



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

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

žalobce: **Moravskoslezský kraj**
sídlem 28. října 117, Ostrava
zastoupený advokátem Mgr. Martinem Látalem
sídlem Jakubská 121/1, Brno

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

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 3. 1. 2019, č. j. ÚOHS-R0172/2018/VZ-00026/2018/322/PJe,

takto:

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

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Předmětem projednávané věci je přezkum zákonnosti postupu zadavatele, který pro zadání veřejné zakázky využil jednací řízení bez uveřejnění.

2. Žalobce jako zadavatel odeslal dne 13. 10. 2017 výzvu k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění společnosti NEWPS.CZ s. r. o. za účelem zadání veřejné zakázky „*Správa identity krajské korporace*“. Jejím předmětem bylo rozšíření stávajících prostředků a funkcionalit pro správu identity krajského úřadu s cílem pokrýt veškeré plánované aktivity související s rozvojem sdílených služeb a rozšíření využívání technologie identity management (IDM) v ICT vybraných příspěvkových organizací. Jednací řízení bez uveřejnění bylo využito z důvodu, že žalobce již v tehdejší době využíval systém pro správu identity (IDM) pořízený v rámci projektu e-Government Moravskoslezského kraje a z důvodu ochrany výhradních práv nemohl plnění veřejné zakázky poskytnout jiný dodavatel než stávající dodavatel NEWPS.CZ.
3. Žalovaný dne 16. 4. 2018 provedl kontrolu žalobcova postupu, přičemž v protokolu o kontrole z 1. 8. 2018 uzavřel, že žalobce při zadávání veřejné zakázky postupoval v rozporu s § 63 odst. 3 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv byl podle žalovaného vytvořen žalobcem uzavřením smlouvy o poskytnutí služeb vnitřní integrace úřadu, poskytnutí licencí a zajištění dalších souvisejících služeb ze dne 12. 10. 2012 na plnění veřejné zakázky „*Vnitřní integrace úřadu (Analýza, Identity management, Portál, Integrovaná platforma) II*“. Proti kontrolnímu zjištění podal žalobce námitky, které byly vyřízeny v rámci přestupkového řízení.
4. Rozhodnutím ze dne 12. 10. 2018, č. j. ÚOHS-S0355/2018/VZ-29780/2018/541/AHr, žalovaný konstatoval, že se žalobce dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek tím, že při zadání veřejné zakázky nedodržel pravidla stanovená v § 63 odst. 3 písm. c) zákona a použil jednací řízení bez uveřejnění, aniž byly pro tento postup splněny zákonné podmínky (výrok I.). Za daný přestupek uložil žalobci pokutu ve výši 200 000 Kč (výrok II.) a povinnost uhradit náklady správního řízení ve výši 1000 Kč (výrok III.).
5. Rozklad žalobce předseda žalovaného napadeným rozhodnutím zamítl a rozhodnutí správního orgánu I. stupně potvrdil.

II. Obsah žaloby

6. Žalobce v podané žalobě uvedl, že nezákonnost napadeného rozhodnutí spatřuje v nesprávném posouzení naplnění materiální podmínky užití jednacího řízení bez uveřejnění a v nesprávné aplikaci pravidel o důkazním břemenu. Závěry žalovaného ohledně potřebné formy zavinění jsou nesprávné. Chybně byla posouzena rovněž otázka vytvoření a zavinění důvodů pro využití jednacího řízení bez uveřejnění.
7. Žalovaný v napadeném rozhodnutí konstatoval, že je nutné, aby zadavatel důvod pro použití jednacího řízení bez uveřejnění sám nevytvořil (aby mu nebyl přičitatelný). Tato interpretace podle žalobce odporuje bodu 50 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU. Ta hovoří o přičitatelnosti výlučně v souvislosti s vytvořením mimořádně naléhavých důvodů, pro které není možné uveřejnění; to však nebyl případ žalobce. Podle směrnice je nutno na vytvoření exkluzivity zadavatelem hledět optikou jeho vědomosti o budoucí potřebě zadávacího řízení. Je tak nutné zkoumat, zda zadavatel při odpovědném přístupu mohl předpokládat budoucí potřebu zadávacího řízení a přizpůsobit jí zadávací podmínky.

8. Dostane-li se zadavatel do situace, že veřejnou zakázku může plnit pouze jeden dodavatel, je pro posouzení materiální podmínky nutné určit, zda tento stav zadavatel zavinil. Nikoli každé jednání zadavatele, které vedlo k založení exkluzivity, je jednáním zaviněným. Zadavatel, jemuž licenční oprávnění zabránilo zadat veřejnou zakázku jiné osobě než původnímu dodavateli, může využít jednací řízení bez uveřejnění. K tomu dochází zejména v oblasti informačních technologií. I podle Nejvyššího správního soudu je nutné zvažovat, zda tzv. *vendor lock-in* je zaviněný či pouze nešikovný. Pro zodpovězení této otázky je nutno zvážit, zda si zadavatel v okamžiku přípravy zadávacích podmínek původní veřejné zakázky byl vědom, že v průběhu trvání služeb nastane potřeba modifikace parametrů poskytovaného plnění a zda tomu objektivně mohl přizpůsobit zadávací podmínky.
9. Aby jednání žalobce bylo možné kvalifikovat jako jednání zaviněné, muselo by být prokázáno, že v době uzavření smlouvy o dílo ze dne 12. 10. 2012 mohl vědět, že nastane či může nastat určitá potřeba změny parametrů poskytovaného plnění. Žalovaný v bodě 53 napadeného rozhodnutí uvedl, že žalobce jednal neobezřetně a nezohlednil budoucí potřebu změn poskytnutého informačního systému. Podle žalobce je však předmětná konstrukce nesprávná. V době zadání původní veřejné zakázky nebylo v silách žalobce jakkoli předvídat, že v budoucnu nastane potřeba úpravy licenčních ujednání v souvislosti se sjednáním multilicence k IDM. Úvahy žalovaného o potřebě změn jsou obecné. Dají se aplikovat na jakoukoli potřebu budoucí změny a vedou k absurdnímu závěru, že žalobce měl při stanovení zadávacích podmínek původní veřejné zakázky pamatovat na jakoukoli budoucí hrozbu potřeby změn. Důkazní břemeno k prokázání zavinění zadavatele bylo na žalovaném, ovšem ten jej neunesl.
10. S ohledem na dynamičnost ICT sektoru je nemožné, aby zadavatel předjímal jakékoli možné budoucí úpravy systémů. Takové požadavky by vedly k neúměrnému prodražení pořizovaného řešení. V roce 2012 bylo pořízení multilicence k IDM pro licenční pokrytí všech zaměstnanců příspěvkových organizací kraje naprosto neopodstatněné, neodůvodnitelné a ne hospodárné. Tuto potřebu žalobce nemohl nijak predikovat, neboť v dané době nebyl korporátní přístup při řešení ICT architektury krajských či obecních samospráv zvažován. Změna souvisí s kompletním přenastavením ICT koncepce celé krajské korporace. Žalovaný v bodě 52 rozhodnutí neadekvátně hovoří o riziku zastarání informačního systému či o změnách judikatury. Výše uvedené důvody pro projednávanou věc nejsou relevantní, neboť změna nebyla vyvolána technologickým zastaráním ani změnami v legislativě. V roce 2012 žalobce budoucí rozšíření předmětu plnění nepředvídal, ani předvídat nemohl. Bylo by absurdní, aby si již při uzavírání původní smlouvy vymíňoval multilicenci, pokud její využití nepředpokládal.
11. Podle žalobce jsou pro věc významné závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 Afs 256/2015-95, v němž bylo potvrzeno, že zadavatel vytvoření stavu exkluzivity nezavinil, pokud v době zadání původní veřejné zakázky nic nenasvědčovalo potřebě budoucího rozšíření poptávaného řešení. Nebyla-li potřeba budoucího plnění zadavateli známa v době pořízení původního plnění, nemůže být použití jednacího řízení bez uveřejnění posouzeno jako zaviněné. To plyne rovněž z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015, č. j. 62 Af 112/2013-131. Žalovaný se těmito úvahami žalobce v napadeném rozhodnutí nezabýval, čímž zatížil své rozhodnutí nepřezkoumatelností.
12. Další spornou otázkou je posouzení, koho tíží důkazní břemeno k prokázání materiální podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění. Podle žalobce je na žalovaném, aby prokázal, že zadavatel svým účelovým jednáním způsobil, že veřejná zakázka mohla být

splněna pouze určitým dodavatelem. Oproti tomu žalovaný v bodě 31 napadeného rozhodnutí uvedl, že důkazní břemeno spočívalo na žalobci. Žalobce je přesvědčen, že bylo prokázáno, že jednací řízení bez uveřejnění použil z důvodu existence výhradních práv a že stav exkluzivity nezavinil. Navíc postupoval v souladu se zásadou hospodárnosti.

13. Žalobce tak splnil jak formální, tak materiální podmínku použití jednacího řízení bez uveřejnění, ale rovněž podmínku ekonomické výhodnosti. Znalec Ing. M. S. ve znaleckém posudku z 26. 6. 2017 konstatoval, že pořízení zcela nového jednotného systému na správu identit by nedávalo žádný ekonomický smysl. Totéž vyplynulo rovněž ze Studie proveditelnosti vypracované 1. 7. 2016, která porovnávala náklady rozvoje stávajícího systému s náklady na implementaci nových systémů. Možnost odkoupení či rozšíření licence nebyla možná, neboť stávající dodavatel NEWPS.CZ popřel, že by byl ochoten takto postupovat. Nahrazení stávajícího systému na správu identit by v době udržitelnosti dotačního projektu eGovernment Moravskoslezského kraje znamenalo porušení dotačních podmínek. Ekonomickou výhodnost projektu navíc žalovaný v bodě 46 napadeného rozhodnutí potvrdil.
14. Žalobce proto navrhl, aby soud napadené rozhodnutí předsedy žalovaného, jakož i rozhodnutí správního orgánu I. stupně, zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného

15. Žalovaný nepovažoval námitky uplatněné v žalobě za důvodné. Byl přesvědčen, že určitou potřebu změny původně pořízeného plnění mohl žalobce předvídat již před zadáním původní veřejné zakázky v roce 2012. Orgány územně samosprávných celků by měly průběžně sledovat legislativní proces jak na národní, tak mezinárodní úrovni. Přípravované změny zákona o kybernetické bezpečnosti a nařízení Evropské unie eIDAS byly v obecných rysech známy již v průběhu zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku.
16. Z čl. IX závazného návrhu původní smlouvy na veřejnou zakázku je zřejmé, že žalobce počítal s určitou potřebou budoucích změn původně pořizovaného plnění. Vycházel z toho, že tuto potřebu mohou odůvodnit legislativní změny. Je tak nutné trvat na tom, že žalobce mohl a měl předvídat budoucí potřebu změny původně pořizovaného plnění. V oblasti ICT jsou potřeby změn pořizovaného plnění časté. Používá-li zadavatel počítačový program k plnění veřejných úkolů, je rozumné a obezřetné předpokládat, že v budoucnu vyvstane určitá potřeba jeho změny. I pokud by zadavatel potřebu budoucích změn nepředvídal, předvídat ji měl.
17. K námitce nesprávného použití pojmu přičitatelnosti u naplnění materiální podmínky žalovaný podotkl, že přičitatelnost není nutně spojena s naléhavými důvody, na které pamatuje směrnice. Přičitatelnost konstruuje právo tam, kde vlastní jednání určité osoby nepřipadá v úvahu, tj. zejména u právnických osob. I u zadavatele právnické osoby lze zjednodušeně hovořit o tom, že vytvořil stav exkluzivity. Jednání osob, které za zadavatele jednají, je mu přičitatelné a považuje se za jednání zadavatele samotného. Není tedy pravdou, že by napadené rozhodnutí nesprávně směšovalo pojmy užívané v odůvodnění směrnice.
18. Nesprávné jsou podle žalovaného žalobcovy úvahy, že pro naplnění materiální podmínky je rozhodující pouze vědomé vytvoření stavu exkluzivity. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 256/2015-95 plyne, že stav exkluzivity nesmí zadavatel sám

vytvořit; kritérium vědomosti není relevantní. V nyní posuzovaném případě navíc žalobce vznik stavu exkluzivity sám zavinil. Nebyl tak oprávněn použít jednací řízení bez uveřejnění.

19. Vznik autorskoprávní ochrany není přirozenou součástí předmětu plnění, ale jen jeho právní charakteristikou. Ta navíc podléhá možnosti dispozice smluvních stran. Autorskoprávní ochranu lze omezit sjednáním takových podmínek, které zadavateli umožní do díla zasahovat prostřednictvím třetí osoby. Stav exkluzivity tedy nebyl neoddelitelným důsledkem vzniku autorského díla. Pokud to trh umožňuje, musí zadavatelé při zadávání zakázek na počítačové programy usilovat o sjednání podmínek s výhradou oprávnění zadavatele upravovat dílo prostřednictvím třetích osob. K tomu žalovaný odkázal na zadávací podmínky jiných veřejných zakázek, které s touto možností počítaly.
20. Žalovaný odmítl úvahy žalobce, že v napadeném rozhodnutí chybně konstatoval, že změna nebyla vyvolána technologickým zastaráním informačního systému. Z analýzy z 16. 5. 2017 plyne, že změny vznikly z nové legislativy, z potřeby přípravy pro napojení na Národní autentizační autoritu a identifikaci elektronickými občanskými průkazy či ze zákona o kybernetické bezpečnosti.
21. K podmínce ekonomické výhodnosti žalovaný podotkl, že žalobce neověřil ani nedoložil, zda bylo použití jednacího řízení bez uveřejnění ekonomicky výhodné i v dlouhodobém horizontu. Zadávání navazujících zakázek témuž dodavateli při udržování stavu *vendor lock-in* nemůže být zásadně dlouhodobě ekonomicky výhodné. Měl-li žalobce za to, že je pro něj i z dlouhodobého hlediska výhodnější zadat navazující zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, měl se tím zabývat před zadáním veřejné zakázky a přinést o tom důkaz. Pokud tak neučinil, nelze ani tuto podmínku považovat za splněnou.
22. Námitku nepřezkoumatelnosti žalovaný odmítl. V napadeném rozhodnutí bylo jasně zdůvodněno, že žalobce způsobil stav exkluzivity svým jednáním. Nenaplnění materiální podmínky mohou způsobit všechny stupně zavinění (i nevědomá nedbalost). Bylo rovněž vysvětleno, že žalobce mohl potřebu budoucí změny původního plnění předvídat. Rozhodnutí předsedy žalovaného je založeno na uceleném argumentačním systému, z něhož výslovně nebo implicitně vyplývají odpovědi na žalobcovy námitky.
23. Žalovaný nepožadoval po žalobci, aby předvídal, jaké konkrétní změny poptávaného plnění budou v budoucnu potřeba. Vyžadoval však, aby zadavatel usiloval o vyhrazení takových práv k užití díla, která by mu v budoucnu umožnila zasahovat do plnění zakázky. To platilo tím spíše, jednalo-li se o prostředí dynamicky se rozvíjejících technologií a potřeb zadavatele.
24. K otázce důkazního břemena žalovaný zdůraznil, že to leží primárně na žalobci. Pouze pokud zadavatel své důkazní břemeno unese, je na žalovaném, aby naplnění podmínek vyvrátil. Žalobce v průběhu správního řízení pouze obecně tvrdil, že potřebu budoucích změn původně pořizovaného plnění nemohl předvídat. To se však žalovanému s ohledem na vyvíjející se legislativu a vlastní politické rozhodování zadavatele jeví těžko uvěřitelné. Lehkomyslnost ani neopatrnost zadavatelova postupu nemůže požívat právní ochrany.
25. Navrhl, aby soud žalobu zamítl.

IV. Replika žalobce

26. Žalobce v replice ze dne 26. 8. 2019 setrval na argumentaci uplatněné v žalobě.
27. K argumentaci, že možnost výhrady zásahu do autorského díla je běžná, žalobce doplnil, že v případě softwarového produktu IDM se tak běžně neděje. To doložil reakcemi 7 dodavatelů IDM software na průzkum trhu ze srpna 2018 zpracovaný žalobcem. Žalovaný nijak neposuzoval, zda šlo o software vyvinutý na míru pro potřeby konkrétního zákazníka nebo software dodávaný širšímu spektru zákazníků. IDM představuje software standardně dodávaný širšímu spektru zákazníků, u něhož není obvyklé, aby byla sjednána výhrada možnosti zásahu třetí osoby do autorského díla. Navíc náklady na převzetí a úpravu aplikace třetí strany mohou výrazně převýšit náklady na samotný vývoj nové aplikace. Včlenění podmínky poskytnutí okomentovaného zdrojového kódu ve spojení s možností zásahů třetích stran mohlo některé dodavatele IDM od účasti v původní zakázce odradit.
28. Ekonomickou výhodnost postupu dokládal žalobce znaleckým posudkem. Nesouhlasí s tím, že by se měl zabývat ekonomickou výhodností z dlouhodobého hlediska. Není mu rovněž zřejmé, jak měl žalobce či znalec zohlednit dlouhodobé hledisko při posuzování výhodnosti jednotlivých do úvahu přicházejících variant řešení. Uvedené hledisko by bylo možné uplatňovat maximálně zpětně při každém dalším využití jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž by byly zohledněny rovněž finanční prostředky vynaložené v rámci předchozích jednacích řízení bez uveřejnění.
29. Argumentace žalovaného, že požadavky budoucí legislativy bylo možné zohlednit již v rámci původní zakázky, se objevila poprvé až ve vyjádření k žalobě. Z existence věcného záměru zákona, resp. z postoupení návrhu nařízení Evropskému parlamentu nebylo možné seznat, že v budoucnu nastane potřeba úpravy pořizovaného software. Lhůta pro podání nabídek uplynula v květnu 2012, proto by dané požadavky ani nebylo možné do zadávacích podmínek původní zakázky zpracovat. Navíc by bylo absurdní domýšlet před skončením legislativního procesu finální znění právní normy. Zadávací řízení původní veřejné zakázky navazovalo na veřejnou zakázku, jejíž zadávací řízení bylo zrušeno z důvodu vyloučení všech uchazečů. Žalobce se tak v rámci dotačního projektu dostal do časové tísně.

V. Ústní jednání

30. Při ústním jednání dne 18. 2. 2021 účastníci setrvali na argumentaci uplatněné ve svých předchozích procesních podáních.
31. Zástupce žalobce uvedl, že byla naplněna materiální i formální podmínka použití jednacího řízení bez uveřejnění. Účelovost postupu zadavatele nebyla prokázána. Zadávací podmínky původní veřejné zakázky byly koncipovány s ohledem na tehdejší dobu, v níž nutnost rozšíření IDM nebyla předvídatelná. Požadavek na poskytnutí zdrojových kódů by znamenal navýšení ceny. Změna nastala až s přijetím Strategie 2014, která počítala s podporou sdílených služeb na úrovni celokrajské korporace. Na jejím základě byla pořizena multilicence a upraveny dílčí funkcionality. Z průzkumu trhu plyne, že pouze dva z oslovených dodavatelů by byli ochotni účastnit se výběrového řízení, pokud by si zadavatel vyhradil možnost zásahů do zdrojového kódu. Striktní výklad žalovaného v praxi znemožňuje použití jednacího řízení bez uveřejnění.

32. Zástupkyně žalovaného shrnula, že pro naplnění materiální podmínky není nutný úmysl, postačuje pouze nedbalostní jednání. Zadavatel si měl v době zadání původní veřejné zakázky uvědomit možnost dodatečné práce s licencí, která vznikla. Důkazní břemeno ohledně naplnění podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění leželo na žalobci. Změnu strategie přijal sám zadavatel. Žalovaný v napadeném rozhodnutí vysvětlil, že licenční podmínky měly být nastaveny tak, aby do nich mohly zasahovat třetí osoby. Pro přičitatelnost jednání zadavateli postačí zavinění formou vědomé nedbalosti.
33. Soud konstatoval obsah soudního a správního spisu a provedl dokazování listinami zachycujícími průzkum trhu ohledně způsobu pořízení a licencování IDM, který provedl žalobce v srpnu 2018 u sedmi dodavatelů. V něm dodavatelé CDL SYSTEM a. s., MARBES CONSULTING s. r. o., NEWPS.CZ s. r. o., KPCS CZ, s. r. o., MicroFocus, TESCO SW a. s. a AutoCont CZ a. s. odpovídali na 4 otázky formulované zadavatelem: 1) zda by se účastnili veřejné zakázky na vytvoření IDM, pokud by dodavatel požadoval od dodavatele poskytnutí výhradního oprávnění k užití díla včetně výhrady zajišťovat rozvoj systému vlastními kapacitami či třetí osobou, 2) zda by se účastnili dané zakázky, pokud by zadavatel požadoval časově neomezenou multilicenci, 3) zda by se zakázky účastnili i v případě, že by zadavatel požadoval poskytnutí zdrojových kódů a dokumentace, 4) zda by byli schopni převzít ke správě a dalšímu rozvoji IDM třetí strany, pokud by měli k dispozici zdrojové kódy a dokumentaci. Z provedeného šetření plyne, že za určitých podmínek by bylo schopno poskytnout výhradní oprávnění k užití díla zadavateli 5 dodavatelů (Marbes Consulting, NEWPS.CZ, KPCS CZ, TESCO SW a AutoCont CZ) a časově neomezenou multilicenci 4 dodavatelé (Marbes Consulting, NEWPS.CZ, TESCO SW a AutoCont CZ). Ochotu poskytnout zdrojové kódy deklarovali 3 dodavatelé (Marbes Consulting, NEWPS.CZ a TESCO SW) a ochotu převzít ke správě IDM třetí strany 2 dodavatelé (NEWPS.CZ a KPCS CZ).

VI. Posouzení věci soudem

34. Soud přezkoumal rozhodnutí předsedy žalovaného v mezích uplatněných žalobních bodů. Ověřil přitom, zda rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti, a vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodnutí předsedy žalovaného.
35. Dospěl k závěru, že **žaloba není důvodná**.
36. Soud se nejprve zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí [bod VI. A) rozsudku]. Poté řešil námitku nesprávného posouzení rozložení důkazního břemena a nesprávného posouzení naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění [bod VI. B) rozsudku] a námitku ekonomické výhodnosti zvoleného řešení [bod VI. C) rozsudku].

VI. A) Námitka nepřezkoumatelnosti

37. Žalobce v podané žalobě uváděl, že předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí dostatečně nereagoval na judikaturu uváděnou v rozkladu vztahující se k předvídatelnosti budoucí potřeby rozšířit plnění.

38. Soud s odkazem na bohatou judikaturu Nejvyššího správního soudu shrnuje, že nepřezkoumatelnost správního rozhodnutí pro nedostatek důvodů musí být vykládána ve svém skutečném smyslu, tj. jako nemožnost přezkoumat určité rozhodnutí pro nemožnost zjistit v něm jeho obsah nebo důvody, pro které bylo vydáno (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 2. 2008, č. j. 7 Afs 212/2006-76, publikované pod č. 1566/2008 Sb. NSS, nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005-44, publikovaný pod č. 689/2005 Sb. NSS). Není přípustné institut nepřezkoumatelnosti rozšiřovat a vztáhnout jej i na případy, kdy se správní orgán podstatou námitky účastníka řízení řádně zabývá a vysvětlí, proč nepovažuje argumentaci účastníka správnou, byť výslovně v odůvodnění rozhodnutí nereaguje na všechny myslitelné aspekty vznesené námitky a dopustí se dílčího nedostatku odůvodnění.
39. Předseda žalovaného se v napadeném rozhodnutí věnoval všem námitkám uplatněným v rozkladu. K námitce naplnění materiální podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění uvedl, že ve smlouvě o dílo z 12. 10. 2012 absentuje ujednání o oprávnění žalobce zasahovat do počítačového programu, které by mu umožnilo zadávat navazující veřejné zakázky otevřenějšími formami zadávacího řízení. Vznik exkluzivity tak byl podle předsedy žalovaného přičitatelný žalobci, neboť ten u zakázky na informační systémy měl rozumně očekávat, že systém zastará či se ukáže nedostačující pro potřeby zadavatele. Pokud zadavatel dané eventuality nepředpokládal, nejednal obezřetně. Doplnil, že žalobce ani ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 256/2015-95 neučinil vše, aby zabránil sjednání nevýhodných licenčních podmínek (viz body 40 – 55 rozhodnutí).
40. Na základě výše uvedeného je soud přesvědčen, že žalovaný v napadeném rozhodnutí jasně vyložil, z jakých důvodů nepovažuje materiální podmínku pro použití jednacího řízení bez uveřejnění za naplněnou, resp. proč lze jednání zadavatele při zadání původní veřejné zakázky kvalifikovat jako neobežřetné, resp. zaviněné. V odůvodnění rozhodnutí pracoval předseda žalovaného i s judikaturou zmiňovanou žalobcem, ovšem vyvodil z ní opačné závěry. To však nesvědčí o nedostatcích odůvodnění, ale o odlišné interpretaci závěrů vyplývajících ze zmiňované judikatury. Posouzením této otázky se soud zabýval v bodě VI. B) rozsudku.
41. Soud proto uzavírá, že závěry předsedy žalovaného o nenaplnění materiální podmínky, resp. o přičitatelnosti vytvoření stavu exkluzivity zadavateli jsou v napadeném rozhodnutí přesvědčivým a přezkoumatelným způsobem odůvodněny a odpovídají pravidlům logického usuzování.
42. Námitka tak není důvodná.
- VI. B) Námitka nesprávného posouzení naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění*
43. Dále žalobce uplatnil námitku nesprávného posouzení naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění a s tím spojenou námitku nesprávného posouzení otázky rozložení důkazního břemena.
44. Z § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek vyplývá, že *zadavatel se dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit*

výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.

45. Podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek *zadavatel může použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví.* Odstavec 4 citovaného ustanovení pak doplňuje, že *podmínky podle odstavce 3 písm. b) a c) jsou splněny pouze v takovém případě, že nelze využít jiného postupu a že zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.*

VI. B. 1. K rozložení důkazního břemena

46. Otázka, na kom spočívá důkazní břemeno prokázat naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, byla podrobně řešena v judikatuře Soudního dvora Evropské unie (např. rozsudky ze dne 14. 9. 2001, C-385/02, *Komise proti Itálii*, nebo ze dne 18. 5. 1995, C-57/94, *Komise proti Itálii*, a ze dne 28. 3. 1996, C-318/94, *Komise proti Německu*) i v judikatuře tuzemských správních soudů (např. rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 10. 7. 2014, č. j. 62 Af 93/2013-34, 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, ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53, nebo ze dne 28. 3. 2018, č. j. 2 As 292/2017-34). Podle jejích závěrů výjimky z jinak přísnějších pravidel pro zadávání veřejných zakázek [typicky použití jednacího řízení bez uveřejnění namísto použití otevřenějších zadávacích postupů umožňujících širší a efektivnější soutěž o veřejnou zakázku], musí být vykládány restriktivně. V řízení o správním deliktu podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek tíží důkazní břemeno ohledně existence okolností opravňujících zadavatele k použití jednacího řízení bez uveřejnění toho, kdo se jich dovolává, tj. zadavatele.
47. Podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění přitom musí být splněny k okamžiku zahájení jednacího řízení bez uveřejnění. Za zadavatele takové důvody nikdo domýšlet nemůže, neboť specifické okolnosti odůvodňující zadání veřejné zakázky v tomto výjimečném typu zadávacího řízení budou zpravidla známy jen samotnému zadavateli. Na důkazní povinnost zadavatele tvrdit a navrhnout důkazy k prokázání jeho tvrzení navazuje aktivita žalovaného směřující k řádnému zjištění skutkového stavu věci (viz rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 17. 10. 2019, č. j. 62 Af 30/2018-101, ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015-80, nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 5. 2014, č. j. 5 Afs 48/2013-272).
48. Závěr o neunesení důkazního břemena tak přichází v úvahu toliko v případě, že zadavatel na podporu svých tvrzení ohledně naplnění podmínek opravňujících jej k použití jednacího řízení bez uveřejnění neoznačí žádné konkrétní relevantní důkazy, anebo pokud se provedením důkazů tvrzení zadavatele ohledně splnění podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění nepotvrdí. Tato východiska správní orgány v dané věci respektovaly.
49. V dané věci nejsou předmětem sporu samotná pravidla o rozložení důkazního břemena k prokázání podmínek pro užití jednacího řízení bez uveřejnění, ale spíše závěry žalovaného o tom, že žalobce důkazní břemeno neunesl, neboť neprokázal, že při uzavírání smlouvy na původní veřejnou zakázku jednal dostatečně obezřetně. Žalobce je totiž přesvědčen, že existenci podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění prokázal, vznik exkluzivity mu nelze přičítat, neboť při zadání původní veřejné zakázky postupoval s péčí řádného hospodáře a stav uzamčení byl pouze nevyhnutelným

důsledkem předmětu plnění původní veřejné zakázky. Otázkou, zda v projednávané věci naplněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, se soud zabýval v následující části rozsudku.

50. Námitka nesprávného posouzení rozložení důkazního břemene není důvodná.

VI. B. 2. K naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění

51. Dále soud hodnotil, zda v projednávané věci obстоjí závěry žalovaného, že nebyly naplněny podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, zejm. podmínka přičitatelnosti vzniku exkluzivity zadavateli.
52. Ze správního spisu vyplývají následující skutečnosti.
53. V původní veřejné zakázce z roku 2012 zadavatel požadoval služby „*Vnitřní integrace úřadu (Analýza, Identity management, Portál, Integrovaná platforma) II*“. Účelem zakázky bylo „*provedení vnitřní integrace úřadu z hlediska podpory informatickými činnostmi a tím zefektivnění běhu agend a usnadnění občanům komunikace s úřadem v rámci projektu eGovernment Moravskoslezského kraje spolufinancovaného z programu Zavádění ICT v územní veřejné správě, oblast podpory Zavádění ICT v územní správě*“ (viz bod 2.1 zadávací dokumentace). Předmětem plnění byla v první fázi analýza současného stavu systému řízení úřadu a současného stavu rozvoje ICT systémů, vytvoření jednotné správy uživatelských účtů (Identity Management), nastavení systému jednotného přihlášení a integrační platformy včetně Facility Managementu. Součástí předmětu plnění bylo rovněž poskytování servisní a záruční technické podpory (viz bod 2.4 zadávací dokumentace). Z přílohy smlouvy o dílo č. 1 Technická specifikace, kapitola 2 Identity Management plyne, že IDM měl umožnit oddělenou správu interních a externích uživatelů. Mezi interní uživatele spadali zaměstnanci úřadu a mezi externí např. příspěvkové organizace a jejich útvary, obce atd. Bylo pracováno s tím, že počty interních zaměstnanců činí 750 a externích uživatelů 4530; tomu byl přizpůsoben počet licencí (v podrobnostech viz body 41 - 47 rozhodnutí správního orgánu I. stupně). Potřeby původní veřejné zakázky vycházely ze Strategie eGovernment služeb v Moravskoslezském kraji z roku 2010 (dále též „Strategie 2010“). V podmínkách smlouvy o dílo bylo ujednáno, že zadavatel přijme nevýhradní oprávnění k užití software dodávaného jako součást díla (viz čl. IX smlouvy). Smlouva byla uzavřena na dobu určitou, a to na období sedmi let od skončení realizační fáze, jejíž ukončení bylo předpokládáno do 31. 10. 2014 (čl. III a XVI smlouvy).
54. V roce 2014 byla vytvořena „Strategie krajského úřadu Moravskoslezského kraje do roku 2020“ (dále též „Strategie 2014“), která směřovala k dosažení jednotné celokrajské architektury informačních a komunikačních technologií. Dílčím cílem bylo přijetí jednotných zásad řízení informačních a komunikačních technologií krajského úřadu a příspěvkových organizací jako korporace, rozvoj projektového řízení, řízení bezpečnosti a aktualizace koncepce rozvoje informačních a komunikačních technologií.
55. Dne 4. 11. 2016 byl vytvořen dokument „Vybrané pohledy korporátní architektury MSK“, jehož účelem byl návrh architektury ICT kraje zahrnující krajský úřad i příspěvkové organizace Moravskoslezského kraje. Podle předmětného projektu mělo dojít k jednotnému ICT systému na úrovni krajské korporace.
56. Před zahájením zadávacího řízení na nyní posuzovanou veřejnou zakázku zpracoval zadavatel dne 16. 5. 2017 „Analýzu způsobu zadávacího řízení veřejné zakázky Správa identit krajské korporace“. Z ní vyplývá, že po roce 2010 vznikly nové požadavky: kraj

začal poskytovat sdílené služby pro své zřizované organizace a obce v kraji. Došlo k nárůstu počtu uživatelů, které bylo nutné spravovat (16 tisíc uživatelů zaměstnanců příspěvkových organizací a 10 tisíc uživatelů obcí). Identity zaměstnanců z organizací kraje bylo nutné řídit ze sdílené personalistiky. Došlo k posunu v technologiích provozovaných velkými organizacemi kraje (zejm. v nemocnicích), v důsledku čehož vznikl požadavek na vlastní lokální IDM těchto organizací navázaný na IDM kraje. Bylo rovněž nutné zapracovat požadavky nové legislativy týkající se nařízení eIDAS a zákona o kybernetické bezpečnosti. V analýze bylo rovněž zmíněno, že současný IDM se až do 31. 5. 2000 nachází ve fázi udržitelnosti a po tuto dobu jej nelze vyřadit z provozu ani nahradit jiným systémem. Stávající dodavatel NEWPS.CZ v prohlášení ze dne 13. 6. 2016 potvrdil, že není ochoten zpřístupnit zdrojové kódy současného řešení, deklaroval, že je výhradním správcem autorských práv k dílu, a doplnil, že součástí dodávky nebylo veřejné rozhraní umožňující integraci třetími stranami. Dalším důvodem pro zahájení jednacího řízení bez uveřejnění byly podle analýzy finanční aspekty rozšíření počtu licencí a funkcionalit správy identit kraje. Odkázáno bylo na Studii proveditelnosti, v níž se zadavatel zabýval i alternativními variantami rozvoje, přičemž varianta rozvoje současného IDM vycházela finančně nejvýhodněji.

57. Rovněž znalec Ing. M. S. ve znaleckém posudku z 26. 6. 2017 potvrdil, že stávající řešení správy identit nelze rozšířit jiným než stávajícím dodavatelem. Jiný postup by podle znalce byl finančně náročnější a v rozporu s podmínkami udržitelnosti.
58. Zadavatel proto dne 24. 11. 2017 uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek „Oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante“, v němž bylo vysvětleno, že pro zadání veřejné zakázky „Správa identit krajské korporace“ bylo využito jednací řízení bez uveřejnění. Dne 28. 12. 2017 zadavatel uzavřel se stávajícím dodavatelem NEWPS.CZ smlouvu o dílo na plnění předmětné veřejné zakázky. Jejím předmětem bylo *„rozšíření stávajících prostředků a funkcionalit systému pro správu identit Krajského úřadu Moravskoslezského kraje tak, aby byly pokryty veškeré plánované aktivity související s rozvojem sdílených služeb a rozšířit využívání technologie identity managementu (IDM) v ICT vybraných příspěvkových organizacích Moravskoslezského kraje (lokální IDM, integrace významných systémů organizace, napojení na Active Directory, bezpečná autentizace, synchronizace s JIP, podpora eIDAS atd.“* (viz čl. III. 1 smlouvy o dílo). Účelem smlouvy bylo podpořit centralizaci a standardizaci správy identit pro krajský úřad a příspěvkové organizace kraje (bod II. 7 smlouvy). Podle čl. III bod 2.1 smlouvy zahrnovala realizace díla 12 částí: rozšíření stávajících licencí na geografickou multilicenci, analýzu a prováděcí návrh úprav a rozvoje systému správy identit, úpravu portálu samoobslužného řešení, rozšíření IDM modulu o workflow modul, systém zasílání logů do SIEM, typovou instalaci a konfiguraci otevřeného vzorového konektoru, specifikaci integračního rozhraní pro integraci aplikací, úpravu systému rolí, škálování AGW pro vyšší výkon a dostupnost, vývoj autentizační metody podle specifikace eIDAS do AGW, vytvoření testovacího prostředí, customizaci auditních reportů. Zadavatel konstatoval, že v dané době se počet licencí pohyboval na úrovni 40 tisíc uživatelů, proto požadoval povýšit současnou licenci systému pro správu identit na časově neomezenou multilicenci pro neomezený počet uživatelů geograficky vázaných na Moravskoslezský kraj a 1000 doplňkových časově neomezených licencí pro uživatele externích organizací. Bylo rovněž ujednáno, že zadavatel přijme nevýhradní oprávnění k užití software dodávaného jako součást díla. Celková nabídková cena činila 13 673 251,56 Kč za realizaci a rutinní provoz po dobu 5 let (viz příloha č. 3 smlouvy).

59. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí shledal, že nebyly naplněny podmínky pro zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek. Formální podmínku (existenci autorskoprávní ochrany) shledal naplněnou s přihlédnutím k prohlášení stávajícího dodavatele z 13. 6. 2016 i k obsahu smlouvy z 12. 10. 2012. Co se týče materiální podmínky, tu žalovaný nepovažoval za splněnou. Měl za to, že zadavatel při zadání původní veřejné zakázky mohl a měl předpokládat potřebu budoucího plnění. Stav exkluzivity si tak zadavatel podle správního orgánu I. stupně zavinil sám tím, že při zadání původní veřejné zakázky nezohlednil budoucí vývoj v dynamicky se rozvíjející oblasti ICT a nepřizpůsobil mu smluvní podmínky původní veřejné zakázky (viz bod 82 a 83 rozhodnutí). Postup zadavatele přitom podle žalovaného mohl mít vliv na hospodářskou soutěž.
60. Předseda žalovaného závěry správního orgánu I. stupně potvrdil. V bodě 35 rozhodnutí o rozkladu shrnul, že použití jednacím řízení bez uveřejnění je možné za kumulativního splnění formální podmínky (tj. naplnění důvodů, pro které je použití tohoto druhu zadávacího řízení zákonem povoleno), materiální podmínky (tj. požadavku, aby zadavatel zákonný důvod použití jednacím řízení bez uveřejnění sám nevytvořil) a podmínky ekonomické výhodnosti; ty přitom podle žalovaného musí být naplněny současně. Formální podmínku považoval žalovaný za splněnou. Nebylo pochyb o tom, že zakázka mohla být splněna pouze stávajícím dodavatelem NEWPS.CZ, neboť původní veřejnou zakázkou (smlouvou z 12. 10. 2012) se žalobce zavázal, že nebude zasahovat do systému IDM v rozsahu předmětu studie proveditelnosti, a že takový zásah neumožní ani osobě odlišné od vybraného dodavatele, který je výhradním vlastníkem licenčních práv na tento systém a s ním spojeného know-how. Pouze stávající dodavatel tak byl oprávněn předmět plnění původní veřejné zakázky v budoucnu rozšiřovat. K naplnění materiální podmínky však podle předsedy žalovaného nedošlo. Formální zákonný důvod pro použití jednacím řízení bez uveřejnění vznikl jednáním, které je přičitatelné žalobci (viz bod 41 napadeného rozhodnutí). Při zadávání veřejných zakázek měl zadavatel postupovat hospodárně. Bylo-li předmětem původní veřejné zakázky budování nákladnějších informačních systémů, bylo třeba usilovat o smluvní vyhrazení si práva ke změně a další úpravě informačního systému. S ohledem na překotný vývoj informačních technologií bylo podle předsedy žalovaného možno očekávat, že informační systém zastará, ukáže se nedostačující potřebám zadavatele, případně bude muset být měněn z důvodu změny legislativy. Pokud zadavatel dané eventuality nepředpokládal, nejednal obezřetně. Ze smlouvy o dílo z 12. 10. 2012 nevyplývá, že by zadavatel usiloval o sjednání licenčního režimu, který by mu umožnil zasahovat do počítačového programu. Uzavřel, že zadavatel žádné skutečnosti v tomto směru netvrdil ani neprokazoval, proto jednal neobezřetně (viz body 50 až 52 napadeného rozhodnutí). Jeho jednání přitom bylo možné kvalifikovat jako zaviněné, neboť zadavatel mohl a měl předpokládat, že oprávnění zasahovat do informačního systému bude v budoucnu potřebovat.
61. Z výše uvedené rekapitulace je zřejmé, že naplnění formální podmínky, tj. existence výhradní práva duševního vlastnictví, mezi účastníky není sporná. Podle správních orgánů však zadavatel neprokázal naplnění materiální podmínky použití jednacím řízení bez uveřejnění. Soud proto hodnotil, zda vznik zákonného důvodu podle § 63 odst. 3 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek je přičitatelný zadavateli.
62. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES v bodě 50 preambule uvádí, že s

ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech, tj. především pokud objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. 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.

63. V čl. 32 odst. 2 písm. b) bod iii směrnice uvádí, že „[j]ednací řízení bez uveřejnění může být použito pro veřejné zakázky na stavební práce, dodávky a služby v následujících případech jestliže stavební práce, dodávky nebo služby mohou být z některého z následujících důvodů dodány jen konkrétním hospodářským subjektem: ochrana výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví. Výjimky uvedené v bodech ii) a iii) se použijí jen v případě, že neexistuje přiměřená alternativa nebo náhrada a že neexistence soutěže není výsledkem umělého zúžení parametrů veřejné zakázky.“
64. Z citovaných pasáží směrnice podle soudu jasně vyplývá, že použití jednacího řízení bez uveřejnění je oprávněné jen v situaci tzv. objektivní výlučnosti, tj. pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám zadavatel svým neobežretným jednáním, např. tím že v původní veřejné zakázce nepředvídal možnost dalšího rozšiřování předmětu plnění a smluvními podmínkami založil stav exkluzivity vybraného dodavatele. Žalobce se mylí, pokud uvádí, že by podle směrnice měla být přičitatelnost vztahována pouze na situaci nemožnosti uveřejnění.
65. Obdobně i judikatura tuzemských správních soudů vychází z toho, že materiální podmínka použití jednacího řízení bez uveřejnění není naplněna, je-li stav výlučnosti přičitatelný zadavateli.
66. V rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 bylo vysloveno, že „[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 upozornění fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software. Dalším klíčovým faktorem je proměnlivost úkolů zadavatele. Pokud zadavatel připravuje software tak, aby software splnil v dané chvíli objektivně stanovené úkoly a byl po uplynutí určité doby životnosti vyřazen, zajisté tomu přizpůsobí i zadávací podmínky.“ Obdobně z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 256/2015-95 vyplývá, že pokud si zadavatel byl již v době zadávání původní veřejné zakázky vědom charakteru projektu, jeho technologické náročnosti a nutnosti následného rozvoje, nemůže se s úspěchem odvolávat na svou „nešikovnost“ či „nevědomost“.
67. Možné čtyři typové situace zadavatelů při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění přehledně shrnul Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 8. 2019, č. j. 62 Af 93/2017-94. První situace podle krajského soudu nastává, pokud při zadání původní zakázky dojde k porušení zákona o zadávání veřejných zakázek. Druhou situací je případ, že zadavatel stav exkluzivity způsobí vědomě (účelově), aby mohl navazující veřejné zakázky zadávat konkrétnímu dodavateli. Třetí situace je dána, pokud zadavatel v době zadávání původní veřejné zakázky mohl s ohledem na okolnosti případu očekávat potřebu zadání navazujících plnění, ale akceptoval taková smluvní ujednání, která znemožní zadání navazující veřejné zakázky jinak než v jednacím řízení bez uveřejnění. Konečně

čtvrtá situace nastává, je-li zadavatel z objektivních (na jeho vůli nezávislých) důvodů nucen zadat navazující veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění.

68. Mezi žalobcem a žalovaným je sporné, do jaké z vyjmenovaných situací spadá nyní posuzovaný případ. Podle soudu v nyní posuzované věci nebylo zjištěno (správní orgány nic takového netvrdí), že by při zadání původní veřejné zakázky došlo k porušení tehdy platného zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, nebo že by žalobce vědomě a účelově vytvořil při zadání původní veřejné zakázky stav exkluzivity veden úmyslem zadat stávajícímu dodavateli i následně veřejné zakázky. Nejedná se tedy o první ani druhou z výše zmiňovaných situací. Pro posouzení, zda se zadavatel nacházel ve třetí nebo čtvrté typové situaci je pak zásadní posoudit, zda zadání navazující veřejné zakázky bylo odůvodněno objektivní změnou okolností, kterou navíc v době původní veřejné zakázky nebylo možné předpokládat (jak zdůrazňuje rozsudek č. j. 5 Afs 42/2012-53), nebo zda s ohledem na skutkové okolnosti případu měl zadavatel předpokládat potřebu zadání navazujících veřejných zakázek a tomu měl přizpůsobit licenční a smluvní ujednání, aby se vyhnul stavu uzamčení.
69. Otázku, zda zadavatel v době zadání původní veřejné zakázky mohl předvídat možnost budoucího rozšiřování, je nutno posuzovat s ohledem na okolnosti konkrétního případu. Důležitý je v tomto ohledu předmět původní veřejné zakázky, tj. požadovaný počítačový program, jeho modality, charakter, účel, ale i plánovaný časový horizont, po který měl produkt přetrvat. Je pochopitelné, že u zakázek trvajících kratší dobu není potřeba budoucích změn po dobu jejich trvání tak vysoká (očekávatelná) jako u zakázek, u nichž zadavatel předpokládá využití po delší časový úsek.
70. Předmětem původní veřejné zakázky byla analýza, IDM, integrační platforma a facility management, tj. oblast ICT. Jak správně poznamenal žalovaný, v této oblasti je obecně možné předpokládat rozvoj a budoucí rozšiřování předmětu plnění (viz bod 82 prvostupňového rozhodnutí). To platí tím spíše, bylo-li zadavateli zřejmé, že předmětem plnění původní veřejné zakázky bylo vytvoření počítačového programu spojeného se vznikem autorskoprávní ochrany. Snahou zadavatelů by mělo být vyhnout se nutnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2012, č. j. 62 Af 61/2010-332). Navíc v původní veřejné zakázce počítal zadavatel s využitím systému IDM minimálně do roku 2020. Tento časový horizont podle soudu mohl a měl zadavateli signalizovat, že plynutím doby se potřeby zadavatele mohou (a velmi pravděpodobně budou) měnit, čemuž bylo nutné přizpůsobit zadávací podmínky původní veřejné zakázky. Přes tyto skutečnosti zadavatel nesjednal smluvní podmínky tak, aby případné další veřejné zakázky navazující na původní veřejnou zakázku mohly být splněny i jinými dodavateli než společností NEWPS.CZ. Pokud tyto úvahy zadavatel při zadání původní veřejné zakázky, která vedla k jeho uzamčení, neučinil, nejednal podle soudu s náležitou obezřetností. Nacházel se tak ve třetí z výše vymezených situací.
71. Přestože otázka rozšiřování IDM i na další subjekty v rámci krajské korporace nemusela být v roce 2012 aktuální, s ohledem na požadavek zachování hospodářské soutěže měl zadavatel usilovat již tehdy o zadání veřejné zakázky tak, aby se vyhnul uzamčení vítězným dodavatelem (stavu *vendor lock-in*). Již při zadání původní veřejné zakázky tak mělo být zvažováno, jak veřejnou zakázku zadat způsobem znemožňujícím vytvoření exkluzivity pro vítězného dodavatele. Zadavatel mohl požadovat např. poskytnutí zdrojových kódů a dokumentace nebo usilovat o oprávnění k zásahům třetích osob do požadovaného plnění. Takto důsledný zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky

nebyl, přestože je soud ve shodě se žalovaným přesvědčen, že již v roce 2012 další rozšíření či úpravy IDM očekávat mohl a měl.

72. Navíc Strategie 2014, v níž byl požadavek na rozšíření IDM na veškeré orgány krajské korporace vysloven, byla vydána Moravskoslezským krajem, tj. samotným zadavatelem. Nejednalo se tedy o okolnost objektivní povahy, kterou by zadavatel při zadání navazující veřejné zakázky byl povinen zohlednit, ale o výstup aktivní činnosti samotného žalobce. Právě jemu jsou rozhodnutí na jejím základě učiněná plně přičitatelná.
73. Pokud by soud akceptoval neprozíravý postup zadavatele v dané věci, vedlo by to k akceptaci stavu exkluzivity „navždy“ jen proto, že nově vznikající smlouvy navazují na smlouvy uzavřené v době, kdy pohled na postupy nahrazující „otevřenější“ formy zadávacího řízení nebyl přísný, nebyl ještě soudní judikaturou dostatečně vyložen a kdy ani rozumně uvažující zadavatelé nemuseli předvídat budoucí právní potíže při rozšíření poptávky po plnění od původního dodavatele, k němuž je vázal stav exkluzivity. To by se přičilo rozumnému pohledu na zadavatelské prostředí (přiměřeně viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 17. 10. 2019, č. j. 62 Af 30/2018-101). Soud proto sdílí závěr žalovaného, že vytvoření stavu exkluzivity je přičitatelné žalobci, který v době zadání původní veřejné zakázky nepostupoval dostatečně obezřetně a zadávací podmínky původní veřejné zakázky neformuloval tak, aby následné rozšiřování či úpravy IDM mohl splnit i pomocí jiného dodavatele. Přestože takový závěr soudu může zadavatel vnímat jako přísný, není tato přísnost bezúčelná. Vyplývá z výjimečnosti institutu jednacím řízení bez uveřejnění a je vedena snahou o umožnění hospodářské soutěže co nejširšímu okruhu subjektů.
74. K důvodům uváděným zadavatelem pro použití jednacím řízení bez uveřejnění v analýze z roku 2017 (udržitelnost původní veřejné zakázky, ochrana autorských práv původního zadavatele a finanční aspekty) soud uvádí následující. Otázka nutnosti zachování stávajícího řešení z důvodu udržitelnosti nemůže být relevantní pro posouzení zákonnosti zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Snaha o vyhnutí se porušení dotačních podmínek původní veřejné zakázky nemůže ospravedlnit zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, nejsou-li pro tento postup splněny podmínky zakotvené v zákoně o zadávání veřejných zakázek. Argumentace žalobce, že z tohoto důvodu nebylo možné požadovat řešení na zelené louce tak neobstojí. Důvod související s ochranou autorských práv žalovaným zpochybňován nebyl; jednalo se o skutečnost zakládající naplnění formální podmínky použití jednacím řízení bez uveřejnění. Finanční výhodností se pak soud zabýval v části VI. C) tohoto rozsudku, ovšem neshledal, že by zadavatel prokázal, že by ekonomická výhodnost měla převážet nad zájmem na zachování řádné hospodářské soutěže (viz bod 87 a násl. tohoto rozsudku).
75. Soud proto souhlasí se žalovaným, že zadavatel při zadání původní veřejné zakázky možnost následného rozšíření předmětu plnění předpokládat mohl a měl. V roce 2012 bylo podle soudu očekávatelné, že v průběhu doby plnění veřejné zakázky může dojít k vývoji ICT, rozvoji elektronizace státní správy a může vyvstat potřeba rozšiřování předmětu plnění. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění nelze ospravedlňovat změnou potřeb zadavatele v průběhu plnění původní veřejné zakázky, pokud tato potřeba změn mohla být v době původní veřejné zakázky aspoň v obecné rovině očekávatelná. Žalovaný své závěry o nenaplnění materiální podmínky založil na tom, že potřeba rozšíření předmětu plnění byla dána aktivním jednáním samotného zadavatele (přijetím Strategie 2014) a rovněž jeho nedostatečnou obezřetností při zadání

původní veřejné zakázky. S těmito úvahami se soud ztotožnil. Nemohlo se proto jednat o stav objektivní výlučnosti, který byl dán v žalobcem poukazovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53. Úvahy správních orgánů v tomto směru jsou dostatečně přesvědčivě vyloženy jak v prvostupňovém, tak v druhostupňovém správním rozhodnutí (viz body 59 a 60 výše). Správní orgány tak oprávněně konstatovaly, že žalobce naplnění materiální podmínky v daném případě neprokázal.

76. Nedůvodná je rovněž argumentace, že žalobce veřejnou zakázkou reagoval pouze na požadavky nové legislativy. Z předmětu veřejné zakázky je jasné zřejmé, že jejím hlavním smyslem bylo rozšíření IDM na úroveň celokrajské korporace. Promítnutí požadavků vyplývajících z novelizací právních předpisů bylo pouze jedním z mnoha dílčích aspektů předmětu plnění, nicméně nebylo stěžejním důvodem pro zadání předmětné veřejné zakázky. O jinou situaci by se jednalo, pokud by zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění požadoval toliko rozšíření modalit systému vyplývajících z požadavků nových právních předpisů; to však v nyní posuzovaném případě splněno nebylo. Sám zadavatel v analýze z roku 2017 zdůrazňoval, že důvodem rozšíření IDM na celokrajskou úroveň byly požadavky Strategie 2014, tj. subjektivní důvody vyplývající z rozhodnutí jeho orgánů. Nelze proto s úspěchem tvrdit, že by zadání veřejné zakázky bylo odůvodněno především změnou legislativy. Žalobci lze nicméně přisvědčit v tom, že v době zadání původní veřejné zakázky nebylo myslitelné promítnout do zadávací dokumentace požadavky plynoucí z dosud neukončených návrhů legislativních změn. I připravované legislativní záměry však mohly zadavateli signalizovat, že v budoucnu patrně bude nutné rozšířit či měnit poptávané plnění.
77. Ani výtky žalobkyně ohledně neprokázání zavinění neshledal soud oprávněné. Jak žalovaný správně poznamenal, v daném případě pro závěr o přičitatelnosti stavu exkluzivity zadavateli postačovalo zavinění ve formě nevědomé nedbalosti. V rozhodnutí o rozkladu bylo podle soudu dostatečně prokázáno, že s ohledem na specifika projednávané věci zadavatel možné budoucí změny a rozšíření systému předpokládat mohl a měl (viz např. bod 54 napadeného rozhodnutí nebo bod 83 rozhodnutí správního orgánu I. stupně).
78. K úvahám žalovaného o technologickém zastarávání produktu soud doplňuje, že tyto úvahy lze chápat jako obecné konstatování toho, co vše by měl zadavatel při zadávání zakázky vedoucí ke vzniku stavu exkluzivity zvažovat. Pro daný případ pak žalovaný odkazoval na závěry analýzy z roku 2017, v níž sám zadavatel uváděl, že u některých příspěvkových organizací (zejm. nemocnic) dochází k nutnosti technologického rozvoje. Argument nutnosti zohlednění technologického pokroku tak byl žalovaným zvolen příléhavě k okolnostem případu.
79. Námitka tedy není důvodná.

VI. C) Námitka nezohlednění ekonomické výhodnosti zvoleného řešení

80. Žalobce dále upozorňoval na skutečnost, že zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění bylo ekonomicky výhodné.
81. Jak již soud uvedl ve výše citovaném rozsudku č. j. 62 Af 30/2018-101, pokud zadavatel s ohledem na konkrétní okolnosti v době zadávání původní veřejné zakázky musel rozumně předpokládat, že v budoucnu vznikne potřeba zadání navazujících veřejných zakázek, nicméně přesto akceptoval licenční ujednání vylučující, aby navazující veřejná

zakázka mohla být splněna jiným dodavatelem než tím, který byl vybrán v původním zadávacím řízení, znemožní svým postupem zadávání navazujících veřejných zakázek v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacího řízení a podmíní zadávání navazujících řízení v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na ochranu práv duševního vlastnictví, nemusí vždy dojít k porušení zákona. Popsaná „nešikovnost“ zadavatele při zadávání původní veřejné zakázky totiž může být vyvážena hlediskem hospodárnosti, neboť postup zadavatele je nutno hodnotit i z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. I ekonomičnost zvoleného řešení totiž odpovídá cílům zákona o zadávání veřejných zakázek (shodně viz výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 nebo rozsudek z 28. 3. 2018, č. j. 2 As 292/2017-34).

82. Správní orgán I. stupně k zásadě hospodárnosti uvedl, že tato zásada nemá automaticky aplikační přednost před povinností postupovat v zadávacím řízení podle zákona o zadávání veřejných zakázek, jehož primárním účelem je zajištění co nejširší hospodářské soutěže o předmět plnění veřejné zakázky. Současně je nutné připustit, že účelem zákona je kromě zajištění podmínek pro vytvoření hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí, rovněž efektivní vynakládání veřejných prostředků. Hospodárnost zvoleného řešení je však nutné podle správního orgánu I. stupně vykládat z dlouhodobého hlediska. „Nelze totiž vyloučit, že v případě, kdy by původní veřejná zakázka byla zadána tak, aby smlouva o dílo ze dne 12. 10. 2012 umožňovala zadavateli například dispozici s majetkovými právy spojenými s předmětem plnění veřejné zakázky tak, že by šetřená veřejná zakázka mohla být zadána v některém z otevřenějších druhů zadávacího řízení, mohlo v konečném důsledku dojít k vynaložení nižších nákladů, než by tomu bylo v posuzovaném případě, a to za předpokladu, že by v návaznosti na šetřenou veřejnou zakázku (v obou nastíněných variantách) navazovaly další veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na rozšíření stávajícího IDM“ (viz bod 80 prvostupňového rozhodnutí). Správní orgán I. stupně proto uzavřel, že z aktuálního pohledu může být varianta zvolená žalobcem ekonomicky výhodnější než zadání původní veřejné zakázky způsobem znemožňující uzamčení zadavatele, v případě budoucího zadávání dalších navazujících veřejných zakázek již tomu tak být nemusí.
83. Předseda žalovaného v rozhodnutí o rozkladu konstatoval, že není-li naplněna formální i materiální podmínka použití jednacího řízení bez uveřejnění, není na místě posuzovat hospodárnost zvoleného řešení (bod 35). Před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění musí zadavatel zvažovat ekonomickou výhodnost svého postupu, tj. posoudit, zda existenci výhradních práv za splnění podmínky ekonomické výhodnosti nepoužít tak, aby se již nejednalo o práva výhradní (bod 43). Dále však v bodě 62 souhlasil se závěry prvostupňového správního rozhodnutí, že „zadavatelé musejí na užívání jednacího řízení bez uveřejnění nahlížet z dlouhodobého hlediska. Opakované zadávání veřejných zakázek na navazující plnění může ve svém výsledku vést ke značnému plýtvání veřejnými prostředky, neboť v tomto druhu zadávacího řízení se neuplatňuje hospodářská soutěž, která je (...) nejefektivnějším nástrojem k zajištění co nejvýhodnějších podmínek plnění veřejné zakázky.“
84. Žalobce výhodnost zvoleného řešení dokládal ve správním řízení jednak znaleckým posudkem Ing. Miroslava Saferny, jednak Studií proveditelnosti. V soudním řízení dále doložil průzkum trhu provedený v roce 2018, který měl prokazovat, že pokud by zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky požadoval zdrojové kódy a dokumentaci, došlo by k zúžení okruhu dodavatelů a k neúměrnému navýšení ceny.

85. Znalecký posudek Ing. M. S. (č. l. 13 správního spisu), který si zadavatel nechal zpracovat, se zabýval posouzením, zda by pořízení zcela nového jednotného systému identit bylo z pozice řádného hospodáře vhodnější než trvání na jednacím řízení bez uveřejnění. Znalec porovnával celkové náklady spojené s oběma variantami, tj. variantu kompletně nového řešení a variantu rozvoje stávajícího řešení. Dospěl k závěru, že z pozice řádného hospodáře je výhodnější rozšířit stávající variantu (viz odpověď č. 4). Konstatoval rovněž, že nahrazení současného systému by nebylo v souladu s podmínkami udržitelnosti původního projektu, neboť ten minimálně do 31. 5. 2020 nebylo možné nahradit (odpověď č. 5).
86. V červnu 2016 byla zpracována společností KPMG Analýza a návrh řešení: Správa identit korporace. Jejím cílem bylo nabídnout optimální řešení centralizované správy elektronických identit přímo navázané na personální informační systém a zajistit provoz s minimální administrativní náročností na straně IT správců, zkrácení doby vyřízení požadavků uživatelů a zvýšení úrovně informační bezpečnosti. Jako optimální řešení bylo identifikováno rozšíření stávající implementace IDM, zejména otevřením konektorů pro integraci třetích stran a geograficky neomezeného licencování uživatelů. Při zahrnutí hlavních rizik bylo zvolené řešení finančně nejvýhodnější. Analýza se zabývala oceněním alternativních variant rozvoje IDM, tj. náhradou IDM komerčním řešením a náhradou opensource variantou IDM systémem. Jako nejhospodárnější vycházela varianta rozšíření stávajícího řešení systému správy identit, kde podle odhadu cena investice s pětiletým provozem včetně DPH činila 16,95 milionů Kč. Nová implementace na bázi ForgeRock OpenIDM vycházela na 32,99 milionů Kč a nová implementace na bázi ForgeRock OpenIDM s komerční technickou podporou na 49,19 milionů Kč. Závěry analýzy byly přejaty i do Studie proveditelnosti: Rozvoj architektury ICT Moravskoslezského kraje z 30. 6. 2016 (viz část 5.8.1). Ta zvažovala rovněž nulovou variantu, tj. případ, že projekt nebude vůbec realizován. To by znamenalo nutnost rozšíření o 3000 uživatelů a investiční náklady ve výši 2,37 milionů Kč; nedošlo by však k rozšiřování nových sdílených služeb předpokládaných Strategii 2014 (viz část 5.7.1). Závěry Studie proveditelnosti převzala i analýza způsobu zadávacího řízení z roku 2017 (viz příloha u č. l. 12 správního spisu).
87. Soud úvodem k zásadě hospodárnosti zvoleného řešení uvádí, že se neztotožňuje se závěry předsedy žalovaného, že by její uplatnění přicházelo v úvahu až tehdy, je-li kumulativně splněna formální i materiální podmínka jednacího řízení bez uveřejnění. Pokud by obě podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění byly splněny, zadání veřejné zakázky by bylo souladné se zákonem o zadávání veřejných zakázek a nebylo by nutné prokazovat hospodárnost zvoleného řešení. Z dosavadní judikatury správních soudů vyplývá, že hledisko hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti vynakládání veřejných prostředků může odůvodnit postup zadavatele v případě, že materiální podmínka použití jednacího řízení bez uveřejnění naplněna není (zadavatel při zadání původní zakázky nepostupoval dostatečně obezřetně), ale jeho postup ospravedlňuje ekonomická výhodnost zvoleného řešení (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 30/2018-101, bod 52, nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 2. 2018, č. j. 5 As 26/2017-22, bod 30). Z těchto východisek ostatně vycházely i úvahy prvostupňového správního orgánu, s nimiž se soud v podstatě ztotožnil.
88. Aby zadavatel mohl s úspěchem argumentovat hospodárností zvoleného řešení, musel by prokázat ekonomickou výhodnost jeho postupu jako celku, tj. od zadání původní veřejné zakázky po navazující zadávací řízení formou jednacího řízení bez uveřejnění, nikoliv

pouze finanční výhodnost dílčího zadávacího řízení navazujícího na nešikovný postup zadavatele při zadání původní veřejné zakázky. Jen komplexní ekonomické zhodnocení prokazující zřejmou efektivnost zadavatelova postupu mohlo vést v dané věci k závěru, že žalobce byl oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek. Takové důkazy však v nyní projednávaném případě nebyly předloženy. Nutnost komplexního náhledu na zásadu hospodárnosti přitom vyplývá i z rozhodovací praxe žalovaného, který zdůrazňuje, že právě při zadávání původní veřejné zakázky „*musí zadavatel velice dobře posoudit, zda je hospodárné zadat zakázku i s požadavkem například na komentovaný zdrojový kód a povolení k tomu, aby dál mohl rozvíjet zadavatel software pomocí třetí osoby či širší licenční oprávnění, čímž bude zajisté předchozí veřejná zakázka sice finančně náročnější, protože dodavatel bude požadovat finanční prostředky navíc, avšak v následujících zakázkách již nebude zadavatel závislý na jednom dodavateli, či zda již takovéto rozšíření již není pravděpodobné, a proto by byly takto vynaložené prostředky navíc nevhodné a zadavatel přístup ke zdrojovému kódu v budoucnu nijak nevyužije*“ (viz rozhodnutí žalovaného ze dne 11. 6. 2015, č. j. ÚOHS-R173/2014/VZ-13930/2015/321/IPs, bod 50).

89. Ekonomická analýza hodnotila izolovaně situaci zadavatele existující před zadáním nyní posuzované veřejné zakázky. Nijak se však nevyjadřovala k tomu, jak by se cena původní veřejné zakázky a zakázek na ni navazujících lišila, pokud by zadavatel v původní veřejné zakázce postupoval obezřetně a požadoval by po vítězném dodavateli poskytnutí zdrojových kódů a dokumentace. Tato analýza tak podle soudu nebyla způsobilá prokázat ekonomickou výhodnost zadavatelem zvoleného řešení jako celku. Dílčí výhodnost jednoho zadávacího postupu nad požadavkem otevřenosti hospodářské soutěže převážet nemohla, jak ve výsledku správně konstatoval žalovaný.
90. K závěrům znaleckého posudku soud uvádí, že ani předmětný posudek nelze chápat jako potvrzení ekonomické výhodnosti přijatého řešení. Znalec se v něm zabýval řešením situace k okamžiku zadání nyní posuzované veřejné zakázky. Konstatoval, že rozšíření stávajícího systému IDM je cenově výhodnější a je rovněž v souladu s dotačními podmínkami původní veřejné zakázky. Nijak však nehodnotil, zda by zadavatelem zvolené řešení sestávající ze zadání původní veřejné zakázky bez vyhrazení si práv k zásahům do systému a následné zadávání doplňujících veřejných zakázek formou jednacím řízení bez uveřejnění bylo skutečně finančně výhodnější než obezřetné zadání původní veřejné zakázky (vyhrazení si práv k zásahům do systému) a následné zadávání navazujících veřejných zakázek formou otevřenějších druhů zadávacích řízení. Ani znalecký posudek tak ekonomickou výhodnost zadavatelova postupu neprokázal.
91. Obdobný závěr je nutno učinit i ve vztahu ke Studii proveditelnosti. Výhodnost zvoleného řešení zde byla posuzována izolovaně k době před zadáním veřejné zakázky formou jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by hodnotila, jaká by byla cena řešení, pokud by zadavatel již v roce 2012 postupoval obezřetně, předvídal možnost budoucího rozšiřování systému IDM a již v licenčních podmínkách původní veřejné zakázky si vyhradil právo na zásahy do systému třetí osobou. Na tyto odpovědi žalobcem provedené analýzy či posudky odpověď neposkytují. Nelze proto dospět k závěru, že by zadavatel prokázal ekonomickou výhodnost svého postupu, přestože je mu přičitatelné založení stavu exkluzivity.
92. Ani průzkum trhu, resp. šetření, které provedl žalobce v roce 2018 mezi potenciálními dodavateli, nebyl způsobilý prokázat ekonomickou výhodnost zvoleného řešení.

Předmětným průzkumem se sice žalobce snažil nahlížet na původní i nynější zadávací řízení jako na jeden celek, ovšem získané odpovědi se věnovaly pouze dílčím aspektům věci, nikoliv komplexnímu posouzení možného prodražení původní veřejné zakázky v případě požadování takových smluvních podmínek, aby se zadavatel do budoucna vyhnul stavu exkluzivity. Průzkum byl navíc proveden nikoliv v době zadání původní veřejné zakázky, ale až v roce 2018, což s ohledem na časový odstup šesti let může odpovědi respondentů určitým způsobem relativizovat, jak správně uváděla zástupkyně žalovaného při ústním jednání. Lehce účelově vyznívá rovněž skutečnost, že závěry předmětného šetření byly předloženy až v soudním řízení, přestože nepochybně mohly být využity již ve správním řízení, jak ostatně zadavatel původně zamýšlel (z formulovaných dotazů plyne, že odpovědi respondentů hodlal žalobce využít pro řízení o námitkách proti provedené kontrole). Podstatné však je, že z provedeného průzkumu neplynou jasné závěry, jakým způsobem by se změnila cena původní veřejné zakázky, pokud by již v době jejího zadání zadavatel požadoval po vítězném dodavateli zdrojové kódy a dokumentaci či možnost zásahů třetích osob. Přestože někteří z oslovených dodavatelů v roce 2018 potvrdili, že za zmíněných podmínek by se původní veřejné zakázky neúčastnili, stále existoval určitý okruh dodavatelů, kteří by o zakázku měli zájem i v případě, že by zadavatel možnost zásahů do systému požadoval. Provedené šetření rovněž nijak nevyvrací závěry žalovaného o tom, že při obezřetném počínání mohly být podmínky původní veřejné zakázky nastaveny tak, aby nevznikl stav *vendor lock-in*.

93. Námitka tak není důvodná.

VII. Závěr a náklady řízení

94. Soud na základě všech výše uvedených skutečností neshledal žalobu důvodnou, a proto ji podle ustanovení § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.
95. O náhradě nákladů řízení soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

Poučení:

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

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu