zadávání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, spočívá v označení důkazů na podporu jeho tvrzení v souladu s § 52 správního řádu, přičemž zákon neukládá správnímu orgánu – tu žalovanému – povinnost účastníka řízení o této skutečnosti poučovat.
54. Žalobce dále namítá, že žalovaný nebyl v rámci přezkumu ochoten akceptovat doplňující znalecký posudek, jenž měl podporovat oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění, avšak byl by datovaný po datu zahájení zadávacího řízení, k čemuž uvádí, že zákon mu neukládá povinnost prokazovat oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění pouze posouzeními učiněnými do data zahájení zadávacího řízení. Nároku žalobce, že neexistuje obecný zákaz argumentovat pro oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění i podklady vzniklémi po zahájení zadávacího řízení, dává zdejší soud za pravdu. Okamžik porízení důkazních prostředků není v tomto smyslu ZZVZ ani jiným zákonem limitován; žalobce byl oprávněn dovolávat se na podporu svého tvrzení ohledně oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění všech údajů a skutečností, které by mohly podle jeho názoru přispět ke zjištění stavu věci. Žalobcem označené důkazy nicméně musely prokazovat splnění zákonných podmínek opravňujících žalobce zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění před zahájením samotného

zadávacího řízení, resp. v okamžiku jeho zahájení. Právě proto, že později pořízenými a žalobcem označenými důkazy mají být prokázány skutečnosti, které musely nastat v minulosti – před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění, resp. v okamžiku jeho zahájení – může být reálná možnost prokázání těchto skutečností pomocí takových důkazů spíše výjimkou, nelze to však a priori považovat za nemožné. Především tato omezená možnost zpětně prokazovat naplnění podmínek, od jejichž naplnění zadavatel odvozoval oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění v době, kdy toto zadávací řízení zahajoval, se vztahuje na expertní (především technické) posudky různého druhu; ty by totiž měl zadavatel primárně pořídit před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění, právě proto, aby na jejich základě mohl kvalifikovaně posoudit, zda jsou zákonné podmínky pro jeho použití naplněny či nikoli. Připustnost důkazů pořízených až po okamžiku zahájení jednacího řízení bez uveřejnění, z nichž mohou plynout skutková zjištění ve prospěch oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, ostatně vyplývá mimo jiné z rozsudku zdejšího soudu ze dne 13.1.2015, č.j. 62 Af 95/2013-74; tam se zdejší soud takovými důkazy zabýval a hodnotil je, aniž by je pokládal za nepřipustné, přitom žalovaný to dobře ví, neboť byl účastníkem uvedeného řízení před zdejším soudem.

55. Žalobce však žádný doplňující znalecký posudek (coby důkazní prostředek, s nímž by se nad rámec shora uvedeného měl žalovaný povinnost vypořádávat) nepředložil, ani neuvedl, k jakým konkrétním argumentům žalobce již předneseným ve správním řízení by se měl ustanovený znalec vyjadřovat; tu je třeba znovu připomenout, že jasné, věcné, srozumitelné a konkrétní důvody, pro které se i po roce 2009 ve vztahu k systému (modulu) EDS/SMVS žalobce nacházel objektivně nutně v situaci, kdy další vývoj systému (modulu) EDS/SMVS nemohl probíhat v otevřenějším druhu zadávacího řízení, žalobce předmětem svých tvrzení neučinil. Přestože zdejší soud nesouhlasí se žalovaným, že by nebylo možno dokazovat listinami vzniklými po zahájení jednacího řízení bez uveřejnění, dokládaly-li by stav, v němž se žalobce nacházel na počátku jednacího řízení bez uveřejnění (dokládaly-li by především důvody, které žalobce k tomuto postupu vedly), je toho názoru, že bylo na žalobci, aby konkrétní důvody vedoucí jej k postupu v jednacím řízení bez uveřejnění žalovanému především sám tvrdil a poté také sám doložil (kupř. i znalecky). Žalobce má povinnost disponovat veškerými podklady, ze kterých (především jemu) bylo patrné, že postup v jednacím řízení bez uveřejnění byl oprávněný, a tedy bylo na něm, aby to osvědčil, kupř. právě znaleckým posudkem (obdobně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11.1.2013, č.j. 5 Afs 42/2012-53). Za shora popsaného stavu nebylo na žalovaném, aby si listiny (kupř. i znalecký posudek) opatroval sám, kupř. aby sám vyvíjel směrem k žalobci aktivitu směřující k tomu, aby je dodatečně předkládal sám žalobce.

IV. e)

56. Pokud žalobce v žalobě (tu již výlučně k samotnému meritornímu posouzení věci) uvádí, že jednotlivé moduly, jakož i celý informační systém EDS/ISPROFIN, resp. SMVS/ISPROFIN, jenž byl proveden na základě původně uzavřené smlouvy o dílo č. MF/SY/I/94 ve znění dodatků a rozšířen na základě uzavřených smluv v období roků 2011 – 2014, je autorským dílem ve smyslu autorského zákona, a z licenčních ujednání obsažených v předmětných smlouvách je patrné, že žalobce nemá oprávnění k užití zdrojových kódů k informačnímu systému EDS/SMVS, což v důsledku znamená, že žalobce nemůže ani prostřednictvím třetích osob zasahovat do tohoto systému bez souhlasu společnosti SYSCOM, což je zásadním východiskem pro zadávání dalších veřejných zakázek souvisejících s tímto systémem, tuto argumentaci založením stavu, v němž se žalobce nyní nacházel, již v období roku 1994, žalovaný věcně správně vypořádal tak, jak je uvedeno v části IV. c) odůvodnění tohoto rozsudku.
57. Žalovaný za situace, kdy žalobce nutnou provázanost systému (modulu) EDS/SMVS s předchozími plněními netvrdil a nedokládal, vycházel z toho, že vznik stavu exkluzivity nepřisuzuje postupu žalobce izolovaně v roce 1994, neboť informační systém vznikl na základě smlouvy, kterou uzavřel žalobce s dodavatelem v roce 2009, a tedy vliv postupu žalobce z období od roku 2009 na zakonzervování faktické závislosti žalobce na dodavateli (tzv. vendor lock-in) ve

vztahu k zadávání veřejných zakázek souvisejících s informačním systémem je mnohem citelnější než jeho původní postup v roce 1994 (ve smlouvě z roku 2009 si mohl žalobce smluvně vymínit možnost úpravy informačního systému nezávisle na dodavateli, a to i za cenu vyšší ceny veřejné zakázky, nebo si mohl zajistit možnost zadat navazující zakázky jiným způsobem než postupem v jednacím řízení bez uveřejnění jiným smluvním ujednáním, například vynucením toho, že vybraný uchazeč poskytne navazujícím dodavatelům za úplatu licenci k úpravě informačního systému). Jestliže z toho žalovaný dovodil, že postup žalobce není postupem pouze „nešikovným“, pak mu dává zdejší soud za pravdu.

58. Ostatně dal-li zdejší soud žalobci i u jednání soudu příležitost, aby osvětlil důvody, pro které ve vztahu k systému (modulu) EDS/SMVS nemohl v roce 2009 vést otevřenější druh zadávacího řízení s možností získání práv, které by žalobci umožnily vést otevřenější druh zadávacího řízení ve vztahu k veřejné zakázce na vývoj tohoto informačního systému v roce 2012, žádné konkrétní důvody žalobce neuvedl.
59. Samo žalobní tvrzení, podle něhož informační systém byl do dnešní podoby vyvíjen více než deset let (když jeho jednotlivé části byly vytvořeny na základě smluv z různého časového období), jednoznačně svědčí o jeho jedinečnosti a složitosti; žalobce však během období, kdy vyvíjel informační systém, tj. jistě i v roce 2009, kdy poptával systém (modul) EDS/SMVS (a sám jej navázal na plnění od roku 1994), objektivně musel seznat, že potřeba jeho vývoje bude přetrvávat i nadále. To ostatně potvrzuje argumentace žalobce, podle které se on sám v průběhu let opakovaně snažil od dodavatele získat rozšíření licence o právo dílo měnit či jinak upravovat, případně nabýt oprávnění k výkonu majetkových práv; nemělo by logiku, aby se žalobce snažil o získání majetkoprávní licence, pokud by nepovažoval za pravděpodobné, že v budoucnu bude nucen informační systém dále rozvíjet.
60. Zdejší soud je toho názoru, 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“. Jestliže by stav vendor lock-in byl 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. rok 1994, jímž argumentuje žalobce), pak by se zdejšímu soudu nejevilo jako zcela spravedlivé přičítat tento stav nyní zadavatelům k tíži, vyjma těch případů, kdy poptávka po nutně navazujících plněních na plnění původní (při jehož kontraktaci byl stav vendor lock-in založen) byla jasně a snadno předvídatelná (byla v podstatě jistá). Založení stavu vendor lock-in v roce 2009 (ve vztahu k plněním navazujícím na systém EDS/SMVS) je však podle zdejšího soudu skutečností, jež už poprávu musí jít z pohledu aktuálních zadávacích procesů k tíži zadavatelů. To je pro zdejší soud nosnou skutečností, která jej v rovině hmotněprávního posouzení věci vede k zamítnutí žaloby.

IV. f)

61. Žalobce také brojí proti výši, samotnému odůvodnění uložené pokuty i nezohlednění zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „přestupkový zákon“), který upravuje proces ukládání pokut s ohledem na zásadu absorpce coby pozdější pro žalobce příznivější právní úpravu, k čemuž odkazuje na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 16.11.2016, č.j. 5 As 104/2013-46, rozsudek téhož soudu ze dne 27.10.2004, č.j. 6 A 126/2002-27, a ze dne 31.5.2007, č.j. 8 Afs 17/2007-135, a rozhodnutí žalovaného ze dne 23.3.2015, č.j. ÚOHS-S1069/2014/VZ-6942/2015/551/OPa.
62. Tvrdí-li žalobce, že žalovaný v rámci trestání absorboval tresty, které v době vydání napadeného rozhodnutí již plynuly z předchozích rozhodnutí žalovaného, a tedy že měl žalovaný porušit zásadu zákazu dvojího trestání za tentýž čin, pokud nyní ukládaný trest fakticky navýšil o ty, které

jsou již pravomocně uloženy, nemá pravdu. Žalovaný se k předchozím trestům vyjadřoval (a zohledňoval je) proto, aby trest ukládaný prvostupňovým rozhodnutím v nyní posuzované věci ani v součtu s již uloženými tresty nepřekročil hranici pro maximální možnou výši uložené pokuty (body 140. a násl. prvostupňového rozhodnutí). K žádnému reálnému sčítání (či jinému navyšování) pokut nedošlo.

63. Se žalobcem zdejší soud nesouhlasí ani v tom ohledu, že by uložená pokuta představovala excesivní vybočení z praxe žalovaného v neprospěch žalobce. Ze samotného porovnávání výše uložených pokut v různých věcech nelze žádné vybočení zpravidla dovozovat, neboť úvaha o výši pokuty je úvahou individuální, jež může být založena i na přesvědčení o správnosti postupného (průběžného) navyšování výše pokut. Dovožovat porušení zásady obdobného zacházení v obdobných věcech výlučně na základě porovnání procentní výše ve vztahu k maximálnímu možnému potrestání zdejší soud nehodlá. Byla-li pokuta uložena ve výši přesahující 400 000 Kč v situaci, kdy horní hranice pokuty přesahovala 3 800 000 Kč a žalobce byl trestán za to, že žádné „otevřené“ zadávací řízení vůbec neproběhlo, pak se žalobce nemůže oprávněně dovolávat příznivějšího zacházení. Nadto žalovaný v bodu 55. napadeného rozhodnutí rekapituluje své rozhodování ve věcech obdobných, z něhož zdejšímu soudu plyne, že k potrestání žalobce v nyní posuzované věci došlo pro něj příznivěji než ve věcech jiných. Že by se nejednalo o věci obdobné, to žalobce nezpochybňuje. Že pokuta není pro žalobce likvidační, je nasnadě.
64. Ani argumentu žalobce, podle něhož žalovaný porušil právo na spravedlivý proces tím, že neprojednal přestupky, za něž byl žalobce již předtím potrestán, společně s přestupkem, který byl předmětem nyní posuzované věci, nedává zdejší soud zapravdu. Především žalovaný přestupkový zákon aplikoval (bod 119. a násl. prvostupňového rozhodnutí) a nevedl-li společné řízení, jeho postup nebyl postupem k tíži žalobce v tom směru, že by došlo ke sčítání (nebo jinému obdobnému navyšování) trestů, jak již shora uvedeno. Pokud jde o aplikaci § 88 odst. 1 přestupkového zákona, tj. důsledky nevedení společného řízení, tu lze poukázat na prejudikaturu k právní úpravě obdobné § 88 odst. 1 přestupkového zákona (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18.6.2009, č.j. 1 As 28/2009-62); tam bylo dovozeno, že porušení § 57 odst. 1 předchozího zákona o přestupcích, který stanovil obdobné pravidlo, které nyní vyplývá z § 88 odst. 1 přestupkového zákona, nelze považovat za takovou vadu řízení, která by mohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí správního orgánu, neboť tam obsažené procesní pravidlo je pouhou procesní cestou vedoucí k dodržení zásady absorpce sbíhajících se přestupků. Nehraje roli, kdy všechny sbíhající se přestupky vyjdou najevo a kdy je o nich vedeno řízení, a tedy pro trestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, nýbrž principiální absorpce. To bylo v nyní posuzované věci dodrženo.
65. Nedovodil-li zdejší soud nepřiměřenost uložené pokuty, tím spíše ji nepovažuje za zjevně nepřiměřenou. Pouze v takovém případě by mohl zdejší soud podle § 78 odst. 2 s.ř.s. přistoupit k in eventum navrhané moderaci. Proto zdejší soud k moderaci nepřistoupil.

IV. g)

66. Zdejší soud proto dospěl k závěru, že žaloba není důvodná. Žalovaný podle zdejšího soudu aplikoval správný právní předpis, v jeho mezích správnou právní normu, přitom pochybení, jež by mělo vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, se nedopustil ani při její aplikaci na zjištěný skutkový stav. Byť zdejší soud nesdílí dílčí závěr žalovaného ohledně doby, z níž mohou pocházet důkazní prostředky, které mohou osvědčovat oprávněnost použití jednacímho řízení bez uveřejnění, tento nedostatek se na zákonnosti napadeného rozhodnutí nakonec nikterak neprojevil. Zdejší soud tak neshledal žádný z uplatněných žalobních bodů důvodným a nad rámec těchto uplatněných žalobních bodů nezjistil žádnou vadu, jež by atakovala zákonnost napadeného rozhodnutí a k níž by musel přihlížet z úřední povinnosti. Proto byla žaloba podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítnuta.

V. Náklady řízení

67. O nákladech řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, a proto mu nenáleží právo na náhradu nákladů řízení, to by náleželo procesně úspěšnému účastníkovi – žalovanému. Zdejší soud však nezjistil, že by žalovanému v souvislosti s řízením vznikly náklady přesahující rámec její běžné úřední činnosti, a proto mu náhrada nákladů řízení nebyla přiznána.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejblíže následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s.ř.s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

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 17. října 2019

David Raus v.r.
předseda senátu

