



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 4. 1. 2018, č. j. ÚOHS-R0197/2017/VZ-00304/2018/322/AHo

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 13. 10. 2017, č. j. ÚOHS-S0345/2017/VZ-29880/2017/511/ŠKm, ve věci možného spáchání přestupku při zadávání veřejné zakázky „*Vývoj IS CEDR II v roce 2015*“ v jednacím řízení

bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k jednání ze dne 3. 12. 2015 (oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 23. 3. 2016, v Úředním věstníku Evropské unie pak dne 26. 3. 2016; dále též „předmětná veřejná zakázka“). Tímto rozhodnutím žalovaný shledal, že se žalobce při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, neboť nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 téhož zákona, kdy předmětnou veřejnou zakázku z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, kdy důvody spočívající v existenci technických důvodů a v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče ASD Software, s. r. o., zaviněně vytvořil právní předchůdce žalobce, kterým byla Česká republika – Ministerstvo financí, v důsledku svého předchozího postupu při uzavření smlouvy o dílo číslo ASD/MF/II/97 ze dne 14. 3. 1997 za účelem realizace projektu CEDR II, který si potřeby budoucích návazných plnění souvisejících s předmětem této smlouvy musel být vědom, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a žalobce uzavřel dne 10. 3. 2016 s vybraným uchazečem smlouvu o dílo „*Vývoj IS CEDR II v roce 2015*“ č. SDI-2015-110-000009. Za spáchání tohoto přestupku žalovaný uložil žalobci pokutu ve výši 100 000 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. 58/2016 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 žalobce ze znaleckého posudku plyne, že mezi jednotlivými moduly systému jsou technické a technologické návaznosti vylučující zásah třetí strany a že veškeré změny v IS CEDR jsou možné pouze s přístupem ke zdrojovým kódům. Podle žalovaného však odpovědi znalce v předloženém posudku představují toliko souhrn obecných domněnek poukazujících na problémy, se kterými se potýkají obecně zadavatelé v případě každé větší zakázky v oblasti ICT služeb či dodávek. Znalecký posudek představuje souhrn rizikových aspektů, kterým by musel zadavatel čelit v případě postupu mimo JŘBU, resp. postupu, kdy veřejná zakázka nebude přidělena stávajícímu dodavateli. Znalec jako důvod pro postup v JŘBU akcentoval časová,

provozní a zejména pak ekonomická rizika spojená s výměnou dodavatele, žalobce pak spatřoval technické důvody v nekompatibilitě řešení dodaného novým dodavatelem s nyní využívaným informačním systémem a rovněž v nepřiměřených technických obtížích při provozu. Dle žalovaného však lze pochybovat o existenci technických důvodů pro použití JŘBU, neboť tyto ze znaleckého posudku jednoznačně nevyplývají, jeho závěry jsou toliko obecné a podrobně neodůvodněné. Výčet problematických/rizikových faktorů prezentovaných znalcem nelze bez dalšího považovat za jednoznačné prokázání technické výlučnosti ve prospěch stávajícího dodavatele. Zadavatel tak neprokázal, že z hlediska technického opravdu v době zadání veřejné zakázky neexistoval jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky. Nicméně, i kdyby se žalobci podařilo prokázat, že neexistuje subjekt odlišný od vybraného uchazeče, jenž by byl schopen realizovat předmět veřejné zakázky, nic to nemění na skutečnosti, že stav exkluzivity na straně vybraného uchazeče byl způsoben pouze konkrétním jednáním žalobce, resp. jeho právního předchůdce, který svou dlouhodobou nečinností tento stav umožnil.

4. K existenci objektivních důvodů pro použití JŘBU spočívajících v nutnosti *ochrany autorských práv*, žalovaný uvedl, že lze obecně předpokládat, že vytvořený software je chráněn coby dílo ve smyslu příslušných autorskoprávních předpisů. Vzhledem k tomu, že zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů [autorský zákon], v § 66 odst. 1 písm. a), b) definuje různé formy užívání autorského díla [zákonné licence], nelze vždy automaticky uzavřít, že z důvodu ochrany práv vyplývajících z autorského zákona byl vybraný uchazeč skutečně jediným možným dodavatelem k realizaci šetřené veřejné zakázky. Oprávnění žalobce k určitým uživatelským úpravám programu může vycházet ze zákonné licence oprávněného uživatele počítačového programu. Ze znaleckého posudku nevyplývá, že by znalec reflektoval nastíněné aspekty autorského zákona. Z pouhého předložení smluv pak lze toliko dovodit, že předmětný informační systém vznikl jakožto autorské dílo. Žalobce však nijak neprokázal, že by to byl pouze a výhradně vybraný uchazeč, kdo je jediným subjektem, který může veřejnou zakázku realizovat. Nicméně i kdyby se taková skutečnost žalobci podařila prokázat, nic to nemění na tom, že stav exkluzivity výhradních práv vybraného uchazeče byl způsoben právním jednáním žalobcova předchůdce. Přitom žalobcem tvrzená autorskoprávní ochrana IS CEDR II a z ní plynoucí nemožnost jiného dodavatele do systému zasahovat, by jako oprávněný důvod pro použití JŘBU obstála pouze v případě, že by nebyla zaviněně způsobena žalobcem či jeho právním předchůdcem.
5. Dále se žalovaný zabýval naplněním *materiální podmínky* pro postup v JŘBU. Zadavatel totiž musí před zadáním prvotní veřejné zakázky posoudit potřebu budoucích (navazujících) plnění a v případě existence takové potřeby uzavřít takovou smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli a umožní realizovat tato předpokládaná plnění bez využití JŘBU. V této souvislosti žalovaný konstatoval, že již z textu původní smlouvy uzavřené dne 14. 3. 1997, konkrétně z jejího § 8 bodu 1., je zcela zřejmé, že žalobce měl při jejím uzavření zájem na tom, aby mu vybraný uchazeč v budoucnu poskytoval další služby související s rozvojem a změnami IS CEDR II. Předmětem smlouvy o vývoji je dle jejího čl. 2. zajištění úprav a rozvoje (rozšíření funkcionality) daného systému. Dle žalovaného přitom pojem „rozvoj a změny“, použitý v původní smlouvě, nepochybně významově odpovídá pojmu „úpravy a rozvoj“, použitému ve smlouvě o vývoji. Z toho jasně plyne, že budoucí potřeby plnění, jež je předmětem smlouvy o vývoji, si byl žalobcův právní předchůdce minimálně v obecné rovině vědom již

při uzavírání původní smlouvy. Navíc, již při uzavření původní smlouvy muselo být žalobci, resp. jeho právnímu předchůdci, zřejmé, že se nejedná o jednorázový či jednoúčelový informační systém s dočasným použitím a že v průběhu jeho užívání bude zapotřebí v něm provádět změny a úpravy. Právní předchůdce žalobce tedy již v době uzavření původní smlouvy věděl o potřebě rozvoje a změn (úprav), které jsou předmětem plnění v nyní uzavřené smlouvě. Nelze tak konstatovat, že by potřeba předmětných prací vznikla nezávisle na vůli žalobce právního předchůdce a že jeho postup byl pouze „nešikovný“. Žalobcův právní předchůdce sice patrně nemohl při uzavírání původní smlouvy přesně vědět, jaké konkrétní činnosti v rámci zajištění rozvoje a změn systému bude v budoucnu třeba provést, pro posouzení jeho postupu jako zaviněného je však zcela dostačující, že prokazatelně měl vědomí o tom, že určité činnosti v rámci zajištění rozvoje a změn systému bude třeba zadat. Přitom činnosti, jež jsou předmětem dané veřejné zakázky, představují obecně takový druh činností, u kterých lze již z povahy věci rozumně předpokládat, že v průběhu užívání systému IS CEDR II vznikne potřeba jejich provedení (např. úprava stávajících mechanismů a postupů dle legislativních změn, změn metodických postupů a dle jiných požadavků). Proto nelze dospět k závěru, že činnosti, které jsou předmětem nyní šetřené veřejné zakázky, jsou činnosti neočekávané a vznikly v důsledku nepředvídatelných okolností. Na základě nařízení vlády č. 244/1995, kterým se stanoví podmínky státní finanční podpory hypotečního úvěrování bytové výstavby, pak musel právní předchůdce žalobce jednoznačně předpokládat, že určitý systém související s evidencí a kontrolou poskytování státní finanční podpory hypotečního úvěrování bytové výstavby bude muset provozovat a případně i rozvíjet z dlouhodobého hlediska. Právnímu předchůdci žalobce tedy již v době pořízení systému CEDR (v roce 1995), resp. CEDR II (1997), muselo být zřejmé, že se jedná o systém s předpokládanou dlouhodobou životností. O to více pak musela být potřeba následné úpravy a rozvoje systému v průběhu jeho používání zjevná. Žalobce přitom ve správním řízení neprokázal opak. Žalobce založení autorskoprávní či technické exkluzivity vybraného uchazeče sám ovlivnit nemohl, jako zadavatel však měl při vzniku potřeby dodatečných úprav, aktualizací nebo rozšíření systému, který od Ministerstva financí převzal do své kompetence, povinnost zvažovat, zda jsou podmínky pro použití JŘBU naplněny. Žalobci tak není vytýkán chybný postup jeho právního předchůdce při uzavírání původní smlouvy, ale chybný postup při vyhodnocení toho, zda jsou splněny podmínky pro uzavření nynější smlouvy v JŘBU. Nebyly-li naplněny zákonné důvody, pak měl žalobce postupovat jinak, přičemž ani toliko tvrzená hospodárnost jeho postupu nemůže uvedenou nezákonnost zhojit. Přístup žalobce by vedl k tomu, že na roky či dokonce desítky let by se předmětem soutěže nestaly veřejné zakázky, které by jinak bylo lze soutěžit v široké hospodářské soutěži. Prakticky u každého informačního systému, jehož použití není jednorázové, lze předpokládat potřebu provádění alespoň minimálních úprav, které jsou důsledkem vnějších faktorů, jako je např. změna legislativy, změna metodických pokynů, změna interních postupů u uživatele systému apod., které vyvolají potřebu úpravy systému v průběhu jeho užívání. Již jen z tohoto faktu lze dovozovat potřebu návazných plnění, a tedy zavinění stavu exkluzivity vybraného uchazeče právním předchůdcem žalobce, pokud v původní smlouvě přistoupil na smluvní ujednání, která mu umožňovala systém pouze užívat, na základě čehož musel být srozuměn se zadáváním následných plnění přímo vybranému uchazeči.

6. K *dalším námitkám* žalobce žalovaný uvedl, že nikterak nerozporuje korektnost původních zadávacích podmínek z pohledu tehdy účinného zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Žalobci není vytýkán případný chybný postup jeho

právního předchůdce při uzavírání původní smlouvy, ale chybný postup žalobce při vyhodnocení, zda jsou splněny podmínky pro uzavření nynější smlouvy v JŘBU. Žalovaný dále konstatoval, že v případě neúčelných a ne hospodárných výdajů a ochrany stávajících investic se nejedná o důvody, jež pro použití JŘBU stanoví zákon. I dle judikatury sama zásada hospodárnosti nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití JŘBU zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže. Ekonomická stránka předmětné veřejné zakázky tedy sama o sobě nemůže být důvodem pro využití JŘBU. Získání veřejné zakázky na dodávku informačního systému nemůže být pro vybraného uchazeče spojeno s „věčným bonusem“ v podobě časově neomezeného výhradního práva na jeho další rozvoj a úpravy. I v případě, že by výsledkem ekonomické analýzy v jednom konkrétním případě bylo, že je hospodárnější, efektivnější a účelnější zadat zakázku na další provoz a běžnou údržbu systému jeho původnímu dodavateli, než pořídit celý systém znovu a znehodnotit finanční prostředky do stávajícího systému již investované, tento závěr nemůže bez dalšího obstát, pokud zadávání bez veřejné soutěže se bude opakovat po prakticky neomezenou dobu, přičemž v této souvislosti nelze přehlédnout, že systém CEDR II byl vytvořen již před 20 lety.

7. *Předseda Úřadu* se v odůvodnění rozhodnutí o rozkladu ztotožnil se závěry žalovaného. K námitce nemožnosti existence předpokladu žalobcova předchůdce o nezbytnosti zásahů do IS CEDR II, zdůraznil, že účelem tohoto systému je zajištění specifické činnosti vykonávané na základě právních předpisů, z čehož vyplývá, že nepůjde o činnost jednorázovou či krátkodobou. Aby mohl předmětný informační systém sloužit k danému účelu, musí být vytvořený na míru a předpokládá dlouhodobé užívání. Z původní smlouvy je patrné, že tato nebyla uzavřena na dobu určitou. Z ničeho tedy nevyplývá záměr žalobcova právního předchůdce využívat předmětný informační systém krátkodobě (tj. po omezenou dobu, ve které není třeba následných zásahů do systému), přičemž naopak lze vyvodit zřetelnou představu nezbytnosti budoucích zásahů do systému (upgrady, opravy nevyhovujícího stavu, začlenění nové právní úpravy aj.). Nelze si dost dobře představit, že jakýkoliv software, který má být efektivně využíván po delší časový úsek, nebude potřebovat následné úpravy, rozšíření apod.
8. tento předpoklad změn a úprav sice vyplývá z původní smlouvy, nelze však přitom opomíjet skutečnost, že jednotlivými dodatky k původní smlouvě byl tento předpoklad měněn, a sice tak, že jeho dvouletý horizont byl vždy postupně prodlužován v období dalece přesahující dva roky. Předpoklad nutnosti změn a úprav IS CEDR II tak byl vyjádřen nejen v původní smlouvě, ale přetrvával, resp. byl žalobcem, resp. jeho předchůdcem opakovaně prodlužován a utvrzován jednotlivými dodatky k původní smlouvě. Právě tento faktický postup je v přímém rozporu s nyní tvrzenou představou žalobce, resp. jeho předchůdce o horizontu toliko dvou let předpokládaného dalšího rozvoje či změn IS CEDR II. Pro dané správní řízení je přitom podstatné, že takto utvářený předpoklad o nutnosti dalšího rozvoje či změn IS CEDR II byl již nepochybně dán právě v době zadání předmětné veřejné zakázky. Stav exkluzivity byl tedy vytvořen zaviněně, jelikož právní předchůdce musel předpokládat nutnost zadávání navazujících zakázek. Žalobce coby zadavatel následně dospěl k mylnému závěru, že splnil zákonné požadavky pro zadání veřejné zakázky v JŘBU.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

9. 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 CEDR II nebylo zaviněno postupem Ministerstva financí při uzavírání prvotní smlouvy o dílo, 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.
10. 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.
11. 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.
12. K problematice naplnění *formálních předpokladů* postupu podle § 23 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách žalobce v první řadě poukázal na znalecký posudek č. 58/2016 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. Tento posudek přitom obsahuje dostatečné odůvodnění technické povahy IS CEDR II a veškerých s tím souvisejících aspektů tohoto informačního systému, který představuje kontrolní subsystém IS CEDR. Funkcí IS CEDR II je podpora při provádění kontrol poskytovaných dotací pracovníky orgánů finanční správy. Je realizován ve třech typech subsystémů umístěných na pracovištích orgánů finanční správy a s využitím jeho funkcí je možné kontrolovat účelovost vynaložení finančních prostředků státního rozpočtu a Evropské unie přímo u příjemců dotací. Jde přitom o jedinečný (atypický) informační systém.
13. Jak plyne ze znaleckého posudku, různí dodavatelé nemohou činit zásahy do jednotlivých modulů IS CEDR 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 CEDR II, jiného na poskytování technické podpory tohoto systému a dalšího např. na úpravu jeho uživatelského prostředí či správu souvisejících webových aplikací. 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 CEDR je přitom zřejmá právě již jen z neoddělitelnosti těchto modulů.

14. S nedělitelností IS CEDR a jeho jednotlivých modulů (IS CEDR II) 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.
15. Předmětný znalecký posudek obsahuje odborné technické důvody pro zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU. Jeho hodnocení žalovaným bylo nesprávné. Stejně jako znalec není oprávněn vyvozovat ze skutkových okolností jakékoliv právní závěry, neboť to přísluší správnímu orgánu, nemůže ani správní orgán posuzovat technickou stránku věci, neboť to je výsadou znalce. Ze způsobu, jakým žalovaný hodnotil znalecký posudek, neplyne hlubší porozumění technické stránce věci. Žalobce proto navrhoval vypracování oponentního znaleckého posudku žalovaným. Ten tak však neučinil, přestože je povinen zjistit skutkový stav věci.
16. Pokud jde o výhradní (zde autorská) práva, kdy je nepochybné, že IS CEDR II 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 CEDR II. Původní smlouva zavazovala objednatele užívat projekt a dodané programové vybavení jen k účelu předpokládanému smlouvou a nepředat je třetím osobám a ani jim neumožnit tento projekt a programové vybavení jakýmkoliv způsobem využívat bez písemného souhlasu zhotovitele. V otázce postoupení autorských práv vedl žalobce se stávajícím dodavatelem v minulosti jednání, ten však odmítl, jak plyne i z jeho jednotlivých čestných prohlášení.
17. 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 ze strany stávajícího dodavatele nelze vyčíst žádný zájem na tom, aby bylo do IS CEDR II jakkoliv zasahováno jinými subjekty než právě autorem tohoto IS.
18. 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 CEDR II 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.

19. 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 CEDR II zasahovat, resp. tento předpoklad mohl na straně Ministerstva financí sice vzniknout, nicméně již nebyl důvod upravovat autorská práva k IS CEDR II způsobem, jaký předpokládají správní orgány. K argumentaci žalovaného nařízením vlády č. 244/1995 Sb. žalobce uvedl, že Ministerstvo financí sice mohlo předpokládat, že bude muset vytvořit a využívat určitý informační systém související se správou daní, nicméně nemohlo s určitostí vyloučit, že původně vytvořený systém nebude v budoucnu vyměněn za systém jiný a pro ministerstvo lépe vyhovující. Tato potřeba přitom mohla vyvstat zejména v počátečních fázích vývoje daného informačního systému, případně v krátké době po jeho uvedení do provozu. Vzhledem k rozsahu agendy (především pak ve spojitosti s administrací a kontrolou dotací v České republice v rámci programových období evropských strukturálních fondů) se IS CEDR a dále i IS CEDR II stal „klíčovým“ až dodatečně, tedy nikoliv při svém vzniku v roce 1995, resp. 1997. 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 CEDR II 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.
20. 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 CEDR II. 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 1997 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 CEDR II 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 CEDR II, neboť to nebylo ani ekonomicky ani právně odůvodnitelné. V této souvislosti žalobce poukázal na zásadu právní jistoty a na nepřipustnost 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.

21. 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 1997) 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 CEDR II dlouhodobě. Potenciální potřeba úpravy autorských práv v rozsahu uvažovaném žalovaným bude existovat vždy, je ovšem otázka, zda je v tom kterém případě ekonomicky odůvodnitelné na ni v danou chvíli reagovat. Žalobce byl postaven před skutečnost, že jedinou alternativou, chtěl-li se zbavit závislosti na stávajícím dodavateli, a tedy chtěl-li se vyhnout zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU, by bylo celý IS CEDR (a nikoliv pouze IS CEDR II jako jednu jeho část) nahradit systémem zcela jiným a od jiného dodavatele. Opětovné vysoutěžení celého systému takříkajíc na „zelené louce“, však za existence důvodů opravňujících žalobce k použití JŘBU nelze považovat za opodstatněné a souladné se smyslem zákona spočívajícím též v zásadě hospodárného, efektivního a účelného vynakládání veřejných prostředků. Žalobce by totiž opakovaně soutěžil řešení, které má již k dispozici, prokazatelně vyhovuje jeho potřebám a do kterého zároveň v průběhu let investoval nemalé prostředky z veřejných zdrojů. Jak plyne z judikatury, opakované vytváření a financování plnění, kterými zadavatel již disponuje, je rozporné se smyslem zákona, přičemž byla-li shledána existence potenciality zásahu do autorských děl osloveného dodavatele nadto podpořená existencí technických důvodů pramenících z povahy používaného IS, jedná se zcela dostatečný důvod pro zadání zakázky v JŘBU. 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.
22. 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.

23. 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“.
24. 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 CEDR II nadále nepoužitelný, tj. nebylo by možné činit úkony v rámci poskytování a kontroly dotací. IS CEDR II byl a je nedílnou součástí fungující informační infrastruktury žalobce, jejíž funkčnost nemohla být v žádném případě ohrožena tvorbou nového informačního systému v rámci vypsání otevřeného řízení. Výkon agendy kontroly dotací orgány finanční správy by byl bez technické podpory IS CEDR II značně omezen, což by v konečném důsledku mohlo znamenat významný dopad na celý systém poskytování a kontroly dotací v České republice a narušení základních informačních toků mezi poskytovateli dotací a orgány finanční správy. Výkon agendy kontroly dotací orgány finanční správy byl nicméně toliko motivací, nikoli nosným důvodem použití JŘBU v daném případě, kdy způsob jejího zajištění formou JŘBU byl podpořen objektivními skutečnostmi. Nosným důvodem pro použití JŘBU pak nebyla primárně ani zásada hospodárnosti.
25. Přitom, i kdyby žalobce přistoupil k realizaci otevřeného zadávacího řízení, bylo by při pořízení nového informačního systému nutné pro zabezpečení řádné migrace enormního objemu dat, s nimiž IS CEDR operuje, jakož i řádného plnění funkcí žalobce coby organizační složky státu, zajistit paralelní koexistenci nového a starého informačního systému, a to pravděpodobně po dobu několika let. Tato koexistence by pak nebyla možná bez uzavření příslušné smlouvy se stávajícím dodavatelem, a to opět formou JŘBU.
26. 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.

27. 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

28. Ve vyjádření k žalobě ze dne 3. 5. 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

29. 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

30. 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**.
31. 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.
32. 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*).

33. Soud nikterak nezpochybňuje smysl žalobní argumentace vedené v tom směru, že podmínkou postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) zákon o veřejných zakázkách je prokázání skutečnosti, že objektivně existuje pouze jediný dodavatel, který je plnění schopen (v požadované kvalitě, v požadovaném rozsahu, v požadovaných specifikacích a v požadovaném čase) realizovat, tj. že předmět veřejné zakázky (jehož vymezení samo osobě není nekorektní kupř. tím, že bezdůvodně vylučuje ze soutěže o získání veřejné zakázky určitý okruh dodavatelů) je natolik specifický, že umožňuje realizaci výlučně jedním konkrétním dodavatelem, a to z důvodů technických či z důvodů potřeby ochránit existující výhradní práva. Soud nikterak nezpochybňuje ani to, že takto důvodná *ochrana výhradních práv* připadá v úvahu typicky v situaci, kdy zadavatel v minulosti nezískal licenční oprávnění, které je nezbytné pro pořízení dalšího přímo souvisejícího či navazujícího plnění, a stávající dodavatel není schopen či ochoten licenci poskytnout. Obdobně soud nezpochybňuje ani to, že důvody *technické* mohou souviset s oprávněným požadavkem zadavatele na zajištění nutné kompatibility, na minimalizaci rizika nefunkčnosti již pořízeného plnění, eventuálně na zabránění prokazatelnému enormnímu nárůstu nákladů zadavatele. V uvedených případech jde o situace, v nichž je poměrně 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.
34. 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 dávno). Právě proto nemůže obstát žalobcova argumentace objektivní existencí výlučně jediného dodavatele (z důvodů autorskoprávních a technických) pro použití JŘBU.
35. 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.
36. 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.
37. 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.

38. 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.
39. *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.
40. 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 jednacích 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, jednacích řízení bez uveřejnění podle těchto ustanovení by se tak mohlo stát reálně vyprázdňenou 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.
41. 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 1997.

42. 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 112. a 120. až 134. rozhodnutí, související rozkladové námitky pak vypořádal předseda Úřadu. Žalovaný provedl podrobné porovnání předmětu původní smlouvy (viz zejména její § 2, § 8 bod 1.) s předmětem plnění nyní projednávané veřejné zakázky (viz zejména čl. 2. smlouvy o vývoji ve spojení s přílohou 1A této smlouvy), přičemž dospěl k závěru, že již z textu původní smlouvy je zřejmé, že právní předchůdce žalobce měl už při uzavření původní smlouvy zájem na tom, aby mu vybraný uchazeč v budoucnu poskytoval další služby související s rozvojem a změnami IS CEDR II. Předmětem smlouvy o vývoji je dle jejího čl. 2. zajištění úprav a rozvoje (rozšíření funkcionality) daného systému. Přitom pojem „rozvoj a změny“ použitý v původní smlouvě nepochybně významově odpovídá pojmu „úpravy a rozvoj“ použitému ve smlouvě o vývoji. Z toho dle žalovaného jasně plyne, že budoucí potřeby plnění, jež je předmětem smlouvy o vývoji, si byl žalobcův právní předchůdce minimálně v obecné rovině vědom již při uzavírání původní smlouvy. Navíc, již při uzavření původní smlouvy muselo být žalobci, resp. jeho právnímu předchůdci, zřejmé, že se nejedná o jednorázový či jednoúčelový informační systém s dočasným použitím a že v průběhu jeho užívání bude zapotřebí v něm provádět změny a úpravy. Právní předchůdce žalobce tedy již v době uzavření původní smlouvy věděl o potřebě rozvoje a změn (úprav), které jsou předmětem plnění v nyní uzavřené smlouvě. Takovou úvahu soud vyhodnotil jako přesvědčivou a odpovídající skutkovým zjištěním. Ostatně proti ní žalobce nepostavil v zásadě žádnou věcnou argumentaci.
43. Z předmětu původní smlouvy uvedeného v jejím § 2 [„Komplexní řešení (projekt, realizace a zavedení) II. etapy IS CEDR, evidenčního a kontrolního informačního systému podporujícího poskytování státní finanční podpory hypotečního úvěrování bytové výstavby (dle nařízení vlády č. 244/95 Sb.). Řešení II. etapy IS CEDR navazuje na řešení I. etapy IS CEDR, které doplňuje a rozšiřuje o řešení kontrolních mechanismů potřebných pro územní finanční orgány k zajištění kontroly poskytování státní podpory hypotečního úvěrování bytové výstavby.“] žalovaný dále logicky dovodil, že vzhledem k působnosti územních finančních orgánů plynoucí z nařízení vlády č. 244/1995 Sb. musel žalobcův právní předchůdce jednoznačně předpokládat, že určitý systém související s evidencí a kontrolou poskytování státní finanční podpory hypotečního úvěrování bytové výstavby bude muset provozovat a případně rozvíjet z dlouhodobého hlediska, čemuž nasvědčuje jak ujednání dle § 8 bodu 1. původní smlouvy, podle něhož vybraný uchazeč zajišťoval po dobu 2 let další rozvoj a změny díla, tak skutečnost, že IS CEDR II již navazoval na dříve dodaný IS CEDR (smlouva z roku 1995). I s touto úvahou se soud ztotožnil, stejně jako s jejím zřejmým důsledkem, totiž že muselo-li být právnímu předchůdci žalobce již v době pořizování IS CEDR, natožpak IS CEDR II, zřejmé, že se jedná o systém s předpokládanou dlouhodobou životností, tím spíše musela být zjevná potřeba následného rozvoje a změn (úprav) souvisejících s během času. Na tom ničeho nemění, že IS CEDR se teprve postupně stal klíčovým systémem v oblasti daňových kontrol dotací prováděných finančními úřady, jak správně uvedl žalovaný.
44. K uvedenému žalobce dále konstatoval, že jeho právní předchůdce sice mohl předpokládat, že bude muset vytvořit a využívat určitý informační systém související se správou dotací, nicméně nemohl s určitostí vyloučit, že původně vytvořený systém nebude v budoucnu vyměněn za systém jiný a pro ministerstvo lépe vyhovující, kdy tato potřeba mohla vyvstat zejména v počátečních fázích vývoje daného informačního systému, případně

v krátké době po jeho uvedení do provozu. K totožné rozkladové námitce předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí (bod 62.) mimo jiné uvedl, že „[z] *původní smlouvy je patrné, že tato nebyla uzavřena na dobu určitou. Z uvedeného nevyplývá záměr právního předchůdce využívat předmětný informační systém krátkodobě (tj. po omezenou dobu, ve které není třeba následných zásahů do systému), přičemž naopak lze vyvodit zřetelnou představu nezbytnosti budoucích zásahů do systému (upgrady, opravy nevyhovujícího stavu, začlenění nové právní úpravy aj.). Nelze si dost dobře představit, že jakýkoliv software, který má být efektivně využíván po delší časový úsek, nebude potřebovat následné úpravy, rozšíření apod.*“ S tímto závěrem soud plně souhlasí a odkazuje na něj. Uvedená argumentace žalobce nerespektuje povinnost restriktivního přístupu k podmínkám JŘBU. Totiž, stejně jako nemohl (dle tvrzení žalobce) právní předchůdce žalobce s určitostí vyloučit, že původně vytvořený systém nebude v budoucnu vyměněn za systém jiný, nemohl minimálně stejnou měrou ani vyloučit, že původně vytvořený systém vyměněn nebude, resp. že by mohl být od roku 1997 provozován (udržován, aktualizován, apod.) několik dalších desetiletí, jak se ostatně skutečně stalo. A právě proto, že žalobcův právní předchůdce nemohl s určitostí vyloučit, že IS CEDR II bude provozován několik dalších desetiletí, nelze tu v daném případě hovořit o absenci „zavinění“ při založení stavu exkluzivity majetkových autorských práv vybraného uchazeče, ba právě naopak.

45. 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 věc *město Vsetín* je sice založena na poněkud odlišné skutkové situaci, to však neznamená, že by nebylo lze vycházet z obecných principů z ní plynoucích. V obou případech byl přitom stav exkluzivity majetkových autorských práv vybraného uchazeče 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 proto lze souhlasit. 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 nedeclaroval, že by nevhodné chování žalobce bylo pochybením, kterým by žalobce porušil zákon o veřejných zakázkách*“ (shodně též např. bod [112] rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci *Opencard*). Klíčový je v tomto ohledu skutečně postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky navazující na původní smlouvu, neboť ten je předmětem dohledu žalovaného. 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 CEDR II. 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, 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.

46. 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), dodal, 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.
47. 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.
48. 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.“

49. 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, pročež se nemůže s úspěchem odvolávat na svou „nešikovnost“ či „nevědomost“ (bod [103] rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci *Opencard*).
50. Jak uvedeno již výše, v nyní projednávané věci žalobcův právní předchůdce *věděl* už v době uzavření původní smlouvy o budoucí potřebě plnění ohledně rozvoje a změn IS CEDR II, 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 lze podotknout, že pojem „zavinění“ není soudy v uvedených souvislostech používán ve smyslu jakékoli deliktní odpovědnosti za navození stavu exkluzivity, nýbrž ve smyslu vyloučení „nešikovnosti“ původního 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.
51. 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.

52. Žalobce též nesouhlasil se závěrem správních orgánů, že neunesl *důkazní břemeno* ohledně splnění podmínek JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. K této námitce je třeba v prvé řadě uvést, že např. již v rozsudku ve věci *Ministerstvo zemědělství I* dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že důvody pro zadání veřejné zakázky formou JŘBU musí být objektivně dány a zadavatelem jednoznačně prokázány. Jinak řečeno, ten, kdo se dovolává existence okolností opravňujících k použití JŘBU, nese v tomto ohledu také důkazní povinnost. Zvolil-li zadavatel výjimečný postup, jenž spočívá v uzavření smlouvy na veřejnou zakázku bez uveřejnění, tedy bez reálné možnosti dodavatelů získat povědomí o zadávané veřejné zakázce, je to právě zadavatel, kdo *musí mít před zahájením takového postupu postaveno najisto*, že jsou pro to naplněny konkrétní důvody. Za zadavatele takové důvody vskutku nikdo (ani žalovaný) sám domýšlet a vyhledávat nemůže, jednoduše již jen proto, že nikdo konkrétní okolnosti na straně zadavatele nemůže znát (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 3. 2020, č. j. 10 As 372/2019-56, či ze dne 10. 12. 2020, č. j. 4 As 207/2020-40).
53. Z rozhodnutí žalovaného však nevyplývá, že by žalovaný formuloval závěr, který by byl s uvedenými východisky v rozporu. Z konstatování žalovaného, že „*důkazy by pak obviněný měl disponovat již v okamžiku zahájení zadávání šetřené veřejné zakázky*“ (bod 92. rozhodnutí žalovaného), přičemž „*předmětný znalecký posudek byl nepochybně vytvořen až po uzavření smlouvy s vybraným uchazečem*“ a tedy „*zadavatel tento a ani jiný znalecký posudek neměl v okamžiku zahájení zadávacího řízení nyní šetřené veřejné zakázky k dispozici*“ (bod 93. rozhodnutí žalovaného), nelze dovodit názor žalovaného, že důkazní prostředek na obhajobu užití JŘBU musí nutně pocházet z období před zadáním veřejné zakázky. Ostatně žalobci v průběhu správního řízení nic nebránilo v předkládání důkazů. Žalobce ve věci předložil znalecký posudek a žalovaný se s ním věcně vypořádal, nevycházel tedy např. z toho, že jde o nepřípustný důkaz.
54. Pokud jde o samotný znalecký posudek č. 58/2016 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, privilegováním 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.

55. Žalovaný se předmětným znaleckým posudkem podrobně zabýval v bodech 93. až 113. rozhodnutí, předseda Úřadu pak k rozkladové námitce v bodech 44. až 47. Hodnocení znaleckého posudku správními orgány, tedy že „*v zásadě pouze v obecné rovině upozorňuje na vzájemnou provázanost jednotlivých modulů IS CEDR, časovou náročnost výběrového řízení, enormní finanční náklady na realizaci nového řešení, možné provozní problémy spojené s výměnou dodavatele či nároky na koordinaci lidského kapitálu a jednotlivých informačních systémů*“ (bod 105. rozhodnutí žalovaného), 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, přičemž navíc odstínily řadu závěrů znalce, které lze považovat za řešení právních otázek, což je činnost, která je znalci přísně zapovězena (viz např. bod 113. rozhodnutí žalovaného). Nepřesvědčivý a v podstatných okolnostech podrobně neodůvodněný znalecký posudek nebylo možné považovat za jednoznačný důkaz, který by mohl rozptýlit pochybnosti o existenci technických důvodů pro použití JŘBU. Příslušné technické důvody, na jejichž podkladě by bylo možno dospět k závěru o nemožnosti realizace předmětné veřejné zakázky jiným dodavatelem, v něm nebyly dostatečně přesně a výstižně konkretizovány. Za této situace žalovaný nebyl povinen ustanovit znalce k vypracování oponentního znaleckého posudku, ostatně důkazní povinnost ležela na bedrech žalobce.
56. 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 111. rozhodnutí žalovaného]. 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.
57. 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 omezení provádění změn informačního systému „*mnohem spíše vyplývá z původní smlouvy než z technických důvodů či z autorského zákona, který neobsahoval kogentní ustanovení regulující výkon autorských práv, ale ponechával jejich rozsah*“

v dispozici smluvních stran původní smlouvy. Uvedené omezení tedy vyplývá z dobrovolně navozené exkluzivity, když se zadavatel dostal do situace, kdy je omezen závazky plynoucími z původní smlouvy a z autorského zákona“ (bod 49. napadeného rozhodnutí). K žalobní argumentaci týkající se nemožnosti použití tzv. zákonných licencí ve smyslu § 66 odst. 1 autorského zákona postačí v této souvislosti poukázat na bod 64. napadeného rozhodnutí, v němž předseda Úřadu k obdobné rozkladové námitce konstatoval, že „polemika Úřadu ohledně aplikovatelnosti § 66 odst. 1 autorského zákona [...] byla nadbytečná a učiněná nad rámec nutného posouzení splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění“.

58. 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“. Poukazovaným 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, resp. jeho vysoutěžení na „zelené louce“.
59. Obdobně lze hodnotit též tvrzení žalobce, že v případě realizace otevřeného zadávacího řízení, by při pořízení nového informačního systému bylo nutné zajistit paralelní koexistenci nového a starého informačního systému, která by nebyla možná bez uzavření příslušné smlouvy se stávajícím dodavatelem formou JŘBU. Je zjevné, že taková hypotetická situace je postavena na poněkud jiných skutkových okolnostech, než tomu bylo v nyní projednávané věci. Již výše soud citoval z rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci *město Pelhřimov*, podle něhož „[v] každém jednotlivém případě je nezbytné přiblížit se specifickým okolnostem příslušné veřejné zakázky, za nichž je zadávána.“ Nelze tedy předem vyloučit, že mohou nastat okolnosti, za nichž by bylo zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU souladné se zákonem. V daném případě tomu tak však nebylo.
60. 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

61. 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.
62. 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 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 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.)