



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

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

žalobce: Česká republika – Generální finanční ředitelství, IČO 72080043
sídlem Lazarská 15/7, 117 22 Praha

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

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 22. 12. 2017, č. j. ÚOHS-R0191/2017/VZ-37578/2017/323/PMo

takto:

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

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Shora označeným rozhodnutím předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „předseda Úřadu“) zamítl odvolání žalobce a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 11. 10. 2017, č. j. ÚOHS-S0347/2017/VZ-29505/2017/513/JLÍ, ve věci možného spáchání přestupku při zadávání veřejné zakázky „*Technická podpora AVIS^{ME} 2016-2017*“ v jednacím

řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, zahájeném dne 16. 3. 2016 odesláním výzvy k jednání (oznámení předběžných informací bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 10. 2015, oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 8. 7. 2016; dále též „předmětná veřejná zakázka“). Tímto rozhodnutím žalovaný shledal, že se žalobce při zadávání předmětné zakázky dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 téhož zákona, kdy předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, kdy neprokázal, že by předmětnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč SYSCOM SOFTWARE spol. s r. o., a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil žalobce v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření původní smlouvy č. MF/SY/I/94 na dodávku integrovaného modulárního informačního systému ze dne 22. 12. 1994 mezi Ministerstvem financí a společností SYSCOM spol. s r. o., přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a žalobce uzavřel dne 28. 6. 2016 s vybraným uchazečem smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku. Za spáchání tohoto přestupku žalovaný uložil žalobci pokutu ve výši 1 200 000 Kč.

2. V odůvodnění rozhodnutí *žalovaný* vycházel z teze, že použít jednacím řízení bez uveřejnění [dále též „JŘBU“] podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa nebo náhrada a dále jestliže neexistence soutěže není výsledkem umělého zúžení parametrů veřejné zakázky, tedy pokud se zadavatel svým vlastním jednáním nedostal do takové situace, kdy musel veřejnou zakázku zadat konkrétnímu dodavateli, protože si svým předchozím jednáním vytvořil podmínky, které umožňovaly zadání zakázky pouze konkrétnímu dodavateli. Žalovaný přitom akcentoval zejména požadavek na restriktivní výklad podmínek využití JŘBU tak, aby nebyl tento druh zadávacího řízení, který z povahy věci vyvolává škodlivé účinky na hospodářskou soutěž, nadužíván. Prokázání důvodů použití JŘBU je plně na obviněném, který by měl být schopen objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení doložit již před zahájením zadávacího řízení, a tyto důvody by měly trvat po celou dobu trvání jednání s dodavateli.
3. Dále se žalovaný zabýval naplněním *formální stránky* předmětného JŘBU. Pokud jde o *technické důvody*, je obviněný povinen prokázat objektivní existenci jediného dodavatele schopného plnit předmět veřejné zakázky. Příslušnými důkazy by přitom měl disponovat již v okamžiku zahájení zadávání veřejné zakázky. V tomto ohledu žalobce vycházel ze znaleckého posudku č. 56/2016 zpracovaného Ing. M. M., znalcem v oborech Ekonomika a Kybernetika, který však neměl k dispozici v okamžiku zahájení zadávacího řízení, neboť byl vytvořen až po uzavření smlouvy s vybraným uchazečem. Podle žalovaného však znalecký posudek nevypovídá o existenci technického důvodu ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Žalobce tak neprokázal, že z hlediska technického opravdu v době zadání veřejné zakázky neexistoval jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky.
4. K existenci objektivních důvodů pro použití JŘBU spočívajících v nutnosti *ochrany autorských práv*, žalovaný uvedl, že IS AVIS^{ME} je jakožto počítačový program chráněn

coby dílo ve smyslu příslušných autorskoprávních předpisů [zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon)]. Z původní smlouvy vyplývá, že žalobce je oprávněn IS AVIS^{ME} užívat, ale není oprávněn do něj zasahovat, přičemž vybraný uchazeč nepřistoupil na zájem žalobce o poskytnutí zdrojových kódů jeho osobě. V důsledku poskytování služeb na základě smlouvy uzavřené na předmětnou veřejnou zakázku pak nepochybně dochází k zásahům do IS AVIS^{ME}, neboť jejím předmětem plnění je mj. servisní podpora a hot-line zahrnující údržbu aplikačního programového vybavení AVIS^{ME} a jeho aktualizaci ve vazbě na legislativní změny. Žalobcem tvrzená autorskoprávní ochrana IS AVIS^{ME} a z ní plynoucí nemožnost jiného dodavatele do systému zasahovat by však jako oprávněný důvod pro použití JŘBU obstála pouze v případě, že by ji žalobce sám nezpůsobil.

5. Z tohoto důvodu se žalovaný dále zabýval naplněním *materiální podmínky* použití JŘBU, tedy posouzením, zda žalobce jím tvrzený stav, kdy předmětnou veřejnou zakázku podle něj může splnit pouze vybraný uchazeč, sám nevytvořil. Na základě předložených podkladů přitom dospěl k závěru, že žalobce (resp. jeho právní předchůdce) si již v době pořizování předmětného informačního systému musel být vědom potřeby jeho rozvoje, podpory, aktualizací, rozšíření či úprav. Jinak by si nepochybně již v původní smlouvě nesjednal závazek spočívající v uzavření smlouvy garantující technickou podporu, vývoj a údržbu dodaného informačního systému. Zároveň vzhledem k tomu, že předmětný informační systém měl být zaveden ve velkém množství správních úřadů, nelze předpokládat, že se fungování tohoto systému provozního charakteru předpokládalo pouze po omezenou dobu. Souhlasná stanoviska Odboru hlavního architekta eGovernmentu a Rady vlády pro informační společnost jsou zcela podružná a nijak žalobce nezbavují jeho odpovědnosti za to, jakým způsobem při aplikaci „zadávacích pravidel“ postupoval.
6. *Předseda Úřadu* se v odůvodnění rozhodnutí o rozkladu ztotožnil se závěry žalovaného.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

7. Ve včas podané žalobě žalobce uvedl, že k okamžiku zahájení jednacího řízení bez uveřejnění správně vyhodnotil jemu známé okolnosti a závěry v té době dostupné rozhodovací praxe se závěrem, že jsou splněny veškeré podmínky pro realizaci daného druhu zadávacího řízení. Vycházel přitom zejména z předpokladu, že nastavení práv k informačnímu systému AVIS^{ME} nebylo zaviněno postupem Ministerstva financí při uzavírání prvotní smlouvy, přičemž za splnění tohoto materiálního předpokladu lze přistoupit k vyhodnocení formálních podmínek upravených v § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Na základě dostupných podkladů a znalostí měl přitom žalobce jistotu, že i tyto podmínky jsou naplněny. Teprve poté přistoupil k oslovení stávajícího dodavatele a zahájil jednání s cílem uzavřít smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku.
8. Žalovaný měl dospět k závěru, že autorskoprávní omezení vyplývající z původní smlouvy o dílo nebyla způsobena Ministerstvem financí, natožpak žalobcem, zaviněně. Následně měl žalovaný přistoupit k vyhodnocení i zbývajících formálních podmínek JŘBU, jejichž splnění žalobce náležitě doložil již při zahájení předmětného zadávacího řízení. Je tudíž chybný názor žalovaného, že při neprokázání splnění materiálního předpokladu není třeba posuzovat naplnění předpokladů formálních.
9. V oblasti zadávání veřejných zakázek je platné právo v nemalé míře dotvářeno či usměrňováno judikaturou. Ta přitom právě v otázce možnosti aplikace JŘBU z důvodu

výlučnosti jediného dodavatele doznala značného posunu. Ministerstvo financí přitom nemohlo důvodně předvídat, že jím uzavřená původní smlouva o dílo *pro futuro* zamezí postup žalobce podle zákona o veřejných zakázkách. Při posouzení otázky „zavinění“ Ministerstva financí tak došlo k porušení principu právní jistoty a legitimního očekávání adresátů právních norem.

10. K problematice naplnění *formálních předpokladů* postupu podle § 23 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách žalobce v první řadě poukázal na znalecký posudek č. 56/2016 vypracovaný Ing. M. M., znalcem v oboru kybernetika a ekonomika, jímž byla prokázána existence jediného dodavatele schopného poskytnout žalobcem požadovaná plnění. Správní orgány tento znalecký posudek vyhodnotily nesprávně. Žalovaný byl přitom povinen hodnotit jej věcně, neboť předložený posudek prokazoval objektivní stav. Tento posudek přitom obsahuje dostatečné odůvodnění technické povahy IS AVIS^{ME} a veškerých s tím souvisejících aspektů tohoto informačního systému. Jde o jedinečný (atypický) informační systém sestávající z většího počtu modulů s danými funkcemi. Vzhledem k jeho propojení na IS ADIS patří mezi prvky tzv. kritické infrastruktury.
11. Jak plyne ze znaleckého posudku, oddělení jednotlivých modulů není z technického hlediska možné. Různí dodavatelé nemohou činit zásahy do jednotlivých modulů IS AVIS^{ME} nebo tyto moduly samostatně (nezávisle na ostatních) upravovat a dále rozvíjet. Obdobně nelze provádět zásahy ani v rámci každého dílčího modulu. Jinak řečeno, nelze vybrat jednoho dodavatele na vývoj IS AVIS^{ME}, jiného na poskytování technické podpory tohoto systému a dalšího např. na úpravu jeho uživatelského prostředí. Předmět plnění veřejné zakázky tak bylo nutné s ohledem na technickou stránku realizovat jako jeden celek. Nemožnost realizace samostatné veřejné zakázky na jednotlivé moduly IS AVIS^{ME} je přitom zřejmá právě již jen z neoddělitelnosti těchto modulů.
12. S nedělitelností IS AVIS^{ME} a jeho jednotlivých modulů pak bezprostředně souvisí rovněž existence autorských práv k tomuto informačnímu systému. Právě kombinace autorskoprávní a technické stránky zapříčinila nutnost zadání předmětné veřejné zakázky postupem podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Bez souhlasu stávajícího dodavatele, který dosud nebyl udělen, nemůže žalobce provádět změny ve zdrojovém kódu předmětného informačního systému a strukturách jeho databází, které jsou potřebné k jeho úpravě, rozvoji a opravám.
13. Pokud jde o výhradní (zde autorská) práva, kdy je nepochybné, že IS AVIS^{ME} je autorským dílem podle autorského zákona, je podstatnou skutečností, že Ministerstvu financí, ani žalobci nebyly ze strany stávajícího dodavatele nikdy předány zdrojové kódy k IS AVIS^{ME}, ani udělen souhlas k zásahům do IS AVIS^{ME}. V otázce postoupení autorských práv včetně zdrojových kódů vedl žalobce se stávajícím dodavatelem v minulosti jednání, ten však odmítl, jak plyne i z příslušného zápisu.
14. I v rámci případného využití některé ze zákonných licencí ve smyslu § 66 odst. 1 autorského zákona bude vždy rozhodující rozsah daného zásahu, na jehož základě se určí, ke kterým zásahům do díla musí mít jeho oprávněný uživatel souhlas autora. Znalost zdrojového kódu je přitom nutná i tam, kde na základě tzv. zákonné licence vyplývající z § 66 odst. 1 autorského zákona není k výkonu některých uživatelských práv nabyvatele licence k dílu zapotřebí výslovný souhlas jeho autora. Teoreticky je sice možné provést tzv. dekompilaci, při které není znalost původního zdrojového kódu programu zcela nutná, nicméně tato metoda s sebou přináší značná rizika spojená s rozsahem i výsledky.

Další otázkou je legálnost využití dekompilace v případě jejího provádění prostřednictvím třetích osob. Takto ovšem lze bez souhlasu autora počítačového programu zajistit pouze zavedení a provoz počítačového programu nebo opravu existujících a již identifikovaných chyb daného počítačového programu. Využití procesu dekompilace i pro oprávnění podle § 66 odst. 1 písm. b) autorského zákona pak je možné pouze za předpokladu, že nebylo stranami vyloučeno. V daném případě však o tom lze mít vzhledem k nastavení licenčních oprávnění ze strany stávajícího dodavatele důvodné pochybnosti.

15. Je zřejmé, že již v době zahájení předmětného JŘBU existovala reálná možnost porušení výhradních práv stávajícího dodavatele, bude-li předmětná veřejná zakázka zadána mimo postup podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť ze všech dostupných podkladů vyplývalo, že žalobce nedisponuje zdrojovým kódem a právy potřebnými pro realizaci předmětu zakázky. Žalobce je přitom povinen využívat pouze ta možná řešení a postupy, které jsou v souladu s platnými právními předpisy. Žalovaný nepovažoval za nutné se povahou autorských práv k IS AVIS^{ME} podrobněji zabývat pro údajné nesplnění materiální podmínky. Žalobce však splnění této podmínky prokázal, přičemž poté pro něho bylo jedinou legální alternativou za existence výhradních práv stávajícího dodavatele ve spojení s důvody technickými zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.
16. Dále se žalobce zabýval problematikou naplnění *materiálního předpokladu* postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Zde bylo spornou otázkou zavinění žalobce, resp. jeho právního předchůdce při založení stavu exkluzivity výhradních práv vybraného uchazeče. Žalobce v tomto ohledu namítl, že Ministerstvo financí nemohlo v době uzavření původní smlouvy důvodně předpokládat, že bude nezbytné do IS AVIS^{ME} zasahovat, resp. tento předpoklad mohl na straně Ministerstva financí sice vzniknout, nicméně již nebyl důvod upravovat autorská práva k IS AVIS^{ME} způsobem, jaký předpokládají správní orgány. S ohledem na charakter IS AVIS^{ME} by v úvahu připadalo pouze úplné postoupení majetkových autorských práv k tomuto informačnímu systému (tj. ke všem jeho částem a programům), čehož by ani nebylo možné dosáhnout, neboť část těchto komponent byla stávajícím dodavatelem komerčně využívána. Z tohoto důvodu lze úpravu licencí k IS AVIS^{ME} dle původní smlouvy považovat za dostatečnou a plně odpovídající době a podmínkám jejího uzavření. Rozdíl mezi mírou, v jaké si Ministerstvo financí v době uzavření původní smlouvy mohlo a s ohledem na stav platné legislativy i muselo vyhradit práva k IS AVIS^{ME} a dále i zabezpečit činnosti související s jeho údržbou a rozvojem, je přímo odvislý od rozsahu počáteční investice (nákladů) a skutečnosti, zda tyto náklady bylo možné považovat s ohledem na veškeré v té době dostupné informace za odůvodnitelné, a tedy i účelně vynaložené. V této souvislosti žalobce považuje za chybné, pokud žalovaný dává žalobci odpovědnost za vytvoření „stavu exkluzivity“ stávajícího dodavatele, v situaci, kdy žalobce původní smlouvu, a tedy ani předmětná licenční oprávnění, neuzavřel a ani ji uzavřít nemohl, neboť byl na základě zákona zřízen až ke dni 1. 1. 2011. Nemohl tak vědomě vytvářet podmínky, ze kterých stav exkluzivity vzešel. Stejně tak by ovšem žalobce neměl ani nést odpovědnost za exkluzivitu vytvořenou jeho právním předchůdcem. Tento závěr žalovaného není podložen žádnými relevantními skutečnostmi a nevyplývá ani z judikatury. Žalobce mohl být shledán odpovědným pouze za to, že v době zahájení předmětného JŘBU neprovedl analýzu stavu práv k IS AVIS^{ME} a případně i poptávaného technického řešení tak, aby měl postaveno najisto, že zadáním předmětné veřejné zakázky nedojde k porušení zákona o veřejných zakázkách.

17. Žalobce dále označil za nepřiléhavý odkaz správních orgánů na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 11. 2012, č. j. 1 Afs 23/2012-102, věc *město Vsetín* (rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz). Lze zvažovat dvě časové roviny, jednak jednání zadavatele při formulaci původních zadávacích podmínek, a dále jednání zadavatele při zadávání nové veřejné zakázky na základě původní smlouvy v JŘBU. Je zde přitom akcentována jak otázka zavinění při vytváření pro zadavatele limitujících zadávacích podmínek, tak současně povinnost zadavatele *pro futuro* vyhodnotit, zda zákonné předpoklady pro použití JŘBU nezpůsobil právě on sám. V nyní projednávaném případě se však v obsahu původní smlouvy nejedná o „vady“, pro něž by bylo možné usuzovat na to, že nebyly naplněny důvody použití JŘBU, a které by mohly být ztotožněny s vadami plynoucími z citovaného rozsudku kasačního soudu, v němž byly řešeny důvody a způsob zadání víceprací v situaci, kdy zadavatel nedostatečně zpracoval zadávací a projektovou dokumentaci, přestože mu to ukládal zákon. Ministerstvu financí při uzavření původní smlouvy žádný právní předpis závazně nestanovil, v jakém rozsahu mají být upravena majetková autorská práva k IS AVIS^{ME}. Ministerstvo tak vycházelo z jeho aktuálních potřeb a situace na trhu, stavu v té době platné legislativy, jakož i z běžné praxe. Stejně tak žádný právní předpis nestanovoval povinnost výběru dodavatele v zadávacím řízení upraveném zákonem. Z tohoto důvodu ministerstvo ani při posouzení potřeby budoucích navazujících plnění nemohlo z povahy věci uvažovat o založení stavu exkluzivity, v důsledku čehož by bylo možné tato navazující plnění plnit pouze na základě JŘBU, neboť samotný pojem jednacího řízení bez uveřejnění v této době ani neexistoval. V době uzavření původní smlouvy v roce 1994 nebylo ničeho (chyběla relevantní úprava zákona o veřejných zakázkách i autorského zákona), z čeho by Ministerstvo financí mohlo usuzovat, že nastavením licenčních podmínek k IS AVIS^{ME} dojde v budoucnu ke stavu, který je nyní zpochybňován. Po ministerstvu nebylo v době uzavření původní smlouvy před 20 lety možné požadovat, aby trvalo na kompletním postoupení majetkových autorských práv k IS AVIS^{ME}, neboť to nebylo ani ekonomicky ani právně odůvodnitelné. V této souvislosti žalobce poukázal na zásadu právní jistoty a na nepřípustnost retroaktivního výkladu právních norem, pro něž nelze hovořit o zaviněném způsobení stavu exkluzivity ze strany Ministerstva financí. Žalobce přitom provedl reflexi minulého jednání ministerstva z hlediska stávajících zákonných předpokladů pro použití JŘBU, dospěl však k závěru, že tyto předpoklady jsou splněny.
18. Žalobce dále poukázal na *ekonomické pozadí* věci. Uvedl, že při hodnocení zavinění Ministerstva financí je nutné zabývat se též účelností vynaložených veřejných prostředků, tedy posuzovat, zda je vždy a za všech okolností vhodné, aby si zadavatel vyhrazoval práva, o kterých nelze v době přípravy zadávacího řízení (zde při uzavření původní smlouvy z roku 1994) rozumně očekávat, a to i s ohledem na potenciál poptávaného informačního systému, že budou využita. I dle judikatury může v průběhu životnosti softwaru nastat z hlediska zadavatele objektivní změna (nová legislativa, nové manažerské rozhodnutí nadřízených orgánů), za níž by vyloučení použití JŘBU fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software. Z původní smlouvy nelze přímo dovozovat, že by Ministerstvo financí plánovalo používat IS AVIS^{ME} dlouhodobě. Pokud by mělo ze závěrů žalovaného vyplývat, že i pokud není zadavatel přesvědčen o dlouhodobé využitelnosti daného informačního systému, má si „pro jistotu“ veškerá práva zajistit v maximální míře a za jakoukoliv, byť i zcela nepřiměřenou, cenu, jedná se o závěr chybný a zejména ekonomicky neudržitelný. Celkové klima, ve kterém se Ministerstvo financí

rozhodovalo, jaký bude obsah původní smlouvy, bylo ovlivněno též jeho začleněním v systému ústředních orgánů státní správy, kde se často mění vnitřní organizační struktura, náplň činností i objem finančních prostředků, se kterými tyto instituce hospodaří, přičemž tento časový cyklus je do značné míry ohraničen volebním obdobím a v krajním případě fiskálním rokem. Nelze přehlížet ani argument týkající se překotného rozvoje v oblasti informačních technologií, neboť právě ztráta využitelnosti, a tedy i hodnoty programu či systému v relativně krátkém období a jeho následná výměna jsou z pohledu ekonomických úvah zadavatele klíčové.

19. Potenciální potřeba úpravy autorských práv v rozsahu uvažovaném žalovaným (komplexní postoupení veškerých majetkových autorských práv k IS AVIS^{ME}) bude existovat vždy, je ovšem otázka, zda je v tom kterém případě ekonomicky odůvodnitelné na ni v danou chvíli reagovat. Dle judikatury je opakované vytváření a financování plnění, kterým zadavatel již disponuje, rozporné se smyslem zákona. Byla-li shledána existence potenciality zásahu do autorských práv stávajícího dodavatele, jedná se o zcela dostatečný důvod pro zadání zakázky v JŘBU. Přitom právě existenci výhradních práv stávajícího dodavatele (včetně situace, kdy stávající dodavatel nemá vůli udělit autorskoprávní nebo jinou licenci jiné osobě) nelze v daném případě zpochybnit. Stav exkluzivity stávajícího dodavatele byl důsledkem povahy poptávaného plnění, tj. skutečnosti, že je jedná o dílo ve smyslu autorského zákona a výlučnost stávajícího dodavatele tedy byla pouze přirozenou součástí plnění z původní smlouvy, stejně jako odrazem legislativního stavu v době jejího uzavření. Na postup Ministerstva financí nelze nahlížet optikou dnešní judikatury, neboť ta obsahuje závěry vztahující se k právním předpisům, které v době uzavření původní smlouvy ještě neexistovaly, případně se na řešený postup nevztahovaly.
20. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53, č. 2790/2013 Sb. NSS, věc *Ministerstvo zemědělství I*, vyplývá povinnost Úřadu prokázat v jednání zadavatele při vytváření stavu exkluzivity úmysl, a *contrario* je pak vyloučena nedbalost, resp. „nešikovnost“, naopak z rozsudku neplyne princip objektivní odpovědnosti, jak dovozuje žalovaný. V případě uzavření původní smlouvy nelze z ničeho usuzovat na skutečnost, že by si Ministerstvo financí situaci cíleně připravilo tak, aby mohlo (či jeho právní nástupce) posuzovanou veřejnou zakázku a zakázky jí předcházející zadávat v JŘBU. Postup ministerstva v daném případě tak lze vyhodnotit maximálně jako „nešikovný“. Ve věci jde navíc o reálnost či proveditelnost investice žalobce. I pokud by totiž žalobce hodlal přistoupit k přesoutěžení jím používaného informačního systému, nebyl by toho reálně schopen, neboť nedisponoval potřebnými finančními prostředky.
21. Žalobce dále odmítl argumentaci převzatou z věci *Opencard* (rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015, č. j. 62 Af 112/2013-131, a Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015-95, č. 3436/2016 Sb. NSS), v níž zadavatel jednak sjednáním licenčních podmínek vytvořil omezení, které pak dával za důvod použití JŘBU, přičemž ale měl již od počátku jasnou představu o tom, že daný software bude nutné rozvíjet, což vyplývalo z předložených dokumentů vztahujících se k danému projektu, dále JŘBU na tyto dokumenty časově i obsahově přímo navázalo, přičemž na základě těchto předpokladů bylo možné dospět k závěru, že zadavatel mohl nutnost rozvoje používaného softwaru, jeho technologickou náročnost a charakter předvídat, pročez nelze hovořit o jeho „nešikovnosti“ či „nevědomosti“, přičemž jím sjednané podmínky limitují též jím ovládanou osobu. V nyní projednávané věci však byly jiné skutkové okolnosti, kdy Ministerstvo financí jednalo maximálně „nešikovně“.

22. Žalobce dále konstatoval, že za této pro něho technicky i ekonomicky bezvýhodné situace, kterou vědomě, ani svou chybou nevytvořil, nebylo možné postupovat jinak než zadáním předmětné veřejné zakázky v JŘBU. Pokud by žalobce neměl možnost JŘBU použít a uzavřít smlouvu se stávajícím dodavatelem, byl by pro něho IS AVIS^{ME} nadále nepoužitelný, tj. nebylo by např. možné vést elektronickou spisovou službu, spravovat účetnictví a vést další rozpočtové a majetkové evidence.
23. Žalobce též nesouhlasil se závěrem správních orgánů, že neunesl *důkazní břemeno* ohledně splnění podmínek JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Tento zákon nestanovil povinnost uvádět ve výzvě k jednání v JŘBU důvody, které zadavatele k tomuto postupu vedou. Tyto důvody musí být zadavatel schopen osvětlit a obhájit až v případném řízení před Úřadem, což se v daném případě stalo. Podstatné by mělo být pouze to, zda objektivní důvody použití JŘBU skutečně existují. Skutečnost, že znalecký posudek byl vypracován až po zahájení JŘBU na předmětnou veřejnou zakázku přitom sama o sobě nemůže na závěrech o oprávněnosti postupu žalobce nic změnit. Znalecký posudek totiž toliko osvědčil existenci skutečností, které tu prokazatelně byly již v době zahájení JŘBU, které byly žalobci již v té době známy a ze kterých při svých úvahách o možnosti použití § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách vycházel.
24. Na základě uvedeného žalobce navrhl, aby soud rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i žalovaného zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě

25. Ve vyjádření k žalobě ze dne 19. 4. 2018 žalovaný v první řadě odkázal na odůvodnění napadených rozhodnutí. Následně reagoval na žalobní body ohledně materiální i formální stránky věci. Navrhl, aby soud žalobu zamítl.

IV. Replika žalobce

26. Žalobce v podání ze dne 12. 6. 2018 poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 2. 2018, č. j. 5 As 26/2017-22, věc *město Pelhřimov*, který podle jeho názoru podporuje jím použitou argumentační linii.

V. Posouzení věci

27. Soud, v souladu s § 51 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“), bez nařízení jednání přezkoumal v mezích žalobních bodů napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i rozhodnutí žalovaného včetně řízení předcházejících jejich vydání, a shledal, že **žaloba není důvodná**.
28. V dané věci je předmětem sporu otázka naplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v JŘBU dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Uvedená problematika byla opakovaně předmětem judikatury. V této souvislosti je ovšem nutno zdůraznit, že na jednotlivé judikatorní závěry je třeba nahlížet v první řadě prizmatem skutkových a právních důvodů, na jejichž podkladě byly v konkrétní věci vyřčeny.
29. Nejvyšší správní soud ve své rozhodovací činnosti, a to ve shodě s rozhodovací praxí Soudního dvora Evropské unie (viz např. rozsudky ze dne 10. 3. 1987 ve věci C-199/85, *Komise proti Itálii*, ze dne 18. 5. 1995 ve věci C-57/94, *Komise proti Itálii*, ze dne 28. 3. 1996 ve věci C-318/94, *Komise proti Německu*, ze dne 28. 10. 2002 ve věci C-385/02, *Komise proti Itálii*; či ze dne 10. 4. 2003 ve spojených věcech C-20/01 a C-28/01, *Komise proti Německu*),

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

30. Soud nikterak nezpochybňuje smysl žalobní argumentace vedené v tom směru, že podmínkou postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je prokázání skutečnosti, že objektivně existuje pouze jediný dodavatel, který je plnění schopen (v požadované kvalitě, v požadovaném rozsahu, v požadovaných specifikacích a v požadovaném čase) realizovat, tj. že předmět veřejné zakázky (jehož vymezení samo osobě není nekorektní kupř. tím, že bezdůvodně vylučuje ze soutěže o získání veřejné zakázky určitý okruh dodavatelů) je natolik specifický, že umožňuje realizaci výlučně jedním konkrétním dodavatelem, a to z důvodů technických či z důvodů potřeby ochránit existující výhradní práva. Soud nikterak nezpochybňuje ani to, že takto důvodná *ochrana výhradních práv* připadá v úvahu typicky v situaci, kdy zadavatel v minulosti nezískal licenční oprávnění, které je nezbytné pro pořízení dalšího přímo souvisejícího či navazujícího plnění, a stávající dodavatel není schopen či ochoten licenci poskytnout. Obdobně soud nezpochybňuje ani to, že důvody *technické* mohou souviset s oprávněným požadavkem zadavatele na zajištění nutné kompatibility, na minimalizaci rizika nefunkčnosti již pořízeného plnění, eventuálně na zabránění prokazatelnému enormnímu nárůstu nákladů zadavatele. V uvedených případech jde o situace, v nichž je poměrně jasně zřejmé, že by vedení jakéhokoli „otevřenějšího“ zadávacího řízení nevyvolalo širší hospodářskou soutěž (o získání veřejné zakázky) ani ekonomicky příznivější výsledek pro zadavatele; vše právě proto, že s vysokou mírou pravděpodobnosti objektivně existuje pouze jediný možný dodavatel. Uvedené však platí pouze tehdy, pokud takový stav je prokazatelně dán důvody, které zadavatel nemohl vůbec předvídat a které nejsou přičitatelné samotnému zadavateli, včetně jeho postupu v minulosti – ať už protiprávnímu či z pohledu navazujících zadavatelských procedur neprozíravému.
31. Žalovaný v napadeném rozhodnutí 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 přičitatelné právě jemu (byť ve vztahu k době relativně dávne). Právě proto nemůže obstát žalobcova argumentace objektivní existencí výlučně jediného dodavatele (z důvodu autorskoprávních a technických) pro použití JŘBU.
32. Pokud jde o samotné posouzení naplnění podmínek pro použití JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, mohou se v praxi objevovat v zásadě tři základní typové situace, v nichž podmínky pro použití JŘBU nebývají *materiálně* naplněny

a v nichž zadavatel není oprávněn zadávat navazující veřejnou zakázku prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění.

33. O *první* typovou situaci jde tehdy, pokud zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky poruší zákon regulující zadávání veřejných zakázek, v důsledku čehož není možné zadávat navazující veřejnou zakázku v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacích řízení, nýbrž toliko prostřednictvím JŘBU; jde tedy o situaci, kdy nutnost použití JŘBU je vyvolána předchozím porušením zákona při zadávání předchozí veřejné zakázky.
34. O *druhou* typovou situaci jde tehdy, pokud zadavatel sám vědomě způsobil stav exkluzivity, a to s úmyslem vytvořit podmínky pro použití JŘBU; jde tedy o situaci, kdy zadavatel si podmínky pro navazující zadávání s využitím výlučně JŘBU vytvořil právě proto, aby navazující veřejné zakázky mohl zadávat konkrétnímu dodavateli. V tomto případě není nezbytné, aby o postupu zadavatele v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku bylo žalovaným rozhodnuto coby o porušení zákona.
35. O první ani o druhou typovou situaci se v nyní posuzované věci nejspíše nejedná, ostatně ani žalovaný v tomto ohledu nic takového v napadeném rozhodnutí nedovodil.
36. *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 JŘBU s odkazem na ochranu práv duševního vlastnictví či technických důvodů. Ani v tomto případě není nezbytné, aby o postupu zadavatele v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku bylo žalovaným rozhodnuto coby o porušení zákona.
37. Od naposledy uvedené (třetí) typové situace je však třeba odlišit situaci, kdy zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky, s ohledem na skutkové okolnosti předcházející a provázející její zadávání, budoucí potřebu zadávat navazující veřejné zakázky předvídat skutečně objektivně nemůže, avšak z důvodu nastalé objektivní změny okolností je následně nucen navazující veřejnou zakázku zadat. Jak k tomu uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012-54, věc *Ministerstvo zemědělství II*, „[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 (pozn. zdejšího soudu: zjevně míněno „bez uveřejnění“) fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software. Dalším klíčovým faktorem je proměnlivost úkolů zadavatele. Pokud zadavatel připravuje software tak, aby software splnil v dané chvíli objektivně stanovené úkoly a byl po uplynutí určité doby životnosti vyřazen, zajisté tomu přizpůsobí i zadávací podmínky.“ Jestliže by nebylo možno odlišit naposledy uvedenou typovou situaci od třetí ze shora uvedených, reálně by to mohlo vyvolat praktickou neaplikovatelnost § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jednací řízení bez uveřejnění podle těchto ustanovení by se tak mohlo stát reálně vyprázdněnou kategorií, jež by existovala pouze v textu zákona. Není přitom žádného principiálního důvodu v praxi plošně eliminovat zákonem předvídanou možnost

zadávat veřejné zakázky, které mohou být z důvodu ochrany výhradních práv či technických důvodů splněny pouze jediným dodavatelem, prostřednictvím JŘBU – v těchto případech je omezení hospodářské soutěže akceptovatelné, a to právě kodifikací možnosti použít ve specifických situacích JŘBU.

38. V nyní projednávané věci z napadeného rozhodnutí plyne, že žalobce se nacházel ve třetí ze shora uvedených typových situací, s čímž soud vzhledem k okolnostem posuzované věci souhlasí. Žalobce tak nebyl oprávněn zadat předmětnou veřejnou zakázku prostřednictvím JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť v případě postupu jeho právního předchůdce nešlo o pouhou „nešikovnost“ při zadávání původní veřejné zakázky v roce 1994.

39. Pokud jde o *materiální předpoklad* postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, ten shledal žalovaný, potažmo předseda Úřadu klíčovým. Soud se s tímto hodnocením ztotožnil. Žalovaný se problematikou jeho naplnění zabýval zejména v bodech 92. až 104. rozhodnutí, související rozkladové námitky pak vypořádal předseda Úřadu. Žalovaný provedl podrobné porovnání předmětu původní smlouvy (viz zejména její úvodní ustanovení a bod 5.4) a dalších v průběhu doby uzavřených smluvních instrumentů s předmětem plnění nyní projednávané veřejné zakázky, přičemž dospěl k závěru, že žalobce (resp. jeho právní předchůdce) si již v době pořizování předmětného informačního systému musel být vědom potřeby jeho rozvoje, podpory, aktualizací, rozšíření či úprav, jinak by si nepochybně již v původní smlouvě nesjednal závazek spočívající v uzavření smlouvy garantující technickou podporu, vývoj a údržbu dodaného informačního systému. Zároveň vzhledem k tomu, že předmětný informační systém měl být zaveden ve velkém množství správních úřadů, nelze předpokládat, že se fungování tohoto systému provozního charakteru předpokládalo pouze po omezenou dobu. Takovou úvahu soud vyhodnotil jako přesvědčivou a odpovídající skutkovým zjištěním. Ostatně proti ní žalobce nepostavil v zásadě žádnou věcnou argumentaci. V případě předmětné veřejné zakázky se tedy nejednalo o budoucí potřeby, u kterých nešlo v době původního pořizování rozumně očekávat, že nastanou. Muselo-li být právnímu předchůdci žalobce již v době pořizování IS AVIS^{ME} zřejmé, že se jedná o systém s předpokládanou dlouhodobou životností, tím spíše musela být zjevná potřeba následné technické podpory poskytované v průběhu jeho používání. Lze dodat, že k uvedené problematice předseda Úřadu na základě rozkladové námitky v napadeném rozhodnutí (bod 54.) trefně podotkl, že „*stejně jako nemohl právní předchůdce obviněného s určitostí vyloučit, že původně vytvořený systém nebude v budoucnu vyměněn za systém jiný, nemohl stejnou měrou ani vyloučit, že původně vytvořený systém vyměněn nebude, resp. že by mohl být od roku 1994 provozován (udržován, aktualizován, apod.) několik dalších desetiletí, jak se ostatně skutečně stalo. A právě proto, že právní předchůdce obviněného nemohl s určitostí vyloučit, že mj. IS AVIS^{ME} bude provozován několik dalších desetiletí, nelze tu (z tohoto důvodu) hovořit o absenci ‚zavinění‘ při založení stavu exkluzivity majetkových autorských práv vybraného uchazeče, ba právě naopak.*“ S tímto závěrem soud plně souhlasí a odkazuje na něj.

40. Současně je nutno odmítnout argumentaci žalobce, jíž žalovanému do jisté míry podsouvá přijetí závěru, že zadavatel by si zřejmě měl „pro jistotu“ zajistit veškerá práva v maximální míře a za jakoukoliv cenu, a to i kdyby nebyl přesvědčen o dlouhodobé využitelnosti daného informačního systému, aby následně takový závěr označil za chybný a ekonomicky neudržitelný. Takový závěr však z rozhodnutí žalovaného, ani z rozhodnutí předsedy Úřadu neplyne, ale co je podstatné, zejména neodpovídá skutkové situaci v dané

věci. Relevanci pak v této souvislosti postrádá též žalobcovo tvrzení ohledně překotného rozvoje v oblasti informačních technologií a tzv. morálního zastarávání informačních systémů, pokud součástí předmětu plnění původní smlouvy bylo též zajištění údržby a provozu daného systému, jakož i argumentace ohledně začlenění Ministerstva financí v systému ústředních orgánů státní správy.

41. Žalobce dále v uvedených souvislostech označil za nepřiléhavý odkaz správních orgánů na rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci *město Vsetín*. K tomu lze uvést, že k téže námitce v rozkladu se již vyjádřil předseda Úřadu v bodě 55. napadeného rozhodnutí, a to tak, že příslušný odkaz žalovaného nesměřoval vůči postupu žalobcova právního předchůdce, ale toliko vůči postupu samotného žalobce v roce 2016 s tím, že je objektivním faktem, že stav exkluzivity majetkových autorských práv vybraného uchazeče byl založen, tedy ve smyslu judikátu ve věci *město Vsetín* „zaviněn“, jednáním žalobcova právního předchůdce. S touto aplikací principů uvedených v rozhodnutí ve věci *město Vsetín* na nyní projednávanou věc soud souhlasí, přestože je zjevné, že věc *město Vsetín* je založena na poněkud odlišné skutkové situaci. Zároveň z rozhodnutí ve věci *město Vsetín* nelze dovodit, že obecnou podmínkou pro nemožnost použití JŘBU v následné veřejné zakázce je chybný či dokonce nezákonný postup zadavatele při zadávání původní veřejné zakázky. Judikaturu je v tomto ohledu nutno vnímat komplexně, nikoli izolovaně. Ostatně Nejvyšší správní soud k tomu v rozsudku ve věci *Ministerstvo zemědělství I* uvedl, že není podstatné, zda žalovaný „*tvrdí, resp. ani v minulosti nedeklaroval, že by nevhodné chování žalobce bylo pochybením, kterým by žalobce porušil zákon o veřejných zakázkách*“ (shodně též např. bod [112] rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci *Opencard*). Klíčový je v tomto ohledu skutečně postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky navazující na původní smlouvu, neboť ten je předmětem dohledu žalovaného. V nyní projednávané věci tedy není zcela podstatná samotná okolnost, že právnímu předchůdci žalobce žádný právní předpis závazně nestanovil povinnost výběru dodavatele v zadávacím řízení upraveném zákonem, či v jakém rozsahu mají být upravena majetková autorská práva k IS AVIS^{ME}. Při zadávání veřejné zakázky navazující na původní smlouvu je však zadavatel povinen objektivně vyhodnotit celkový tehdejší i aktuální právní a skutkový stav. V nyní projednávané věci je tak např. tvrzená případná počáteční nevědomost původního zadavatele o době provozování daného informačního systému (či případný záměr jej provozovat toliko po určitou dobu; ten však v dané věci nebyl explicitně vyjádřen a prokázán) fakticky vyvrácena již pouhou skutečností, že se předmětné JŘBU konalo více než 20 let po uzavření původní smlouvy. Při objektivním hodnocení splnění podmínek pro zadávání předmětné veřejné zakázky v JŘBU provedeném se zohledněním aktuální znalosti všech skutkových okolností tak měl žalobce dospět k jednoznačnému závěru, že onou případnou nevědomostí již ani nelze argumentovat, neboť se během času změnila ve vědomost, že daný informační systém je již poměrně dlouho provozován a provozován má být i nadále. Jinak obecně řečeno, při zadávání navazující veřejné zakázky není hlavním předmětem činnosti zadavatele zjišťování a hodnocení izolovaného skutkového a právního stavu ke dni zadávání původní zakázky, resp. uzavírání původní smlouvy, ale primárně vyhodnocení celkové situace v okamžiku zadání navazující veřejné zakázky v JŘBU, přičemž podmínky pro její zadání je třeba posuzovat s ohledem na zákonnou úpravu účinnou v době jejího zadávání a se zohledněním rozhodovací praxe žalovaného a soudů známé v tu dobu. Vzhledem k tomu je mylná argumentace žalobce ohledně nepřipustně retroaktivního použití právních norem a porušení zásady právní jistoty.

42. Zdejší soud k tomu v bodě 44. rozsudku ze dne 17. 10. 2019, č. j. 62 Af 30/2018-101 (předmětem byla veřejná zakázka „*Vývoj IS CEDR MF, modul EHP a Norské fondy*“; kasační stížnost proti tomuto rozsudku zamítl Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 12. 3. 2020, č. j. 10 As 372/2019-56), uzavřel, že „*by se nutně přičila rozumnému pohledu na zadavatelské prostředí klidná akceptace stavu exkluzivity, ‚navždy‘ (po několik desetiletí) trvající, jen proto, že nově vznikající smlouvy navazují na smlouvy uzavřené ‚kdysi dávno‘. Jestliže byl stav vendor lock-in založen v době, kdy pohled na postupy nabízející ‚otevřenější‘ zadávací postupy nebyl přísný a nebyl v tuzemském prostředí ani dostatečně judikován a kdy ani rozumně uvažující zadavatelé nemuseli předvídat budoucí právní potíže při poptávce plnění od původního dodavatele, k němuž jej stav vendor lock-in vázal (za takové období lze považovat období devadesátých let minulého století, tedy kupř. i rok 1995, jímž argumentuje žalobce), pak by se zdejšímu soudu nejevilo jako zcela spravedlivé přičítat tento stav nyní zadavatelům k tíži v případech, kdy poptávka po nutně navazujících plněních na plnění původní (při jehož kontraktaci byl stav vendor lock-in založen) nebyla jasně a snadno předvídatelná. V nyní posuzované věci však poptávka po nutně navazujícím plnění byla od počátku jistá. Podstatné pro zdejší soud je, že nyní posuzované zadání veřejné zakázky je součástí předem dobře předvídatelného vývoje, který byl dán nikoli dobou, ve které byla původní smlouva uzavřena, nýbrž očekávatelnou potřebou navazující aktualizace systému, bez ohledu na důvody vzniku takové potřeby v budoucnu.*“ Tento závěr je plně použitelný i v nyní projednávané věci.
43. S odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci *Ministerstvo zemědělství I* žalobce dále namítl, že žalovaný je povinen prokázat v jednání zadavatele při vytváření stavu exkluzivity úmysl, a *contrario* je pak vyloučena nedbalost, resp. „nešikovnost“, zejména však nelze použít princip objektivní odpovědnosti, přičemž postup jeho právního předchůdce lze vyhodnotit maximálně jako „nešikovný“. Současně žalobce odmítl argumentaci žalovaného převzatou z věci *Opencard* (rozsudky Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013-131, a Nejvyššího správního soudu č. 3436/2016 Sb. NSS). S těmito námitkami se zdejší soud neztotožnil. Tu je nutno v první řadě uvést, že ani ve věci *Ministerstvo zemědělství I*, ani ve věci *Opencard* nebyly zcela totožné skutkové a právní okolnosti jako v nyní projednávané věci. Soud nicméně shledal, že žalovaný, který z předmětných rozhodnutí vycházel, se držel obsahu a smyslu principů v nich vyjádřených.
44. V rozsudku *Ministerstvo zemědělství I* Nejvyšší správní soud uvedl, že zadavatel se „*nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.*“ Dodal, že v každém jednotlivém případě je třeba „*velmi pečlivě vážit, zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný*“, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky. Kasační soud zdůraznil, že pro závěr o nesplnění materiální podmínky aplikace § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách nepostačí bez dalšího konstatovat, že si zadavatel sám v předcházející zakázce vytvořil právní omezení. Dospěje-li žalovaný k takovému závěru, je nutno *na toto chování zadavatele též „hledět z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky*“. Dále soud uvedl, že je „*otázkou účelnosti takto vynaložených veřejných prostředků, jestli je správné, aby si zadavatel vyhrazoval práva, o kterých nelze v době přípravy zadávacího řízení rozumně očekávat, že nastanou.*“
45. Krajský soud v Brně ve věci *Opencard* z citovaného rozsudku ve věci *Ministerstvo zemědělství I* vycházel, přičemž k němu, jakož i k předchozí judikatuře, konstatoval, že

této „argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného ‚zavinění‘ půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem, kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadávání navazujících zakázek“. Nejvyšší správní soud v řízení o kasační stížnosti proti tomuto rozsudku uvedený závěr potvrdil a uzavřel, že žalobce si byl vědom charakteru, technologické náročnosti a nutnosti následného rozvoje projektu, proč se nemůže s úspěchem odvolávat na svou „nešikovnost“ či „nevědomost“ (bod [103] rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci *Opencard*).

46. Jak uvedeno již výše, v nyní projednávané věci žalobcův právní předchůdce věděl už v době uzavření původní smlouvy o budoucí potřebě plnění ohledně podpory IS AVIS^{ME}, a musel je tak *rozumně očekávat*. Jak přitom plyne z výše citované judikatury, není nezbytně nutné, aby toto jednání zadavatele bylo již činěno s nějakým nekalým úmyslem budoucího obcházení zákona o veřejných zakázkách. V tomto ohledu předseda Úřadu v bodě 55. napadeného rozhodnutí správně podotkl, že pojem „zavinění“ není soudy v uvedených souvislostech používán „ve smyslu jakékoli delikt ní odpovědnosti za navození stavu exkluzivity, nýbrž ve smyslu vyloučení ‚nešikovnosti‘ tamního zadavatele“. Pokud pak Nejvyšší správní soud na závěr rozsudku ve věci *Ministerstvo zemědělství I* konstatoval, že „[v] postupu žalobce není možno shledávat účelovost a úmysl obejítí zákona o veřejných zakázkách při zadávání návazných veřejných zakázek“, hodlal tím toliko zdůraznit skutkovou odlišnost dané věci od judikatury, na niž bylo stěžovatelem v dané věci odkazováno a v níž o taková jednání šlo.
47. Argumentoval-li žalobce v uvedených souvislostech rozsudkem Nejvyššího správního soudu ve věci *město Pelhřimov*, nutno konstatovat již shora zmíněnou tezi, že na jednotlivé judikatorní závěry je třeba nahlížet v první řadě prizmatem skutkových a právních důvodů, na jejichž podkladě byly v konkrétní věci vyřčeny. I ve věci *město Pelhřimov* přitom byl skutkový stav poněkud jiný než v právě projednávané věci. Zadavatel – jednotka územní samosprávy – řešil ve veřejném zadávání v rámci rozvoje e-governmentu upgrade spisové služby. Nečinil tak však formou JŘBU, ale formou otevřeného nadlimitního zadávacího řízení, v němž vymezil specifické technické podmínky (zakázal migraci stávajících dat) ve smyslu § 45 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Právě ty žalovaný shledal neodůvodněnou překážkou hospodářské soutěže. Pátý senát Nejvyššího správního soudu v první řadě zdůraznil, že „[v] každém jednotlivém případě je nezbytné přihlídnout ke specifickým okolnostem příslušné veřejné zakázky, za nichž je zadávána.“ Dále vycházel i ze své předchozí judikatury (věci *Ministerstvo zemědělství I a II*), přičemž logicky konzistentně dovodil, že předpisy regulující veřejné zadávání nemohou znemožnit veřejnou zakázku, jejímž předmětem je rozšíření a vylepšení stávajícího, léta fungujícího produktu, s potřebným zohledněním stávajícího stavu, neboť by to znamenalo „zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit celý produkt znovu a znehodnotit tak již vynaloženou investici na dosavadní produkt“. Nejvyšší správní soud tedy opakovaně akcentoval též potřebu posuzovat chování zadavatele „z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky“. Tím však nemínil negovat podmínky pro postup zadavatele při zadávání pozdější, navazující veřejné zakázky plynoucí ze zákona (ať již z § 23 či z § 45 zákona o veřejných zakázkách) a dále z judikatury. Jak výslovně uvedl v bodu [30], těmito hledisky je třeba posuzovat předchozí chování zadavatele, a to za účelem objektivizace jeho dřívějšího přístupu a coby jistá forma ochrany před schematickým přijímáním závěru o způsobení exkluzivity dřívějším jednáním zadavatele. Právě na tomto podkladě Nejvyšší správní soud shledal, že dotýčný zadavatel sice dříve „vytvořil určité omezení, jehož

důsledkem je nezbytnost subdodávky či licenčního ujednání uchazečů o veřejnou zakázku se společností SoftHouse“, nebylo však prokázáno, že by dřívější postup zadavatele postrádal objektivní důvody a směřoval k zajištění budoucího výhradního postavení společnosti SoftHouse. Právě na základě uvedeného kasační soud následně (bod [33]) konstatoval, že „[z]a výše popsaných okolností by odmítnutí uvedené společnosti poskytnout subdodávku či nezbytnou licenci uchazeči o veřejnou zakázku mohlo znamenat naplnění podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění [viz zejm. § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ]“ (podtržením zvýraznil zdejší soud). S těmito závěry však není postup žalovaného, resp. předsedy Úřadu v nyní projednávané věci v rozporu.

48. Žalobce též nesouhlasil se závěrem správních orgánů, že neunesl *důkazní břemeno* ohledně splnění podmínek JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. K této námitce je třeba v první řadě uvést, že např. již v rozsudku ve věci *Ministerstvo zemědělství I* dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že důvody pro zadání veřejné zakázky formou JŘBU musí být objektivně dány a zadavatelem jednoznačně prokázány. Jinak řečeno, ten, kdo se dovolává existence okolností opravňujících k použití JŘBU, nese v tomto ohledu také důkazní povinnost. Zvolil-li zadavatel výjimečný postup, jenž spočívá v uzavření smlouvy na veřejnou zakázku bez uveřejnění, tedy bez reálné možnosti dodavatelů získat povědomí o zadávané veřejné zakázce, je to právě zadavatel, kdo *musí mít před zahájením takového postupu postaveno najisto*, že jsou pro to naplněny konkrétní důvody. Za zadavatele takové důvody vskutku nikdo (ani žalovaný) sám domýšlet a vyhledávat nemůže, jednoduše již jen proto, že nikdo konkrétní okolnosti na straně zadavatele nemůže znát (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 3. 2020, č. j. 10 As 372/2019-56, či ze dne 10. 12. 2020, č. j. 4 As 207/2020-40).
49. Tu je nutno konstatovat, že žalovaný skutečně ve zvýšené míře akcentoval okolnost, že znalecký posudek Ing. M. žalobce neměl v okamžiku zahájení JŘBU k dispozici a pořídil jej až po uzavření smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku, tedy *ex post*. To však neznamená, že se předmětným znaleckým posudkem věcně nezabýval (viz zejména bod 77. rozhodnutí), a už vůbec k takovému závěru nelze dospět ve vztahu k předsedovi Úřadu (viz body 44. až 47. napadeného rozhodnutí). Pokud pak jde o samotný znalecký posudek č. 56/2016 Ing. M. M., soud se plně ztotožnil s jeho hodnocením ze strany žalovaného, potažmo předsedy Úřadu. Tu je nutno v první řadě obecně konstatovat, že znalecký posudek je nepochybně významným druhem důkazního prostředku a v rámci dokazování v řízení před orgánem veřejné moci mu přísluší významné místo. Nelze však pustit ani na okamžik ze zřetele, že ze stěžejních zásad dokazování v novodobém správním či soudním procesu vyplývá požadavek kritického hodnocení všech důkazů, včetně znaleckého posudku. Znalecký posudek je nutno hodnotit stejně pečlivě jako každý jiný důkaz; ani on *a priori* nepožívá větší důkazní síly, a musí být podrobován všestranné prověrce nejen právní korektnosti, ale i věcné správnosti. Hodnotit je třeba celý proces utváření znaleckého důkazu, včetně přípravy znaleckého zkoumání, opatřování podkladů pro znalce, průběhu znaleckého zkoumání, věrohodnosti teoretických východisek, jimiž znalec odůvodňuje své závěry, spolehlivosti metod použitých znalcem a způsobu vyvozování jeho závěrů. Bylo by popřením zásady volného hodnocení důkazů orgánem veřejné moci podle svého vnitřního přesvědčení, privilegiováním znaleckého důkazu a přenášením odpovědnosti za skutkovou (popř. i právní) správnost rozhodování na znalce, pokud by orgán veřejné moci ponechával bez povšimnutí věcnou správnost znaleckého posudku, popř. bez dalšího důvěřoval závěrům znalce.

50. Hodnocení znaleckého posudku správními orgány, tedy že „že otázka č. 1 položená znalci přímo nesměřuje k řešení otázky, zda objektivně existují technické důvody pro to, aby plnění, které mělo být předmětem veřejné zakázky, mohlo být z technických důvodů zadáno v JŘBU a otázka č. 2 položená znalci (a jeho odpověď) zcela nepokrývá celý předmět veřejné zakázky“ (bod 44. rozhodnutí předsedy Úřadu), plně odpovídá jeho skutečnému obsahu. Nelze přitom mít za to, že by se správní orgány se znalcem pouštěly do odborných či technických půtek, pouze jím vypracovaný posudek kriticky hodnotily. Znalecký posudek tudíž nebylo možné považovat za jednoznačný důkaz, který by mohl rozptýlit pochybnosti o existenci technických důvodů pro použití JŘBU.
51. K uvedenému je navíc nutno ve shodě se správními orgány konstatovat, že i kdyby se žalobci podařilo prokázat, že neexistuje subjekt odlišný od vybraného uchazeče, jenž by byl schopen realizovat předmět dané veřejné zakázky, nic to nemění na skutečnosti, že stav exkluzivity na jeho straně byl způsoben toliko jednáním žalobcova právního předchůdce [bod 104. rozhodnutí žalovaného, bod 46. rozhodnutí předsedy Úřadu]. Tedy v situaci, kdy nebyl naplněn materiální předpoklad postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, bylo prokazování předpokladů formálních fakticky nadbytečné.
52. Tento závěr přitom platí i ve vztahu k formálnímu předpokladu spočívajícímu v ochraně výhradních (zde autorských) práv. Současně je plně opodstatněný závěr předsedy Úřadu, že v dané věci ve své podstatě „nejde o technickou nemožnost plnění předmětu veřejné zakázky jiným dodavatelem než vybraným uchazečem, nýbrž o faktický důsledek exkluzivity autorských práv vybraného uchazeče vyplývající z původní smlouvy“ (bod 46. napadeného rozhodnutí; obdobně bod 47. ve vztahu k provádění změn ve zdrojovém kódu IS AVIS^{ME} a strukturách jeho databázi). K žalobní argumentaci týkající se nemožnosti použití tzv. zákonných licencí ve smyslu § 66 odst. 1 autorského zákona postačí v této souvislosti poukázat na bod 51. napadeného rozhodnutí, podle něhož je polemika ohledně aplikovatelnosti § 66 odst. 1 autorského zákona s ohledem na závěry o „zaviněném“ založení stavu exkluzivity majetkových autorských práv vybraného uchazeče právním předchůdcem žalobce nadbytečná a činěná nad rámec nutného posouzení splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky JŘBU“.
53. Pokud pak žalobce namítl, že se dostal do technicky i ekonomicky bezvýchodné situace, kterou vědomě, ani svou chybou nevytvořil, a která ohrožuje řádný výkon dané funkce státu, popř. že konání JŘBU bylo jedinou legální cestou, jak zachovat autorská práva vybraného uchazeče, nutno konstatovat, že soud nepopírá složitost celkového žalobcova postavení v momentě zadávání předmětné veřejné zakázky a je dalek postoji, který by mohl být, byť třeba i jen vzdáleně, vnímán jako poskytování tzv. „knížecích rad“. Poukazováním prizmatem však s ohledem na shora uvedená právní východiska nelze na nyní projednávanou věc nahlížet. Žalobci je jednak přičitatelná činnost, popř. nečinnost jeho právního předchůdce, jednak nelze přehlédnout dlouhodobý horizont existence a provozování předmětného informačního systému (a to též již za účinnosti zákona o veřejných zakázkách). Předmětem dohledu žalovaného bylo dodržení zákonných podmínek pro zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU. Otázka konkrétních dopadů závěru žalovaného o nemožnosti použití JŘBU v daném případě je však problematikou poněkud jinou. Žalobce v rámci využití JŘBU poukázal na technické důvody a na ochranu výhradních práv dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Pokud tyto zákonem stanovené důvody pro použití JŘBU nebyly splněny, byť třeba i jen ve svém materiálním předpokladu, nemohou případné dopady nemožnosti aplikace tohoto

specifického postupu dle předmětného ustanovení samy o sobě jeho využití odůvodnit. Uvedené platí *mutatis mutandis* též na tvrzení žalobce, že jde o reálnou proveditelnost investice žalobce z hlediska nedostatku disponibilních finančních prostředků, popř. její neúčelnost či ne hospodárnost, v případě, že by hodlal přistoupit k přesoutěžení používaného informačního systému.

54. Závěrem se soud z úřední povinnosti zabýval otázkou, zda by případně aplikovaná pozdější právní úprava (zejména zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek) nebyla pro žalobce příznivější, dospěl však k závěru, že tomu tak není.

VI. Závěr a náklady řízení

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

Poučení:

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

Brno 31. května 2021

JUDr. Zuzana Bystřická
předsedkyně senátu

v. z. Mgr. Petr Pospíšil v.r.
člen senátu
(§ 54 odst. 2 věta druhá s. ř. s.)