



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Kaniové a soudců JUDr. Josefa Baxy a JUDr. Ivo Pospíšila v právní věci žalobce: **Řízení letového provozu České republiky, s. p.**, se sídlem Navigační 787, Jeneč, zastoupen JUDr. Josefem Donátem, advokátem se sídlem Na Pankráci 1683/127, Praha 4 - Nusle, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 3. 7. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0072/2020/VZ, č. j. ÚOHS-20460/2020/321 /ZSř, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu Brně ze dne 8. 7. 2022, č. j 62 Af 49/2020 - 90,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se zamítá**.
- II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **nepřiznává**.

Odůvodnění:

I.

Vymezení věci

[1] Dne 19. 6. 2019 vydal Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném z moci úřední rozhodnutí č. j. ÚOHSS0171,0172,0173,0174/2019/VZ-17200/2019/541/OKo, jímž ve výrocích I. - IV. rozhodl o tom, že se žalobce dopustil 4 přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů tím, že zadal veřejné zakázky s názvy „AisView 3 - Release 2017“ (dále jen „VZ1“), „Release TIS 2017“

(dále jen „VZ2“), „Úprava HMI systému CMOS“ (dále jen „VZ3“) a „Obnova zobrazovací stěny“ (dále jen „VZ4“) v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž k tomu byly splněny zákonné podmínky dle § 63 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Ve výroku V. uložil za zjištěné přestupky pokutu 200 000 Kč a ve výroku VI. povinnost k úhradě nákladů řízení 1 000 Kč.

[2] Dne 2. 9. 2019 vydal předseda žalovaného k rozkladu zadavatele rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ24173/2019/321/OMa, jímž výroky I. - III. a V. prvostupňového rozhodnutí zrušil a věc v tomto rozsahu vrátil k novému projednání; výroky IV. a VI. jako věcně správné a zákonné potvrdil.

[3] Dne 31. 3. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ, č. j. ÚOHS09891/2020/541/PDz, jímž rozhodl opětovně o tom, že se stěžovatel při zadání VZ1, VZ2 a VZ3 (dále společně též jen „veřejné zakázky“) dopustil přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“). Toto rozhodnutí předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže jako věcně správné a zákonné potvrdil. Uvedl, že žalobce sice byl nucen zadat výše zmíněné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, avšak vázanost na konkrétní dodavatele a 3 jimi poskytovaná plnění zapříčinil sám v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření „Smlouvy o dílo č. 133/126/08“ ze dne 19. 9. 2008 a všech navazujících smluv ve vztahu k systému AisView; „Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05“ ze dne 5. 12. 2005 a všech navazujících smluv ve vztahu k systému TIS a „Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05“ ze dne 24. 11. 2005 a všech navazujících smluv ve vztahu k systému CMOS. Tímto postupem tak došlo k vyloučení otevřené hospodářské soutěže, jež mělo za následek ovlivnění výběru dodavatelů.

[4] Účastník řízení s těmito závěry nesouhlasil a dále se jím bránil žalobou, kterou však krajský soud jako nedůvodnou nadepsaným rozsudkem zamítl.

[5] Shrnl, že pro oprávněnost použití jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví [§ 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ] musí být kumulativně splněna formální [§ 63 odst. 3 písm. c) téhož zákona] a materiální podmínka (§ 63 odst. 4 téhož zákona); v souzené věci je sporná toliko druhá uvedená podmínka, jež zkoumá podíl (zavinění) zadavatele na vytvoření závislosti na konkrétním dodavateli. Tato podmínka je splněna pouze v případě, že zadavatel potřebu následného zadání veřejných zakázek nemohl prokazatelně a objektivně předpokládat, tedy není-li stav závislosti přičitatelný zadavateli, a to včetně protiprávního či neprozíravého postupu zadavatele v minulosti.

[6] Žalobce však dostatečně neprokázal, jakým konkrétním způsobem se jej změna právních předpisů dotkla a jak se v praktické rovině projevila na potřebě změn či doplnění stávajících systémů AisView, TIS a CMOS.

[7] Rovněž uvedl, že systém AisView nahradil listinné podklady Letecké informační služby, přičemž nenalezl žádné důvody, proč by se mělo jednat o dočasné nahrazení. Zdůraznil, že aplikace měla být dostupná nejen uživatelům mobilních telefonů, nýbrž také uživatelům s „pevným připojením“ k internetu, z čehož dovozuje fakt, že již tehdy bylo zamýšleno zpřístupnit aplikaci širšímu okruhu uživatelů. S ohledem na zamýšlenou

pokračování

využitelnost aplikace v širších kruzích a další smluvní ujednání zavádějící nové funkcionality žalobce nemohl očekávat časové omezení systému AisView, tj. pouze krátkodobé nahrazení listinných podkladů. Nejpozději v okamžiku, ve kterém již jako veřejný zadavatel po 1. 5. 2004 uzavíral navazující smlouvy o dílo, měl s narůstajícím počtem navazujících smluv směřovat své aktivity k vyvázání se ze stavu exkluzivity. Nic v tomto směru přitom žalobce neučinil.

[8] Ve vztahu k systému TIS nadto podle investičního záměru, který je založen ve správním spisu, vyplývá, že byl pravidelně aktualizován („*systém TIS se vyvíjí prostřednictvím pravidelných release*“) na základě uživatelských požadavků, směrnic, požadavků dalších subjektů a na základě legislativy. To odpovídá také předmětu smlouvy o dílo ze dne 19. 4. 2017, který byl podle odst. 3.1 vymezen jako „úprava chování systému TIS na základě uživatelských požadavků“ blíže konkretizovaných. Je tedy zřejmé, že obdobně jako u systému AisView byla potřeba úprav systému TIS vyvolána nejen legislativními důvody.

[9] Rovněž soud dal za pravdu žalovanému, že i systém CMOS byl klíčovým informačním systémem, neboť v jeho rámci žalobce implementoval dílčí systémy (kupříkladu systém TIS), nemohl proto vycházet z toho, že nelze očekávat dlouhodobé provozování tohoto systému. V navazujících smlouvách uzavřených poté, co se stal veřejným zadavatelem, tak mohl a měl předpokládat zadávání navazujících plnění. Takovým očekávatelným plněním je například obměna hardwaru a upgrade programového vybavení v souvislosti s plynutím času a rozvojem technologií.

[10] Ve všech posuzovaných případech tak soud neshledal splnění materiální podmínky (že zadavatel potřebu následného zadání veřejných zakázek nemohl prokazatelně a objektivně předpokládat) pro postup podle § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ, tj. pro použití jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví.

[11] Za nedůvodné označil rovněž další dílčí žalobcovy námitky.

II.

Kasační stížnost a další podání ve věci

[12] Rozsudek krajského soudu napadl žalobce (stěžovatel) kasační stížností.

[13] V té nejdříve obsáhle shrnul skutkový stav věci a průběh řízení před správními orgány a následně krajským soudem. Namítl nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku z důvodu I) nedostatečně zjištěného skutkového stavu, neboť soud opomněl, že žalobce popsal legislativní změny a jejich dopad na informační systémy (viz body 41 až 43 jeho vyjádření ze dne 13. 1. 2020 a dále též v žalobě) a II) z důvodu nezohlednění příznivější právní úpravy v podobě připravované novely zákona o zadávání veřejných zakázek (v eKlepu viz č. j. 3084/2020-31).

[14] Rozsudek považuje též za nezákonný, neboť žalovaný ani krajský soud neprovedli jím navrhované důkazy (vyjádření EUROCONTROL a Úřadu pro civilní letectví k legislativním změnám, jež nastaly v roce 2017), které měly prokázat objektivní potřebu

změn v dotčených systémech; za této situace tak došlo k nedostatečně zjištěnému skutkovému stavu. V této souvislosti se opakovaně ohrazuje proti závěrům, že označení důkazů a skutečností, které z nich mají být dovozovány, bylo z jeho strany nedostatečné a málo konkrétní; pro úplnost pak opakovaně odkázal například na body 41 až 43 svého vyjádření ze dne 13. 1. 2020.

[15] V návaznosti na soudem zdůrazněné obrácení důkazního břemene při prokazování oprávněnosti použití jednacímho řízení bez uveřejnění uvedl, že judikatura k této otázce byla již překonána; k tomu odkázal např. na rozsudek krajského soudu ze dne 7. 8. 2019, č. j. 62 Af 93/2017 - 94.

[16] Dále namítl pochybení soudu ohledně výlučnosti v souvislosti se systémy TIS a CMOS a nereflektování legislativní změny, jež měla za následek změnu právního postavení stěžovatele. Teprve v roce 2004 se stal veřejným zadavatelem, avšak posuzované smlouvy, které zapříčinily vznik exkluzivity, byly uzavřeny již v roce 2000 a 2003; v té době neexistovala povinnost vyhradit si právo zásahu do daných informačních systémů. Právě tato změna je pak dalším důvodem, který jej opravňoval k využití jednacímho řízení bez uveřejnění, přičemž odkázal na rozsudek NSS ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53.

[17] Žalovaný i soud rovněž chybně nezohlednili princip „3E“ (hospodárnost, účelnost a efektivnost při vynakládání veřejných prostředků). Zadání nových systémů v takovém rozsahu, aby byly schopné plně nahradit současné a zcela funkční informační systémy, by bylo značně nákladné a nelze též pominout zmaření již vynaložených investic do těchto systémů, které by bylo zcela v rozporu se zásadami vynakládání veřejných prostředků (v této souvislosti odkázal na rozsudek NSS ze dne 15. 8. 2018, č. j. 5 As 26/2017 - 22). Byť si je vědom toho, že tuto argumentaci nijak nepodložil, bylo dle něj úkolem žalovaného, aby ho k případnému doložení patřičných analýz vyzval. S ohledem na vývoj judikatury tuto svou ekonomickou argumentaci podložil nyní provedeným průzkumem trhu. Z uvedeného dle něj vyplývá, že se nejedná o generické systémy, které by bylo možné bez dalšího pořídit, ale že by bylo nezbytné tyto systémy vyvíjet na míru zadavatele. Hodnota takto nově vyvíjených systémů by pak významně (násobně) překročila jak reálně vynaložené náklady na pořízení těchto systémů v minulosti, tak ještě výrazněji by překročila i aktuální účetní hodnotu stávajících systémů stěžovatele. Konečně pak provedený průzkum prokázal, že na daném relevantním trhu existuje velmi nepatrná hospodářská soutěž, proto nelze usuzovat, že by pořizovací cena byla nižší, pokud by zadavatel postupoval v rámci otevřeného řízení.

[18] S ohledem na výše uvedené navrhl zrušení jak napadeného rozsudku krajského soudu, tak napadeného rozhodnutí žalovaného, a rovněž i souvisejícího rozhodnutí správního orgánu prvního stupně.

[19] Žalovaný ve vyjádření uvedl, že podanou kasační stížnost považuje za nedůvodnou, přičemž setrvává na závěrech uvedených ve svém rozhodnutí a následně aprobovaných krajským soudem v napadeném rozsudku. Navrhl proto zamítnutí kasační stížnosti. Ze strany stěžovatele se jedná o stále se opakující argumentaci, která již byla vypořádána; odkázal proto na příslušné pasáže správních rozhodnutí. Ve správním řízení namíтал objektivní charakter legislativních změn v zásadě dvojího typu. První významnou legislativní změnu pro stěžovatele znamenalo přijetí zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, v důsledku kterého se (po pořízení systémů TIS a CMOS v roce 2003 a 2000)

pokračování

stal veřejným zadavatelem. K objektivnímu charakteru této změny, kterou stěžovatel v zásadě nemohl předvídat, přihlížel jak Úřad, tak krajský soud, načež však oba jmenované orgány shodně dospěly k závěru, že taková situace nemůže vést k tomu, aby stěžovatel stav exkluzivity příslušného dodavatele udržoval a dále prohluboval prostřednictvím navazujících veřejných zakázek (srov. zejména body 36-37 napadeného rozsudku). Stěžovatel se dále dovolává legislativních změn v oblasti civilního letectví, které jej měly vést k uzavření smluv na VZ1, VZ2 a VZ3, rozvíjející i systémy TIS a CMOS. Zde však žalovaný zastává stanovisko, že změny, které stěžovatel ve správním řízení nadto nedostatečně konkretizoval, již představují předvídatelný rozvoj a údržbu systémů AisView, TIS a CMOS, ve vztahu ke kterým byl stěžovatel povinen zajistit určitou míru hospodářské soutěže.

[20] Ve věci dále zaslal stěžovatel repliku k vyjádření žalovaného, ve kterém se ohradil proti jednotlivým tvrzením a závěrům žalovaného, přičemž setrval na důvodnosti jím podané kasační stížnosti.

III.

Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[21] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že kasační stížnost byla podána včas, směřuje proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost přípustná, a stěžovatel je řádně zastoupen v souladu s § 105 odst. 2 s. ř. s. Poté přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů, ověřil přitom, zda netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti, a dospěl k následujícímu závěru.

[22] Kasační stížnost **není** důvodná.

[23] Nejvyšší správní soud v návaznosti na obsah kasační stížnosti úvodem konstatuje, že rozsudek krajského soudu není nepřezkoumatelný. Z jeho odůvodnění je plně seznatelné, jaké důvody soud vedly k výroku o zamítnutí podané žaloby. Nepřezkoumatelnost nelze vnímat jako subjektivní představu o tom, jak měl krajský soud o podané žalobě rozhodnout. Jde o objektivní překážku, která by Nejvyššímu správnímu soudu bránila závěry krajského soudu řádně přezkoumat. Tuto překážku Nejvyšší správní soud neshledal.

[24] Krajský soud jasně a srozumitelně odkázal jak na relevantní právní úpravu, tak související judikaturu správních soudů a zcela adresně přezkoumal jednotlivé úvahy uvedené v odůvodnění napadených rozhodnutí. Jedná se tak o srozumitelné a řádně odůvodněné rozhodnutí. Výše uvedené dokládá i skutečnost, že proti závěrům soudu stěžovatel obsáhle brojí v podané kasační stížnosti, z čehož lze jednoznačně dovodit, že si je vědom úvah, které krajský soud vedly ke konkrétním závěrům.

[25] Ostatně ani Nejvyšší správní soud nemá povinnost reagovat na každou dílčí kasační námitku a tu obsáhle vyvracet. Úkolem soudu je vypořádat se s obsahem a smyslem kasační argumentace (srov. např. rozsudek NSS ze dne 3. 4. 2014, č. j. 7 As 126/2013 - 19). Podstatné tedy je, aby se soud ve svém rozhodnutí zabýval všemi stěžejními námitkami účastníka řízení, což může v některých případech konzumovat i vypořádání některých

dílčích a souvisejících námitek (srov. např. rozsudek NSS ze dne 24. 4. 2014, č. j. 7 Afs 85/2013 - 33, či rovněž nález ÚS ze dne 17. 12. 2008, sp. zn. I. ÚS 1534/08).

[26] Nejvyšší správní soud dále konstatuje, že námitky shodně vznesené v odvolání (rozkladu) a žalobě lze za určitých okolností vypořádat též souhlasným odkazem na to, jakým způsobem byly vypořádány v napadeném rozhodnutí. Shodně viz například rozsudek ze dne 27. 7. 2007, č. j. 8 Afs 75/2005 - 130, č. 1350/2007 Sb. NSS, kde kasační soud řešil naznačenou situaci ve vztahu k přezkoumatelnosti rozsudku Krajského soudu v Brně; žalobní a odvolací námitky se shodovaly a soud zde odkázal na rozhodnutí žalovaného. Je-li rozhodnutí žalovaného přezkoumatelné a zákonné, není praktické týmiž nebo jinými slovy říkat totéž. Naopak je vhodné správné závěry si osvojit se souhlasnou poznámkou.

[27] Kasační soud proto dále poznamenává, že ani jeho úkolem není obsírně vyvracet opakující se a prolínající se argumentaci stěžovatele, kterou se již dostatečně zabývaly správní orgány a poté krajský soud v napadeném rozsudku; ta však zůstala mnohdy bez většího stěžovatelova „zájmu“. Místo toho proto bude kasační soud stručně formulovat své právní závěry k jednotlivým stížnostním celkům (rozčleněno dle obsahu).

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

[29] Mezi účastníky řízení není v zásadě sporné (ostatně shodně viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 11. 2021, č. j. 3 As 60/2020 - 64 a v něm odkazovaná konstantní judikatura, na který v bodě 17 napadeného rozsudku odkazuje též krajský soud), že pro oprávněnost použití jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví [§ 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ] musí být kumulativně splněna formální [§ 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ] a materiální podmínka (§ 63 odst. 4 ZZVZ).

[30] Formální podmínkou se rozumí to, že z důvodu ochrany práv duševního vlastnictví (typicky se tak děje na základě licenčních ujednání v příslušné smlouvě) nebude zadavatel oprávněn volně nakládat s příslušnou softwarovou technologií (provádět upgrade, dále systém rozšiřovat, provádět změny v systému atd.) s využitím jiného dodavatele. Jedná se o stav exkluzivity, ve kterém je zadavatel fakticky závislý na plnění vybraného dodavatele.

[31] Vedle formální podmínky je však třeba naplnit i materiální podmínku, jež zkoumá podíl (zavinění) zadavatele na vytvoření závislosti na konkrétním dodavateli. Tato podmínka je splněna pouze v případě, že zadavatel potřebu následného zadání veřejných zakázek nemohl prokazatelně a objektivně předpokládat, tedy není-li stav závislosti přičitatelný zadavateli, a to včetně protiprávního či neprozíravého postupu zadavatele v minulosti. Otázka naplnění formální podmínky zde není spornou. Oproti tomu však (ne)naplnění znaků materiální podmínky už sporné je.

pokračování

[32] Projednávanou věcí se od začátku line jako červená nit otázka zodpovědnosti za řádně zjištěný skutkový stav a rozložení důkazního břemene. S tím pak souvisí celá řada dílčích námitek, na tuto oblast navázaných.

[33] Otázka, na kom spočívá důkazní břemeno prokázat naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, byla podrobně řešena v judikatuře Soudního dvora Evropské unie (např. rozsudky ze dne 14. 9. 2001, C-385/02, *Komise proti Itálii*, nebo ze dne 18. 5. 1995, C-57/94, *Komise proti Itálii*, a ze dne 28. 3. 1996, C-318/94, *Komise proti Německu*) i v judikatuře tuzemských správních soudů (např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 11. 2015, č. j. 3 As 18/2015 - 32, ze dne 31. 8. 2015, č. j. 8 As 149/2014 - 68, ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, nebo ze dne 28. 3. 2018, č. j. 2 As 292/2017 - 34). Podle jejích závěrů výjimky z jinak přísnějších pravidel pro zadávání veřejných zakázek (typicky použití jednacího řízení bez uveřejnění namísto použití otevřenějších zadávacích postupů umožňujících širší a efektivnější soutěž o veřejnou zakázku) musí být vykládány restriktivně.

[34] Ze shora odkazované judikatury vyplývá, 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.

[35] V řízení o správním deliktu podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek tíží důkazní břemeno ohledně existence okolností opravňujících zadavatele k použití jednacího řízení bez uveřejnění toho, kdo se jich dovolává, tj. zadavatele.

[36] Podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění přitom musí být splněny k okamžiku zahájení jednacího řízení bez uveřejnění. Za zadavatele takové důvody nikdo domýšlet nemůže (ani požadovat po žalovaném obstarání takovýchto podkladů), neboť specifické okolnosti odůvodňující zadání veřejné zakázky v tomto výjimečném typu zadávacího řízení budou zpravidla známy jen samotnému zadavateli. Ty bude povinen předložit pro podporu svých tvrzení a v rámci povinnosti poskytovat správnímu orgánu veškerou potřebnou součinnost (§ 50 odst. 2 správního řádu *in fine*), chce-li unést na něm ležící důkazní břemeno. Na druhou stranu však není přenesení povinnosti obstarávat dokumenty podporující tvrzení zadavatele o možnosti využití jednacího řízení bez uveřejnění absolutní a neuplatní se u všech důkazů (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 1. 2021, č. j. 1 As 108/2020 - 44, bod 26). Na důkazní povinnost zadavatele tvrdit a navrhnout důkazy k prokázání jeho tvrzení tak navazuje aktivita žalovaného směřující k řádnému zjištění skutkového stavu věci (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 5. 2014, č. j. 5 Afs 48/2013 - 272).

[37] Podle stěžovatele existovaly objektivní skutečnosti (legislativní změny), které jej opravňovaly ke zvolenému postupu, k tomu odkázal na své vyjádření ze dne 13. 1. 2020

v bodech 41 až 43, které následně citoval též v žalobě. Zde kupříkladu stojí, že *„Technologický vývoj a požadavky vyplývaly z legislativy: administrace (kybernetická bezpečnost), správa konfigurace (kybernetická bezpečnost), datové rozhraní (nařízení Komise (EU) č. 73/2010), webové služby (nařízení Komise (EU) č. 73/2010).“*

[38] Kasační soud se však plně ztotožňuje s krajským soudem a žalovaným, že tato argumentace je zcela obecná a ve světle výše uvedených požadavků na unesení břemene tvrzení (a tím méně pak důkazního břemene) nedostatečná. Ostatně, jak bylo uvedeno výše, žalovaný nemůže za stěžovatele domýšlet důvody, které jej vedly k zadání dotčených veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění. Výše uvedená argumentace je zcela neurčitá, obecná a ani kasačnímu soudu neumožňuje konkrétně vyhodnotit, jaké konkrétní požadavky na správu konfigurace vyplývaly z jakého konkrétního ustanovení právních předpisů např. o kybernetické bezpečnosti. Tuto abstraktní argumentační linku stěžovatele tak lze označit za účelovou; kdo jiný než zadavatel – tj. subjekt, na kterého daná úprava přímo dopadá – by měl být schopen konkrétně a řádně identifikovat jednotlivé legislativní změny a jejich dopad na svou činnost, potažmo jim používané informační systémy.

[39] Výše uvedené platí též v otázce nevyžádání stanoviska EUROCONTROL, jak uvedl zcela správně krajský soud v bodě 27 (a shodně viz též bod 155 prvostupňového správního rozhodnutí). EUROCONTROL vystupuje pouze jako tvůrce předpisů a bylo na žalobci, aby popsal a doložil, jakým způsobem změna právních předpisů dopadla právě na zadavatele a jak se v praktické rovině projevila. Kasační soud souhlasí s tím, že toliko v případě, kdy by stěžovatel řádně vymezil jednotlivé změny právní úpravy ve vazbě na požadované změny v systému AisView, bylo by možné tuto argumentaci (tj. unesené břemeno tvrzení) případně podložit požadovaným stanoviskem. Nejvyšší správní soud také souhlasí s krajským soudem, že odkaz na rozsudek krajského soudu ze dne 7. 8. 2019, č. j. 62 Af 93/2017 - 94, není přílehlavý. V tehdy řešené věci žalovaný neprovedl žalobcem navržený důkaz a zároveň přes rozumné zdůvodnění poskytnuté žalobcem neuvedl důvody neprovedení důkazu. Obecně je možno uzavřít, že důkazní břemeno žalovaného stíhá tehdy, pokud chce zpochybnit skutečnosti, u kterých unesl své důkazní břemeno zadavatel, to se však v nyní posuzovaném případě nestalo, neboť tvrzení stěžovatele byla obecná a neurčitá (nepřezkoumatelná). Nelze souhlasit se stěžovatelem, že *„rozhodovací praxe, která v rámci dokazování oprávněnosti použití JŘBU dovozovala obrácené důkazní břemeno, je již překonaná“* – viz odkazovaná judikatura výše.

[40] Obdobně lze souhlasit s krajským soudem, který v bodě 40 napadeného rozsudku, správně ve vztahu k systému TIS poukázal na skutečnost, že ne všechny změny byly vyvolány legislativními důvody. Pokud podle smlouvy o dílo ze dne 19. 4. 2017 byl systém upravován též na základě *„uživatelských požadavků“*, tím spíše lze po zadavateli požadovat, aby řádně vymezil a specifikoval jednotlivé změny v systému ve vazbě na jejich konkrétní odůvodnění. Za této situace by skutkový stav ani případný požadavek na Úřad pro civilní letectví, aby se vyjádřil k právním předpisům a k jejich změnám, nic neobjasnil (shodně viz bod 226 prvostupňového rozhodnutí).

[41] Lichá je pak i argumentace stěžovatele, že *„pakliže žalovaný nebyl spokojen s rozsahem, v jakém stěžovatel označil důkazy, měl stěžovatele minimálně vyzvat k předložení dalších či „upřesnění“ předložených důkazů stran toho, co mu není jasné, a co stále ještě nemá za prokázané z důvodu přílišné obecnosti stěžovatelem odkazovaných legislativních změn a případně stěžovateli sdělit, jaký konkrétní podklad je třeba opatřit“*. Ze správního spisu totiž

pokračování

vyplývá, že byl usnesením ze dne 19. 12. 2019 výslovně vyzván k „*prokázání tvrzení obviněného, že potřeba úprav informačních systému...vznikla v důsledku objektivních okolností nezávislých na vůli obviněného v podobě legislativních změn*“; na toto usnesení pak stěžovatel reagoval shora označeným vyjádřením ze dne 13. 1. 2020, ve kterém i) obecně odkázal na investiční záměry (například bod 36 odkazovaného vyjádření); ii) navrhl, aby si žalovaný obstaral „*potřebná vyjádření a stanoviska*“ Úřadu pro civilní letectví anebo EUROCONTROL dokládající, že „*v roce 2017 byla na straně zadavatele objektivní potřeba realizace veřejných zakázek z důvodů legislativních změn v oblasti civilního letectví*“ a iii) v několika odrážkách shrnul de facto pouze technické kategorie a obecný odkaz na právní předpis – viz citace výše.

[42] Jak již kasační soud zdůraznil, takovýto postup stěžovatele nelze aprobovat v případech, ve kterých se dovolává výjimky z pravidla (zde výjimky z otevřenějších forem zadávacích řízení), a je tak na něm, aby věrohodně prokázal splnění vyžadovaných podmínek. Ostatně, již z rozhodnutí správního orgánu prvního stupně výslovně vyplývá, že jeho vyjádření ze dne 13. 1. 2020 není dostatečné; soud tak nevidí důvod, proč by jej měl žalovaný (tj. správní orgán druhého stupně), výslovně vyzývat k dalšímu „*upřesnění*“; naopak lze poukázat, že stěžovatel ani následně svá tvrzení nijak nedoplnil.

[43] Stěžovatel dále opakovaně namítl, že při posuzování oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění měla být zohledněna též příznivější právní úprava v podobě připravované novely ZZVZ (v eKlepu viz č. j. 3084/2020-31).

[44] Jak žalovaný v bodech 62 a následujících napadeného rozhodnutí, tak soud v bodech 20 a 21 napadeného rozsudku však tuto argumentaci odmítli. Oba předně upozornili, že uvedená novela doposud nenabyla ani účinnosti, ani platnosti, ba dokonce ani doposud neprošla v rámci legislativního procesu prvním čtením; její text tak nemusí být konečný, a nelze ji proto při hodnocení jednání stěžovatele brát v potaz. S těmito právními závěry se kasační soud plně ztotožňuje. Přílehlavý je též odkaz krajského soudu na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 2. 2021, č. j. 8 As 43/2019 - 40, dle kterého „*Pokud se nová právní úprava stane účinnou až poté, co rozhodnutí správního orgánu předtím nabylo právní moci, musí v řízení o žalobě proti takovému rozhodnutí tuto úvahu v plném rozsahu učinit krajský soud, i pokud bude muset posoudit určitý aspekt, který dřívější právní úprava nestanovila.*“ O takovou situaci se však v nyní souzené věci nejedná.

[45] Rovněž lze souhlasit s žalovaným i krajským soudem v tom, že směrnici č. 2014/24/EU nelze jednoznačně a paušálně vykládat ve prospěch stěžovatele. Ostatně uvedenou směrnicí se zabýval již například Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 18. 2. 2021, č. j. 30 Af 19/2019 - 115, kde uvedl, že „*Z citovaných pasáží směrnice podle soudu jasně vyplývá, že použití jednacího řízení bez uveřejnění je oprávněné jen v situaci tzv. objektivní výlučnosti, tj. pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám zadavatel svým neobežretným jednáním, např. tím že v původní veřejné zakázce nepředvídal možnost dalšího rozšiřování předmětu plnění a smluvními podmínkami založil stav exkluzivity vybraného dodavatele*“. S tímto závěrem se ztotožnil i kasační soud ve svém nedávném rozsudku ze dne 28. 12. 2022, č. j. 10 As 120/2021 - 48, bod 12.

[46] V další části kasační stížnosti stěžovatel namítl nezohlednění skutečnosti, že ve vztahu k systému TIS a CMOS byl stav exkluzivity založen již v rámci iniciačních

smluv uzavřených v letech 2000 a 2003; tehdy však nebyl veřejným zadavatelem, tím se stal až v roce 2004. Z žádného právního předpisu v té době pak nevyplývala jeho povinnost vyhradit si možnost zásahů do zdrojových kódů, k čemuž citoval z rozsudku NSS ze dne 30. 11. 2021, č. j. 3 As 60/2020 - 64.

[47] Předně je nutno upozornit, že tato argumentace odkazovaného rozsudku uvedená v bodě 63 kasační stížnosti nepředstavuje úvahy (tím méně pak závěry) Nejvyššího správního soudu; jedná se totiž o jeho body 15 a 16, které však jsou toliko shrnutím části argumentace stěžovatele.

[48] Krajský soud naopak citoval z bodu 41 tohoto rozsudku (tj. jeho odůvodnění), dle kterého *„Soudobé požadavky na kvalitu smluv uzavíraných v rámci veřejných zakázek totiž nelze mechanicky vztahovat zpět do minulosti“*. O tuto situaci se však nyní nejedná. K tomu lze v podrobnostech odkázat na pečlivou a podrobnou argumentaci krajského soudu v bodech 23 a následujících napadeného rozsudku, potažmo též na body 81 a následující napadeného rozhodnutí žalovaného. Lze tak souhlasit, že stav exkluzivity nelze „svést“ jen na iniciační smlouvy, ale je třeba zkoumat též navazující dodatky, které tento nežádoucí stav opakovaně obnovovaly, a zadavatel svůj stav závislosti tak prohluboval (v době, ve které stěžovatel již veřejným zadavatelem byl). Pro úplnost kasační soud odkazuje již na předchozí judikaturu, konkrétně na rozsudek ze dne 12. 3. 2020, č. j. 10 As 372/2019 - 56, ve kterém se NSS výslovně ztotožnil s argumentací použitou krajským soudem i v nyní souzené věci, že *„rozumnému pohledu na zadavatelské prostředí by se přičila akceptace stavu exkluzivity, »navždy« (po několik desetiletí) trvající, jen proto, že nově vznikající smlouvy navazují na smlouvy uzavřené »kdysi dávno«*. I zde je třeba přihlídnout k tomu, že po roce 2004 uzavřel stěžovatel ve vztahu k oběma systémům (TIC a CMOS) řadu (čtrnáct a dvacet šest) navazujících smluv. Vzhledem k tomuto značnému počtu navazujících smluv a dlouhému časovému úseku mezi okamžikem, ve kterém se stal veřejným zadavatelem (1. 5. 2004), a uzavřením smluv o dílo (19. 4. 2017 pro systém TIS a 18. 1. 2017 pro systém CMOS) nelze postup zadavatele bez dalšího odůvodňovat s poukazem na rozsah spolupráce sjednaný *„kdysi“*.

[49] Jak vhodně uvádí krajský soud, je třeba *„zkoumat, zda žalobce (poté, co se stal veřejným zadavatelem) činil aktivní kroky k omezení či odstranění stavu exkluzivity či naopak zda setrval ve stavu »pohodlí« založeném mírnou (volnou) kontraktační reglementací z doby, kdy ještě zadavatelem nebyl, čímž prohluboval svoji závislost na konkrétním dodavateli rozšiřováním funkcionalit systémů TIS a CMOS, tím spíše, byla-li potřeba budoucího rozšiřování těchto funkcionalit prakticky jistá“*, přičemž žádné takové kroky stěžovatel nedoložil. To neplatí ve vztahu k systému AisView (VZ1), kde stěžovatel doložil pokus o získání zdrojových dat. Již původní smlouva o dílo na tuto zakázku však byla uzavřena v roce 2008, tj. v době, ve které byl veřejným zadavatelem, a jak odůvodnil krajský soud (viz body 23 a navazující napadeného rozsudku); stav „uzamčení“ je v této souvislosti plně přičitatelný žalobci, neboť neprokázal, že potřeba všech změn programu AisView vyvstala na základě objektivních neočekávatelných okolností (ba naopak, byly plně předvídatelné). Postup krajského soudu za této situace tak není vnitřně rozporný, neboť uvedený dílčí závěr k systémům CMOS a TIS se ve vztahu k systému AisView z pochopitelných důvodů neuplatní.

[50] I v této souvislosti kasační soud připomíná, že jednací řízení bez uveřejnění je zcela výjimečný instrument, kterého nelze nadužívat s obecným odkazem na *„kdysi dávno“*

pokračování

uzavřené smlouvy. Obdobnou argumentaci, jako nyní uplatňuje stěžovatel, odmítl Nejvyšší správní soud též v nedávném a výše odkazovaném rozsudku č. j. 10 As 120/2021 - 48, kde uvedl, že *„Bod 70 napadeného rozsudku, s nímž kraj není spokojen, je podle NSS v pořádku. Krajský soud zde zdůraznil, že v oblasti ICT lze obecně předpokládat rozvoj a budoucí rozšiřování předmětu plnění a zadavatel musí být obzvláště obezřetný, pokud uzavírá smlouvu minimálně na dalších osm let (do roku 2020). Kraj namítá, že taková argumentace se dá použít téměř na jakoukoli zakázku z oboru ICT a že takto široké pojetí by prakticky znemožňovalo vůbec kdy použít jednací řízení bez uveřejnění. NSS ale připomíná, že tento druh zadávacího řízení má být výjimkou z pravidla, ojedinělým případem.“*

[51] Stěžovatel dále opakovaně namítl, že rozhodnutí žalovaného i krajského soudu je nezákonné, neboť nerespektuje principy „3E“, tedy zásadu hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti vynakládání veřejných prostředků. Pořízení nových systémů by pak dle něj bylo stejně drahé, nebo dražší. Rovněž dále uzavírá, že jím zvolený způsob zadání VZ1, VZ2 a VZ3 (v jednacím řízení bez uveřejnění) byl v porovnání s poptáním nového plnění *„na zelené louce“* výrazně hospodárnější.

[52] Takovou argumentaci odmítl již krajský soud v bodě 49 napadeného rozsudku, kde uvedl, že žalobce svá tvrzení nijak nedokázal, ani se o to nepokusil. S tímto závěrem kasační soud souhlasí, a v podrobnostech proto na něj odkazuje, stejně jako na příslušné body správních rozhodnutí (body 104 a následující napadeného rozhodnutí a body 187-193, 255-260 a 314-319 prvostupňového rozhodnutí), které na danou argumentaci uceleně a vyčerpávajícím způsobem reagují.

[53] Na výtku reagoval stěžovatel v bodě 79 doplnění kasační stížnosti, kde uvedl, že *„si je vědom, že ekonomická nevýhodnost poptávání informačních systémů „na zelené louce“ zůstala pouze v rovině tvrzení, nicméně v tomto směru opět poukazuje na fakt, že nikdy nebyl konkrétním způsobem vyzván k předložení analýzy potvrzující jeho závěry stran ekonomické výhodnosti JŘBU. Stěžovatel v zásadě nemůže vědět, co žalovanému (soudu) není jasné a jakou skutečnost potřebuje osvětlit.“* Jak již však uvedl kasační soud výše, tato argumentace je lichá. Bylo naopak povinností stěžovatele, aby svá tvrzení řádně podložil; to však neučinil. Nebylo na žalovaném, ani krajském soudu, aby jej k tomu specificky vyzýval. Rovněž nebyli povinni (a není k tomu povinen rovněž kasační soud), aby tuto hypotetickou, či spíše spekulativní argumentaci obsáhle vyvraceli.

[54] Pro úplnost Nejvyšší správní soud též upozorňuje, že nedostatečnost těchto obecných tvrzení vztahujících se k argumentaci stěžovatele stran hospodárnosti jím zvoleného řešení je výslovně uvedena již v bodech 105 a následujících napadeného rozhodnutí žalovaného, stejně jako v něm uvedených bodech prvostupňového rozhodnutí. Zjevně tak není pravdou, že by o tomto nedostatku své argumentace *„nemohl vědět“*. Takto hypoteticky konstruovanou argumentaci ostatně odmítl kasační soud shodně též v rozsudku č. j. 10 As 120/2021 - 48 (viz jeho bod 19).

[55] Ostatně Nejvyšší správní soud již v úvodu svého odůvodnění upozornil stěžovatele na to, že závěry krajského soudu (potažmo žalovaného) v kasační stížnosti mnohdy nijak relevantně nezpochybňuje a pouze opakovaně uvádí tutéž argumentaci. Řízení o kasační stížnosti však není *„jakýmsi druhým pokusem ještě jednou a z pohledu stěžovatele lépe uvážit“*

o tomtéž, o čem již uvážil na základě stejné argumentace krajský soud“ (rozsudek NSS ze dne 18. 7. 2019, čj. 1 Afs 44/2019 - 41).

[56] Ničím nedoloženou žalobní argumentací se stěžovatel pokusil podpořit až v řízení o kasační stížnosti, ve kterém „z důvodu judikatorního posunu v této otázce“ předložil ekonomickou analýzu (provedený průzkum trhu). Tou se však kasační soud nemohl zabývat, neboť byla předložena poprvé až v řízení o kasační stížnosti, ačkoli stěžovateli evidentně nic nebránilo uplatnit ji již v řízení o žalobě (§ 109 odst. 5 s. ř. s.). Její předložení nyní nelze ospravedlnit abstraktním odkazem na blíže nespecifikovaný „judikaturní posun“. Z výše uvedeného důvodu se tak soud nezabýval ani navazující obsáhlou argumentací, která z tohoto „opožděného“ průzkumu přímo vycházela. I kdyby totiž byla důvodná, nelze ji zohlednit jako důvod pro vyhovění kasační stížnosti a zrušení rozsudku krajského soudu. Ten totiž postupoval dle § 75 odst. 1 s. ř. s. a správně vycházel z toho, že tvrzení stěžovatele nebylo prokázáno.

[57] V obecné rovině pak kasační soud odkazuje též na bod 14 opakovaně zmiňovaného rozsudku č. j. 10 As 120/2021 - 48, dle kterého „je však třeba připomenout, že zadavatel by měl sdělovat své konkrétní pohyby pro volbu jednacího řízení bez uveřejnění, o nichž může vědět jen on sám, především úřadu (rozsudek NSS ze dne 12. 3. 2020, čj. 10 As 372/2019 - 56, bod 18), a nikoli až soudu. Úřad pak posoudí, zda jeho jednání naplnilo skutkovou podstatu přestupku, nebo ne. Nelze ale od soudu žádat, aby označil za nezákonné závěry úřadu, pokud sám zadavatel neposkytl úřadu před vydáním rozhodnutí všechny potřebné informace“.

[58] Závěrem pak kasační soud k opakovaným odkazům stěžovatele na zásadu „3E“ (a související judikaturu) dodává, že tyto principy jsou vymezeny v § 2 písm. m), n) a o) zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Hospodárností se rozumí vynaložení veřejných prostředků k zajištění stanovených cílů s co nejnižším vynaložením těchto prostředků při dodržení odpovídající kvality plněných úkolů. Efektivností se rozumí takové použití veřejných prostředků, kterým se dosáhne nejvýše možného rozsahu, kvality a přínosu plněných úkolů ve srovnání s objemem prostředků vynaložených na jejich plnění. A nakonec účelností je takové použití veřejných prostředků, které zajistí optimální míru dosažení cílů při plnění stanovených úkolů.

[59] Zásada hospodárnosti je jedním ze základních kamenů právní úpravy regulace zadávání veřejných zakázek. Základním cílem této právní úpravy je především úspora veřejných prostředků, kdy je v soutěži účastníků řízení vybrána ta nejvýhodnější nabídka (srov. rozsudek NSS ze dne 29. 6. 2011, č. j. 9 Afs 3/2011 - 106).

[60] Aby zadavatel mohl s úspěchem argumentovat hospodárností zvoleného řešení, musel by prokázat ekonomickou výhodnost jeho postupu jako celku, tj. od zadání původní veřejné zakázky po navazující zadávací řízení formou jednacího řízení bez uveřejnění, nikoliv pouze finanční výhodnost dílčího zadávacího řízení navazujícího na „nešikovný“ postup zadavatele při zadání původní veřejné zakázky. Jen komplexní ekonomické zhodnocení prokazující zřejmou efektivnost zvoleného postupu může vést (v určitých specifických případech) k závěru, že byl oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek. Ekonomickou výhodnost je však nutné hodnotit s vědomím toho, že zadavatel připoutaný k jedinému dodavateli už nebude mít, vznikne-li potřeba budoucího

pokračování

rozšíření, *nikdy* (z povahy věci) možnost volit mezi různými navazujícími dodavateli, kteří by nejspíš nabízeli své plnění za různou cenu (shodně viz též rozsudek č. j. 10 As 120/2021 - 48). Nejvyšší správní soud v této souvislosti nerozporuje závěry uvedené ve stěžovatelem odkazované judikatuře (například rozsudek NSS ze dne 11. 1. 2013, čj. 5 Afs 42/2012-53, č. 2790/2013 Sb. NSS); toliko obecný odkaz na ně však důvodnost námitky (bez patřičných včas uplatněných ekonomických analýz) nezaloží.

IV. Závěr a náklady řízení

[61] Nejvyšší správní soud neshledal námitky stěžovatele důvodnými. Jelikož v řízení nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž musí soud přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s.).

[62] O náhradě nákladů řízení soud rozhodl podle § 60 odst. 1 za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti, neboť ve věci neměl úspěch. Žalovanému žádné náklady nad rámec jeho úřední činnosti nevznikly, a proto mu soud náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznal.

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

V Brně dne 8. února 2023

JUDr. Lenka Kaniová
předsedkyně senátu