

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Matyášové, soudkyně JUDr. Ludmily Valentové a soudce JUDr. Jakuba Camrdy v právní věci žalobce: **Ministerstvo zemědělství,** se sídlem v Praze, Těšnov 17, zast. advokátem JUDr. Vilémem Podešvou, se sídlem AK ROWAN LEGAL, s.r.o., Na Pankráci 1683/127, Praha 4, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem v Brně, třída Kpt. Jaroše 7, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2012, č. j. 62 Af 62/2010 - 367,

takto:

I. Kasační stížnost se zamítá.

II. Žalobci se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává.

Odůvodnění:

Kasační stížností se žalovaný (dále jen „stěžovatel“) domáhá zrušení shora označeného rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), kterým bylo zrušeno rozhodnutí předsedy stěžovatele ze dne 27. 7. 2010, č. j. ÚOHS-R159/2009/VZ-11066/2010/310-ASc, jakož i rozhodnutí stěžovatele ze dne 15. 10. 2009, č. j. ÚOHS-S108/2009/VZ-12163/2009/510/Hod, a věc byla stěžovateli vrácena k dalšímu řízení.

I. Obsah kasační stížnosti

V kasační stížnosti stěžovatel uplatňuje důvody dle ust. § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s, tedy tvrdí nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení. Dle názoru stěžovatele žalobce, jakožto zadavatel, nenaplnil zákonné podmínky pro postup dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále „zákon“), nepodložil své tvrzení důkazy, které by prokázaly, že jiní dodavatelé by nebyli schopni plnit předmětnou veřejnou zakázku, poukazuje na znalecký posudek Ing. Ladislava Kolaříka, CSc., stanovisko advokátní kanceláře Rowan Legal, s. r. o., stanovisko advokátky Mgr. Radky Šimkové a rovněž na znalecký posudek prof. Ing. Vladimíra Smejkala, CSc., LL.M., z nichž nevyplývá, že by veřejnou zakázku nemohl realizovat i jiný dodavatel; přitom jiný dodavatel by mohl nabídnout odlišné řešení veřejné zakázky a nevyužít tak některých stávajících systémových a aplikačních návazností. Žalobce nadto ve výzvě k jednání nespecifikoval, na které prvky plnění v rámci již realizovaných veřejných zakázek bude navazováno. Ohledně tvrzeného respektování autorských práv stěžovatel konstatuje, že smlouvy na plnění předchozích veřejných zakázek automaticky nepředpokládají vytvoření autorského díla. Z dokumentace o veřejné zakázce nevyplývá, které části již realizovaných veřejných zakázek lze označit za autorské dílo a ani zda se žalobce zabýval otázkou, zda vůbec byly některé části dříve dodaných systémů vytvořeny jako autorská díla podle ustanovení § 2 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon). Pokud v licenční smlouvě není obsaženo ustanovení, které by umožňovalo úpravy a změny informačního systému, pak se v případě potřeby aktualizace či podpory tohoto systému značně zhorší postavení žalobce-zadavatele čili státní organizace, zároveň se sníží možnost zajištění bezpečného fungování informačního systému, dále to přináší negativní ekonomické důsledky. Pokud by smlouva takovéto ustanovení obsahovala, nebylo by třeba souhlasu původního dodavatele. Stěžovatel zde rovněž nemá za prokázané, že by původní dodavatel skutečně neposkytl souhlas, dokonce z předložené dokumentace ani nevyplývá, že by žalobce o udělení souhlasu k provádění změn v autorských dílech požádal. Stěžovatel v kasační stížnosti uvádí, že ani sama okolnost existence této smlouvy není podmínkou pro použití ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. I kdyby na straně žalobce-zadavatele existovaly důvody ochrany výhradních práv, je třeba brát v potaz to, že tyto důvody byly vytvořeny žalobcem a jsou jím pasivně udržovány. Právě z důvodu pasivního přičinění žalobce na jeho současném nevýhodném právním stavu v této konkrétní oblasti nelze akceptovat postup použití jednacího řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a to proto, že nebyla naplněna materiální stránka této podmínky a tímto postupem došlo k obcházení účelu zákona. Existenci podmínek, které determinují použití jednacího řízení bez uveřejnění, nesmí vyvolat sám zadavatel svým jednáním a ani není možné se jich dovolávat s ohledem na smluvní vztah. Právní vztah, jenž podmiňuje existenci výhradních práv vybraného uchazeče k předmětu veřejné zakázky, kterým je informační právní systém, vznikl v důsledku jednání žalobce a ten nepodnikl relevantní kroky k odstranění tohoto - pro něj nevýhodného - právního stavu. Žalobce rovněž nevyvíjel žádnou snahu odstranit právní omezení spojená s tímto informačním systémem. Nevýhodnost tohoto právního stavu je zcela objektivní a jeho odstranění by znamenalo nutnost zadání veřejné zakázky v transparentnějším zadávacím řízení, do kterého by se mohlo přihlásit více zájemců a žalobce by předmět veřejné zakázky získal pravděpodobně za nižší cenu nebo za výhodnějších podmínek.

Stěžovatel konstatuje, že zadavatel je při postupu podle zákona o veřejných zakázkách povinen vždy jednat s ohledem na dodržení zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, přičemž cílem postupu zadavatele podle zákona o veřejných zakázkách je účelné, hospodárné a efektivní naplnění jeho potřeb. Zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti (což jsou taktéž zásady, které jsou zakotveny některými zákony, které upravují zásady hospodaření s veřejnými finančními prostředky) tak lze považovat za cíl, jehož má být postupem podle zákona dosaženo. V tomto smyslu považuje naplnění zmíněných zásad za cíl zákona jeho důvodová zpráva, podle které je tohoto cíle dosahováno především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy hrazené z veřejných prostředků byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Při výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, tedy posuzování souladu postupu zadavatele se zákonem o veřejných zakázkách, se stěžovatel zabývá dodržováním zásad postupu zadavatele vyjádřených v ustanovení § 6 zákona - tedy zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Žalobce nepostupoval v souladu s těmito zásadami, a to tím, že veřejnou zakázku zadal v rámci jednacího řízení bez uveřejnění, což znamenalo znemožnění soutěže o nejnižší nabídkovou cenu či nejvýhodnější podmínky. Tento druh zadávacího řízení použil žalobce v rozporu se zákonem. V této věci tedy stěžovatel uzavírá, že prověřil, zda žalobce postupoval v souladu s ustanovením § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách a dospěl k závěru, že žalobce postupoval v rozporu s tímto zákonem. Z tohoto důvodu nesouhlasí s názorem krajského soudu, k němuž v řízení dospěl, tedy, že stěžovatel vydal rozhodnutí rozporné se zákonem. Stěžovatel tvrdí, že zadavatel zadal veřejnou zakázku pomocí méně formálního a méně transparentního druhu zadávacího řízení s odůvodněním, že tento postup je v souladu se zákonem, protože předmět veřejné zakázky může provést pouze vybraný uchazeč. Takový důvod ale nemůže naplnit materiální stránku splnění podmínky ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, a to proto, že právní stav, kterým žalobce použití jednacího řízení bez uveřejnění odůvodnil, sám udržoval a nepodnikl aktivní kroky k jeho nápravě. Formálně byla podmínka ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona naplněna, ale zadavatel z výše uvedeného důvodu použitím jednacího řízení bez uveřejnění obešel účel zákona. Dle striktního názoru Soudního dvora Evropské unie, který je vyjádřen např. v rozhodnutích ve věci *C-199/85 - Komise proti Itálii a ve věci C-385/02 - Komise proti Itálii*, se zadavatel nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil. Dále se Soudní dvůr v těchto rozsudcích vyjádřil tak, že výjimky z pravidel směřujících k zajištění efektivity práv zaručených Smlouvou v odvětví veřejných zakázek, musí být vykládány restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku (tedy použití jednacího řízení bez uveřejnění) nese ten, kdo se jich dovolává. Rovněž z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 101/2004 ze dne 26. 9. 2005 vyplývá, že *výjimku podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách není zadavatel oprávněn použít, pokud výhradní práva o své vůli a vědomě vytvořil předchozím uzavřením smluv, aniž by to bylo vzhledem k předmětu plnění nezbytné k realizaci veřejné zakázky.* Z uvedených rozsudků lze dovodit, že důvody pro zadání veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění musí být objektivně dány, zadavatelem jednoznačně prokázány a nelze se vyhnout povinnosti zadat veřejnou zakázku v otevřeném nebo užším řízení z důvodu pochybení zadavatele v předchozím zadávacím řízení.

Stěžovatel podotýká, že ačkoliv se v případě Komise Evropských společenství proti Italské republice jednalo o výklad čl. 7 odst. 3 písm. b) směrnice Rady č. 93/37/EHS, mají uvedené právní závěry Soudního dvora, dle jeho přesvědčení, relevanci i k právní úpravě bezprostředně navazující, jíž je čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES, vztahující se rovněž na dodávky a služby. Stěžovatel zásadně nesouhlasí s právními závěry krajského soudu a domnívá se, že shora uvedené obecné závěry Soudního dvora mají přímý dopad na veřejnou zakázku šetřenou stěžovatelem v původním správním řízení. Z výše uvedených důvodů stěžovatel navrhuje, aby Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

II. Vyjádření žalobce

Žalobce ve svém vyjádření ke kasační stížnosti uvádí, že stěžovatel nepředkládá žádné nové skutečnosti, když pouze shrnuje zjištění a závěry, které již učinil a vyslovil v rámci vedeného správního řízení a rovněž v rámci řízení před krajským soudem o správní žalobě. V podstatné části kasační stížnosti se stěžovatel omezuje pouze na reprodukci těchto závěrů, aniž by současně adekvátním způsobem reagoval na argumentaci napadeného rozsudku, kterou byla uvedená tvrzení stěžovatele dostatečně vyvrácena. Kasační stížnost tedy v tomto smyslu postrádá odůvodnění, neboť nepolemizuje s argumentací rozsudku a tedy neoznačuje konkrétní důvody tvrzené nesprávnosti napadeného rozsudku. Kasační stížnost tak fakticky postrádá náležitosti ve smyslu ustanovení § 106 odst. 1 s. ř. s, neboť označení důvodů dle ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. je ze strany stěžovatele pouze formální a není promítnuto do odůvodnění kasační stížnosti.

Žalobce uvádí, že tvrzení stěžovatele, že žalobce nepodložil důkazy své tvrzení o tom, že jiní dodavatelé nejsou schopni plnit předmětnou veřejnou zakázku, je v příkrém rozporu mimo jiné s oběma znaleckými posudky, které byly ve věci vyhotoveny na straně žalobce i na straně stěžovatele, a rovněž je v příkrém rozporu s právním hodnocením těchto posudků, které učinil krajský soud. Žalobce shrnuje, že veškerá výše uvedená vyjádření jednoznačně a bez výjimky potvrdila, že v případě realizované veřejné zakázky bylo zasahováno do autorského díla dodavatele, které tento vytvořil v rámci předchozí veřejné zakázky, a tedy žádný jiný subjekt nebyl oprávněn realizovat předmět plnění veřejné zakázky způsobem, kterým by docházelo k zásahu do těchto autorských práv. Všechna výše uvedená vyjádření se shodla, že jediný způsob realizace předmětu plnění jiným subjektem by byl cestou úplného nahrazení původního autorského díla dodavatele novým autorským dílem. Tuto cestu však krajský soud správně odmítl jako extrémně nehospodárnou, a tedy v rozporu se smyslem zákona o veřejných zakázkách. Pokud tedy stěžovatel nyní bez dalšího opakuje svou tezi o přípustnosti realizace předmětu veřejné zakázky jiným subjektem, aniž by relevantním způsobem vyvrátil tvrzení krajského soudu, je jeho argumentace bezpředmětná.

Uvádí-li stěžovatel, že žalobce jako zadavatel ve výzvě nespecifikoval, na které prvky v rámci realizovaných veřejných zakázek bude navazováno, není podle názoru žalobce zřejmé, jakou konkrétní výtku, tím má stěžovatel na mysli. Pokud tím stěžovatel dovozuje porušení ustanovení § 34 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, tedy nedostatek

formálních náležitostí výzvy, konstatuje žalobce, že tato výtka je nedůvodná, neboť text výzvy k jednacímu řízení bez uveřejnění plně odpovídal předepsaným zákonným náležitostem. Stěžovatel navíc takovou výtku uplatňuje až nyní, v rámci kasační stížnosti a nikoliv rámci správního rozhodnutí, a tedy je taková výtka irelevantní.

Pokud se pak stěžovatel touto výtkou snaží zpochybnit transparentnost způsobu zadání veřejné zakázky, pak zřejmě zapomíná, že jednací řízení bez uveřejnění je právní institut, u kterého je prvek transparentnosti potlačen, a to vzhledem k tomu, že zadávacího řízení se účastní pouze omezený okruh subjektů. V šetřeném případě navíc do jednacího řízení vstupoval subjekt - dodavatel, který byl dostatečně obeznámen s dosavadním softwarovým vybavením zadavatele, tedy měl podrobné informace o tom, na jaké komponenty v rámci svého předchozího autorského díla bude nyní navazovat. Pokud předmětná výtka má „usvědčovat“ žalobce z toho, že nedostatečně prokázal oprávnění postupovat touto formou zadávacího řízení, pak žalobce - v úzké návaznosti na závěry napadeného rozsudku - opakuje, že důvody pro užití jednacího řízení bez uveřejnění nastaly objektivně, přičemž žalobci jako zadavateli zákon neukládá tyto důvody podrobně rozvádět, či snad „dokazovat“ již ve výzvě k účasti v jednacím řízení bez uveřejnění, ale povinnosti žalobce jako zadavatele je prokázat jejich existenci v řízení před stěžovatelem. Žalobce v tomto bodě uvádí, že existenci důvodu pro užití jednacího řízení bez uveřejnění v rámci správního řízení nade vší pochybnost prokázal. V této souvislosti stěžovatel opakuje svůj argument, že ze zadávací dokumentace nevyplývá, zda se žalobce před zahájením zadávacího řízení pokusil získat svolení dodavatele k zásahu do jeho autorského díla jiným subjektem.

Nad rámec uvedeného žalobce poukazuje rovněž na to, že již samotná úvaha stěžovatele je zcela odtržená od reality, a tedy ve své podstatně bezpředmětná. Žalobce si dovoluje připomenout, že dodavatel je právnickou osobou vlastněnou soukromými subjekty, přičemž se jedná o akciovou společnost ve smyslu ustanovení § 56 a násl. zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“). Jedná se tedy o subjekt založený za účelem podnikání. Smyslem podnikání je pak dle ustanovení § 2 odst. 1 obchodního zákoníku soustavná činnost prováděná samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku. V tomto kontextu si pak žalobce dovoluje položit otázku, zda lze důvodně předpokládat, že subjekt vykonávající činnost mimo jiné za účelem zisku, by se bez dalšího vzdal jakékoli své podnikatelské výhody na trhu s plným vědomím toho, že tento krok mu přinese nižší zisk, než kdyby se této výhody nevzdal. Žalobce si na tuto otázku - s odkazem na ustanovení § 2 odst. 1 obchodního zákoníku - dovoluje odpovědět záporně. Nelze tedy v této souvislosti důvodně očekávat, že by dodavatel dal souhlas k zásahu do svých autorských práv třetím subjektem, když jej k tomuto souhlasu nezavazuje žádné smluvní ujednání, přitom odepření tohoto souhlasu mu umožňuje generovat zisk z navazující veřejné zakázky, jejíž realizace je pro zadavatele potřebná. Nelze ani důvodně očekávat, že by dodavatel tento případný souhlas poskytl za podmínek, které by pro něj byly méně výhodné, než realizace samotné veřejné zakázky.

Žalobce má za to, že v zájmu nestranného a komplexního posouzení zákonnosti postupu žalobce jako zadavatele si stěžovatel při posuzování předmětného případu musel položit totožné otázky. Pokud pak na tyto otázky v rámci správního uvážení odpověděl

jinak než žalobce - tedy pozitivně, pak žalobce poukazuje na skutečnost, že o tomto správním uvážení není v odůvodnění obou rozhodnutí stěžovatele ani zmínka, a tedy jsou tato nepřezkoumatelná, a proto nezákonná. Tato nezákonnost je o to markantnější, že stěžovatel zjevně považuje existenci či neexistenci prokazatelné snahy žalobce o získání tohoto souhlasu za ten kruciální bod, který činí jednání žalobce jako zadavatele nezákonným.

Žalobce v této souvislosti uvádí, že nelze důvodně předpokládat, že by dodavatel dal bez dalšího souhlas k zásahu do svého autorského díla třetí osobou. Rovněž nelze očekávat, že by případný souhlas byl poskytnut zdarma a za výhodnějších podmínek, než pro dodavatele představuje realizace předmětné veřejné zakázky. Jakákoli žádost o poskytnutí takového souhlasu by tedy byla nade vší pochybnost bezpředmětná a hypotetické úvahy stěžovatele tak postrádají reálný základ. Žalobce si dovoluje zdůraznit, že stěžovatel v rámci správního řízení není oprávněn vytvářet hypotetické konstrukce o existenci či neexistenci snahy zadavatele na existenci určitého právního stavu (získání souhlasu) a z těchto hypotetických konstrukcí dovozovat nezákonnost postupu zadavatele, pokud současně neposoudí reálnost a pravděpodobnost takové hypotetické konstrukce.

K námitce stěžovatele, že v rámci veřejných zakázek, na které navazovalo provedené jednací řízení bez uveřejnění, byla vytvořena autorská díla, respektive stěžovatel uvádí, že žalobce tuto skutečnost neprokázal, žalobce konstatuje, že stěžovatel své tvrzení žádným způsobem nedokládá ani neodůvodňuje, a tedy zjevně zcela vědomě ignoruje průběh dokazování, který byl proveden v rámci správního řízení, a byl hodnocen rovněž před krajským soudem. Stěžovatel zcela ignoruje závěry obou znaleckých posudků, které nade vší odůvodnitelnou pochybnost prokazují, že v rámci předmětných veřejných zakázek vznikla autorská díla ve smyslu ustanovení § 2 autorského zákona. Je v této souvislosti zcela nerozhodné, zda zadávací dokumentace těchto veřejných zakázek se výslovně zmiňovala o tom, že vzniknou autorská díla, či zda tato skutečnost zde nebyla zmíněna explicitně. Uvedená skutečnost je totiž pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele při užití jednacího řízení bez uveřejnění zcela irelevantní. V této souvislosti je rozhodné zejména to, že autorská díla objektivně vznikla, držitelem autorských práv k těmto dílům je dodavatel a současně předmět plnění poptávaný žalobcem jako zadavatelem na tato autorská díla navazoval.

Žalobce poukazuje na to, že stěžovatel konečně na několika místech své kasační stížnosti uvádí, že žalobce jako zadavatel „neprovedl relevantní kroky k odstranění tohoto, pro něj nevýhodného právního stavu“, případně tvrzení, že žalobce „nevyvíjel žádnou snahu odstranit právní omezení spojená s tímto informačním systémem“. Stěžovatel z uvedeného dovozuje, že zadavatel právní stav, kterým odůvodnil použití jednacího řízení bez uveřejnění, sám udržoval a nepodnikl aktivní kroky k jeho nápravě. V této souvislosti pak stěžovatel odkazuje na rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie - rozsudky C-199/82 a C-385/02, a rovněž na rozhodovací praxi krajského soudu, a to konkrétně na rozsudek sp. zn. 31 Ca 101/2004. Z těchto judikátů má vyplývat, že zadavatel se nemůže dovolávat „stavu exkluzivity“, pokud jej sám způsobil, jako např. v odkazovaném rozsudku krajského soudu, kde výhradní právo vytvořil zadavatel vědomým uzavřením předchozí smlouvy, aniž by to vzhledem předmětu plnění veřejné zakázky bylo nezbytné. Dle vyjádření stěžovatele tedy důvody pro užití jednacího řízení bez uveřejnění musí být

dány objektivně a nikoli na základě „pochybení zadavatele v předchozím zadávacím řízení“.

Žalobce má za to, že odkazované judikáty nejsou na dotčený případ použitelné, neboť právní stav v těchto rozsudcích je v podstatných směrech odlišný od právního stavu žalobce jako zadavatele. Žalobce - na rozdíl od judikátů - nepostupoval účelově, „stav exkluzivity“ vznikl přirozeně a mezi jeho vytvořením a úmyslem postupovat prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění neexistuje příčinná souvislost. Žalobce si především dovoluje zdůraznit, že v odkazovaných rozsudcích byl v jednání zadavatele vždy zjevný úmysl obejít zákon, přičemž stav exkluzivity vznikal bezdůvodně, tedy aniž by byl vyvolán specifiky veřejné zakázky, a jeho jediným racionálním zdůvodněním byla právě snaha zadavatele vyhnout se postupu podle práva veřejných zakázek. V odkazovaném rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie C385/02, Komise proti Italské republice, zadavatel plánoval několik podobných stavebních prací, přičemž již v prvním zadávacím řízení si zadavatel vymínil doložku, že veškeré další práce (v rozmezí několika let) budou zadány stejnému dodavateli. Zadavatel tak již při zadání první veřejné zakázky věděl o realizaci dalších zakázek, a pro jejich zadání si úmyslně a účelově připravil „stav exkluzivity“. Stejně tak v uváděném rozsudku krajského soudu sp. zn. 31 Ca 101/2004 se jednalo o situaci, kdy zadavatel - město, deklaroval úmysl realizovat na konkrétním místě podle konkrétního projektu bytový dům, toto místo následně pronajal konkrétnímu developerskému subjektu (postupem mimo režim právních předpisů o veřejných zakázkách, neboť se nejednalo o veřejnou zakázku) a existenci tohoto nájemního vztahu posléze zadavatel označil za důvod pro zadání veřejné zakázky pronajímateli. I zde tedy zadavatel již od počátku postupoval účelově, činil systematické kroky k obejití předpisů o veřejných zakázkách, přičemž mezi jednotlivými kroky zadavatele byla věcná i časová vazba a zjevná příčinná souvislost. V tomto případě pak bylo navíc další silnou indicií, že developerský subjekt, kterému byla veřejná zakázka zadána, postupoval obdobným způsobem i v jiných městech, a tedy se jednalo o předem připravený způsob obejití zákona.

Současně se žalobce důrazně ohrazuje proti tvrzení, že v předchozích zadávacích řízeních se žalobce jako zadavatel dopustil „pochybení“. K takovému tvrzení není stěžovatel oprávněn. Takové tvrzení by mohl stěžovatel vyslovit pouze v rámci správního řízení, jehož předmětem by bylo přezkoumání úkonů zadavatele v těchto veřejných zakázkách, nikoli nyní následně. Takové správní řízení však nebylo nikdy zahájeno, a tedy jakékoli soudy stěžovatele v této věci jsou jednoznačným překročením pravomoci stěžovatele jako správního orgánu.

S ohledem na výše uvedené navrhuje žalobce, aby Nejvyšší správní soud podanou kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

Kasační stížnost je podle ustanovení § 102 a násl. s. ř. s. přípustná a jsou v ní namítány důvody odpovídající ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Rozsahem a důvody kasační stížnosti je Nejvyšší správní soud podle ustanovení § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s. vázán.

Nejvyšší správní soud přezkoumal kasační stížností napadený rozsudek krajského soudu a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

Z obsahu správního spisu Nejvyšší správní soud zjistil, že rozhodnutím ze dne 22. 7. 2010, č. j. ÚOHS-R159/2009/VZ-11066/2010/310-ASc, předseda stěžovatele zamítl rozklad žalobce a v celém rozsahu potvrdil rozhodnutí stěžovatele ze dne 15. 10. 2009, č. j. ÚOHS-S108/2009/VZ-12163/2009/510/HOd, kterým bylo konstatováno, že se žalobce jako zadavatel veřejné zakázky „Integrace webových portálů v rámci resortu Mze (Portál e-Agri)“ dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, když zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky v ustanovení § 23 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky; s vybraným uchazečem již byla uzavřena smlouva na plnění této veřejné zakázky. Za spáchání tohoto deliktu byla žalobci uložena pokuta 1 000 000 Kč.

Ze spisového materiálu vyplynulo, že zadavatel (žalobce) dne 24. 4. 2009 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo na plnění předmětné veřejné zakázky v ceně 370 000 000 Kč bez DPH (celkem 440 300 000 Kč); z předložené zadávací dokumentace a stanoviska zadavatele ke způsobu zadání veřejné zakázky ohledně použití jednacího řízení bez uveřejnění vyplynulo, že zadavatel jej odůvodnil návazností na předchozí již realizované veřejné zakázky, a to konkr. veřejnou zakázku „Služby správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“, zadané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 4. 7. 2007 pod ev. č. 60008999, ve znění opravy ze dne 10. 8. 2007 a v Ústředním věstníku Evropské unie dne 5. 7. 2007 pod ev. č.2007/S127-155769, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 11. 8. 2007, a veřejnou zakázku „Rozšíření služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“, zadané v jednacím řízení bez uveřejnění pod ev. č. 60023504, které byly plněny nyní vybraným uchazečem. Zadavatel použití jednacího řízení bez uveřejnění odůvodnil zejména nutností zasahování do autorských děl vytvořených v rámci plnění uvedených veřejných zakázek, přičemž podle odůvodnění použití jednacího řízení bez uveřejnění ve výzvě k jednání nelze oprávněně předpokládat, že vybraný uchazeč udělí souhlas k provádění změn v autorském díle jiným subjektem.

Žalobce tedy předmětnou nadlimitní veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, které zahájil dne 10. 4. 2009 zasláním výzvy k jednání jedinému zájemci. Podle stěžovatele však v daném případě nebyly pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění splněny zákonné podmínky, neboť nebylo prokázáno, že by předmětnou zakázku nemohl realizovat jiný dodavatel.

Krajský soud na základě podané žaloby obě správní rozhodnutí zrušil, když dospěl k názoru, že z důvodu nezbytné ochrany výhradních práv, což žalobce v řízení prokázal, postupovat v intencích ust. § 23 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách mohl. Podle názoru krajského soudu z vypracovaných posudků vyplývá, že daná situace žalobce opravňovala k zadání zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění; z obou znaleckých posudků (a to

jak z posudku předloženého žalobcem v rámci správního řízení, tak z posudku, který si nechal vyhotovit předseda stěžovatele) totiž vyplynulo, že v rámci plnění předmětné veřejné zakázky bude zasaženo do autorských děl (počítačových programů, které jsou podle ustanovení § 2 odst. 2 autorského zákona dílem, jsou-li původní v tom smyslu, že jsou autorovým vlastním duševním výtvorem), vytvořených během realizace předchozích veřejných zakázek. Bez svolení osloveného dodavatele do těchto programů zasahovat nelze, přičemž oslovený dodavatel tento souhlas žalobci odmítl vydat. Je to tedy toliko oslovený dodavatel, kdo je z důvodu ochrany výhradních práv (práv podle autorského zákona) schopen předmětnou zakázku realizovat. Podmínky zakotvené v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tak byly dle názoru krajského soudu splněny.

Krajský soud konstatoval, že dovolává-li se stěžovatel toho, že žalobce v předchozích zadávacích řízeních postupoval nevhodně, nejedná se o skutečnost, která by mohla výrok napadeného rozhodnutí jakkoli ovlivnit. Přestože krajský soud v obecné rovině souhlasí se stěžovatelem v tom, že by si měla státní organizace při budování nákladnějších informačních systémů, jejichž vývoj navíc kompletně financuje, smluvně vyhradit mj. právo ke změně a další úpravě informačního systému, a to i jiným než původním dodavatelem, nemůže se tato skutečnost na daném řízení, o kterém se nyní řízení vede, nijak projevit. V daném případě totiž stěžovatel netvrdí a ani v minulosti nedeklaroval, že by nevhodné chování žalobce bylo pochybením, kterým by žalobce porušil zákon o veřejných zakázkách. Z ničeho přitom nelze ani dovozovat, že by si žalobce předem „situaci připravil“ tak, aby nyní posuzovanou zakázku mohl zadávat v jednacím řízení bez uveřejnění. Jestliže stěžovatel namítá, že žalobce ve výzvě k jednání konkrétním způsobem nespecifikoval, na které prvky systému Cross-Compliance bude navazováno, ani neuvedl, které konkrétní součásti systému Cross-Compliance, nezbytné pro realizaci veřejné zakázky, požívají ochrany podle autorského zákona, nejedná se o skutečnost, která by mohla shora uvedený závěr jakkoli zvrátit. Důvody, které zadavatele opravňují k zadání zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění, jsou důvody objektivními, jak správně uvádí žalobce, a navíc nezávislými na tom, nakolik podrobně je zadavatel ve výzvě k jednání specifikuje. Zákon totiž dle krajského soudu nestanoví zadavateli povinnost, aby ve výzvě k jednání či v jakémkoli jiném dokumentu popsal důvody, které ho k využití tohoto způsobu zadání zakázky vedou. Tyto důvody však musí být zadavatel schopen vysvětlit a obhájit v řízení před žalovaným. Přestože tedy zákon výslovně nevyžaduje, aby výzva k jednání obsahovala důvody, které zadavatele vedou k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, je s ohledem na požadavek transparentnosti zadávacího řízení vhodné, aby tak zadavatel učinil. V této otázce krajský soud uzavřel, že žalobce předložil důkaz, z něhož plyne, že v rámci plnění veřejné zakázky bude zasaženo do autorských děl, vytvořených během realizace předchozích veřejných zakázek. Se závěrem krajského soudu stran posouzení nastolené sporné právní otázky, tzn. zda žalobce naplnil podmínky pro užití jím uplatněného postupu při zadání veřejné zakázky, tedy v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, se Nejvyšší správní soud ztotožnil.

Podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany

výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

Jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém" zadávacím řízení, tj. soutěží o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 zákona. V šetřeném případě směřuje argumentace zadavatele k použití ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. možnosti splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem z technických důvodů, především však z důvodu ochrany výhradních práv.

O použití příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Předmětem sporného posouzení ve věci nyní projednávané je především otázka, zda unesl zadavatel zmíněné důkazní břemeno.

V projednávané věci není sporu o tom, že specifičnost a odbornost předmětu veřejné zakázky vyžadovala odborné znalecké posouzení. Zadavatel musel důkladně a objektivně osvědčit, že jsou dány důvody aplikace jednacího řízení bez uveřejnění, a to např. posudkem z oboru IT a oboru práva, tak jak to zadavatel učinil. Zadavatel byl povinen před rozhodnutím, zda lze využít jednací řízení bez uveřejnění, důkladně právně posoudit předchozí zakázku, na kterou se má navazovat, z hlediska autorského práva, povahy licence a technického hlediska. Prokázání existence důvodu pro aplikaci ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona není z obecného hlediska vázáno pouze na předložení listiny ve formě dokladu (např. ochranná známka, užitný vzor, patent, licence), ale tyto objektivní důvody musí skutečně existovat; podmínky pro aplikaci citovaného ustanovení zákona musí být naplněny fakticky. Z předmětných znaleckých posudků vyplývá, že v předchozích zakázkách bylo vytvořeno autorské dílo, smlouvy na plnění předchozích zakázek sice automaticky nepředpokládají jeho vytvoření, nicméně jak z posudků, které nechal vypracovat žalobce, tak z vlastního posudku stěžovatele, je tato okolnost zřejmá. Je tak prokázána objektivní existence výhradních práv (autorských), která nedovolují zadavateli libovolně nakládat s předchozími systémy, na které by měla veřejné zakázka navazovat. K námitce, že žalobce neuvedl, které části zrealizovaných veřejných zakázek lze označit za autorská díla, Nejvyšší správní soud konstatuje, že zadavatel má objektivně prokázat existenci výhradních práv (unést důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek), nikoliv prokazovat jaká konkrétní autorská práva se dané věci týkají. Takového vymezení je již třeba pouze pro posouzení, jaké části zakázky mohou být zadány v jednacím řízení bez uveřejnění. Autorské dílo vzniká neformálně, tj. vznikem díla v objektivně vnímatelné podobě, není potřeba žádné registrace, notifikace, doložky či autorského označení. Pokud měl stěžovatel za to, že součástí plnění měly být běžně dostupné služby a dodávky (např. dodávka hardware a běžných licencí, jiné nenavazující plnění), které by bylo nutné zadat v obecně použitelném druhu zadávacího řízení, měl tuto skutečnost ve svém rozhodnutí uvést, případně vhodně zvolenými znaleckými posudky prokázat. Tak však stěžovatel neučinil.

Na otázku týkající se existence výhradních práv nutně navazuje otázka, kterou si zadavatel musí položit, a to relevantní ekonomické stránky zakázky, tj. srovnání nákladů na realizaci zakázky stávajícím a jiným dodavatelem. Protože cílem zákona je zejména zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelovosti nakládání s veřejnými prostředky, musí zadavatel dbát na to, aby veřejné zadávání se uskutečnilo za podmínek hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí. Zadavatel si musí zjistit a ověřit, zda, než použije jednací řízení bez uveřejnění, u kterého se upřednostňují jiné zájmy spíš než transparentní a hospodárné zadání veřejné zakázky, nelze existenci výhradních práv za splnění podmínky ekonomické výhodnosti nepoužít nebo rozšířit tak, aby se již nejednalo o práva výhradní. Zadavatel-žalobce toho mohl docílit dvěma způsoby. Jedním je výstavba systému tzv. „na zelené louce“ a druhý je odkoupení či rozšíření licence takovým způsobem, aby se o veřejnou zakázku mohl ucházet i jiný dodavatel. První varianta byla (plně v souladu se znaleckými posudky) odmítnuta jako neekonomická. Druhá varianta, dle vyjádření žalobce v rozkladu, není možná, když nebyl udělen souhlas k provádění změn autorských děl. Stěžovatel si více informací z jednání mezi zadavatelem a dodavatelem, z nichž by mohl dovozovat postup žalobce směřující k obcházení zákona, nevyžádal.

Podle Nejvyššího správního soudu, jak vyplývá z předmětného spisu, nelze mít za prokázanou důvodnou pochybnost nad okolnostmi, které vedly k zadání veřejné zakázky a následně k zadání další veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Pokud takovou důvodnou pochybnost vyslovil stěžovatel, nepodařilo se mu ji však prokázat. Zadavatel z hlediska skutkového stavu předložil argumenty, proč byl oprávněn použít jednací řízení bez uveřejnění. Podle Nejvyššího správního soudu tak, alespoň po formální stránce, došlo k naplnění podmínek ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Z výše uvedených důvodů námitku stěžovatele, týkající se neexistence či neprokázání výhradních práv, neshledává Nejvyšší správní soud důvodnou.

Stěžovatel založil svoji argumentaci mimo jiné na polemice o tom, zda zadavatel - žalobce sám nezavinil stav exkluzivity pro původního dodavatele, tedy zda skutečně zadavatel zaviněně sám nevytvořil nevýhodnou situaci, či zda naopak lze konstatovat, že jsou naplněny okolnosti ustanovení § 121 odst. 1 zákona a zadavatel tedy neodpovídá za delikt.

Podmínkou postupu dle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jak již bylo uvedeno, je skutečnost, že existuje pouze jeden dodavatel, který je schopen veřejnou zakázku splnit; tento stav se přitom posuzuje k okamžiku zahájení zadávacího řízení. Výše citované ustanovení vychází tedy z předpokladu, že předmět veřejné zakázky je natolik specifický, že může být realizován pouze jedním dodavatelem - a to především z technických důvodů, resp. z důvodu ochrany výhradních práv. Ochrana výhradních práv připadá v úvahu zejména v situaci, kdy zadavatel získal v minulosti licenční oprávnění, které je nezbytné pro pořízení dalšího plnění, a dodavatel nemá vůli udělit autorskoprávní nebo jinou licenci jiné osobě, která by plnění mohla zadavateli poskytnout Rovněž technické důvody, které má cit ustanovení na mysli, mohou spočívat např. v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility, v požadavku odůvodněném také technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění (zde informačního systému).

Důvodem pro aplikaci tohoto ustanovení je skutečný a prokazatelný stav technické neslučitelnosti či provozních problémů, které by vznikly z důvodu změny dodavatele. Nutno konstatovat, že uvedené je typické právě mimo jiné i pro oblast informačních technologií. Zakázku, o kterou se v případě žalobce jednalo, lze dle názoru Nejvyššího správního soudu považovat za specializovanou veřejnou zakázku, u níž lze postup, který uplatnil žalobce, shledat opodstatněným.

Jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak 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. V této souvislosti lze odkázat např. na již dřívější rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 5. 11. 2002, č. j. 2 A 3/2002 - 75, v němž soud mimo jiné uvedl: *„Žalobce usuzuje na správnost aplikace ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona* [tehdy zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, obdobně uvedené ustanovení upravuje výzvu jednomu zájemci k podání nabídky specializované veřejné zakázky v případech, kdy plnění veřejné zakázky může poskytnout jediný zájemce] *z objektivních skutečností, pro něž bylo možno zadat zakázku pouze jedinému zájemci. Aby mohla být takováto úvaha akceptována, nejsou žádné důvody. Okolnosti, které by za jiné situace mohly aplikaci tohoto ustanovení aprobovat, by nemohly vycházet ze stavu, kdy si žalobce sám nejprve vytvořil ony podmínky, a teprve až bylo právně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolával se postupu dle citovaného zákona. Nejprve totiž byly uzavírány smlouvy nájemní, kterými se navodil stav, podle něhož byl žalobce povinen postupovat tak, aby na takto pronajatých pozemcích výstavbu prováděl výlučně nájemce. Následovaly smlouvy o sdružení prostředků, které petrifikovaly stav nájemní a obsah smluv nájemních v tom, že dále se pokračovalo v prohlubování vzájemného smluvního vztahu směřující k oboustranné participaci účastníků smlouvy na vlastní výstavbě domu a teprve poté se přistoupilo k postupu dle zákona o zadávání veřejných zakázek. Nejde tedy o to, zda je právem žalobce uzavřít nájemní smlouvu, ale jaký měl být zvolen režim zakázky. Tato skutečnost je prvotní a následné vztahy jsou druhotné a z ní vyplývající Soud se zde plně ztotožňuje se stanoviskem žalovaného, že v daném případě svým obsahem nešlo o zakázku, jež by sama o sobě byla mimořádná a že by ji nebylo možné zadat jinému subjektu, neboť jde o zcela běžnou výstavbu bytů a navazující infrastruktury a pouze skutečnost, že existovaly právní podmínky natolik specifické, že nebylo jiné cesty, nežli porušit zákon, nemůže vést k moderaci přístupu orgánu dohledu nad dodržováním zákona o zadávání veřejných zakázek.*

Soud si dokáže představit situaci, kdy by z důvodů nezávislých na vůli žalovaného zadavatele existovaly právní vztahy, jež by mohly úvahu o mimořádnosti okolností, za nichž je zakázka zadávána, příhodněji ospravedlnit Avšak vyjdeme-li z textu zákona, pojem specializované veřejné zakázky je třeba ztotožnit s charakterem zakázky jako takové, nikoliv s právními okolnostmi, které ji provázejí. Již proto není možné přistoupit na argumentaci žalobce, naopak výtku žalovaného směřující k obsahu nájemních smluv, totiž aby umožňovaly přístup dalších uchazečů o výstavbu bytů, lze shledat oprávněnou. Žalobce si v daném případě nejprve vytvořil sám jistá právní omezení, totiž smlouvu o nájmu, která směřuje k zajištění, aby právě nájemce se podílel na výstavbě předmětných veřejných zakázek, a teprve poté bylo

přistoupeno k úvahám o tom, jaké ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek lze aplikovat. Za té situace pak žalobce zvolil postup dle § 50 odst. 1 písm. b), tedy výzvu jednomu zájemci v podání nabídky. Ovšem takto vnímat ustanovení § 50 jako výjimku postupu při zadávání veřejných zakázek podle předchozích částí zákona v žádném případě nelze. Žalobce se vystavuje pochybnostem o tom, zda řádně zvolený postup by nevylučoval, že výsledek by byl z ekonomického směru stejný nebo lepší. Jde však o hypotetický předpoklad, který je obtížně prokazatelný oběma směry. Postup žalobce nebyl správný, neopíral se o výlučnost charakteru veřejné zakázky, ani o výlučnost situace, neboť ta byla připravena zadavatelem před vlastním aktem zadávání." Obdobně i Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 26. 9. 2005, č. j. 31 Ca 101/2004, uvedl: „*Argumentaci žalobce není možné přesvědčit ani v jeho právním hodnocení skutkového stavu věci, ve vztahu k zákonným podmínkám pro postup ve smyslu § 50 odst. 1 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek; Soud se v tomto směru zcela ztotožňuje se závěry obou správních orgánů, dle kterého žalobce o své vůli a vědomě vytvořil podmínky, za kterých již fakticky nebylo možné předmětnou veřejnou zakázku realizovat bez porušení zákona (uzavření nájemní smlouvy se smlouvou o koupi budoucí). Nešlo tedy o okolnosti, které by nastaly nezávisle na vůli žalobce jakožto zadavatele veřejné zakázky a které by mohly odůvodnit použití mimořádného způsobu zadání veřejné zakázky ve smyslu § 50 odst. 1 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek. Se správními orgány obou stupňů se lze zcela ztotožnit i v jejich závěru, dle kterého samotná realizace stavby bytového domu není natolik specifickou činností, kterou by mohl realizovat pouze jediný subjekt - oslovený zájemce, přičemž právě tento předpoklad je imanentní podmínkou postupu ve smyslu shora uvedeného ustanovení zákona. Vzhledem k tomu, že právní hodnocení této otázky je v odůvodnění obou rozhodnutí uvedeno zcela odpovídajícím způsobem, lze na ně v dalších podrobnostech odkázat.*"

Přestože lze najít v obou případech styčné body při posuzování zákonnosti postupu zadavatele, je třeba v nyní posuzovaném případě, oproti případu pronajatých pozemků, jakož i případů, na něž odkazuje stěžovatel, velmi pečlivě vážit, zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný, neboť předmět veřejné zakázky zde je nepoměrně složitější, resp. jedná se o zakázku specializovanou. Lze souhlasit s argumentem stěžovatele, že si žalobce svým postupem v předcházející veřejné zakázce vytvořil určité právní omezení (licenční ujednání), které mu neumožňuje na danou zakázku navazovat nikým jiným než stávajícím dodavatelem. Není v daném řízení však podstatné, zda stěžovatel tvrdí, resp. ani v minulosti nedeklaroval, že by nevhodné chování žalobce bylo pochybením, kterým by žalobce porušil zákon o veřejných zakázkách. Nejvyšší správní soud uvádí, že je nutno na toto žalobcovo chování hledět z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Pokud zadavatel bude požadovat, například komentovaný zdrojový kód a povolení k tomu, aby dál mohl rozvíjet software pomocí třetí osoby či širší licenční oprávnění, tak bude zajisté předchozí veřejná zakázka finančně náročnější, protože dodavatel bude požadovat finanční prostředky navíc. Je proto 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. Pokud v průběhu životnosti softwaru nastane z hlediska zadavatele objektivní změna (nová legislativa, nové manažerské rozhodnutí nadřízených orgánů), tak může nastat situace, kdy by vyloučení použití jednacího řízení bez upozornění fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software. Dalším klíčovým faktorem je proměnlivost úkolů zadavatele. Pokud zadavatel připravuje software tak, aby software splnil v dané chvíli objektivně stanovené

úkoly a byl po uplynutí určité doby životnosti vyřazen, zajisté tomu přizpůsobí i zadávací podmínky. Nelze tedy, jak to učinil stěžovatel, konstatovat bez dalšího, že zadavatel nenaplnil materiální podmínku ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, když si v předcházející zakázce sám vytvořil právní omezení.

Nejvyšší správní soud neshledal konečně ani případnost judikátů, na které stěžovatel odkazuje. Výše uvedené případy nesou zjevné znaky účelového jednání, čímž se podstatně odlišují od postupu žalobce, resp. stěžovatel neprokázal účelovost jednání žalobce, resp. jehlo jednání *contra legem*, resp. *in fraudem legis.* V postupu žalobce není možno shledávat účelovost a úmysl obejití zákona o veřejných zakázkách při zadávání návazných veřejných zakázek. Původní veřejné zakázky zadával zadavatel prokazatelně, aniž by měl vědomí o tom, že v budoucnu mu vznikne potřeba zadat dotčené veřejné zakázky. Rovněž je třeba zdůraznit, že stav exkluzivity nebyl vytvořen zadavatelem a nevznikl samoúčelně jako v odkazovaných případech, ale byl přirozenou součástí předmětu plnění, respektive neoddělitelným důsledkem toho, že v rámci předmětu plnění vznikala autorská díla ve smyslu ustanovení § 2 autorského zákona. Odkaz na výše uvedené judikáty, jakož i veškerá související argumentace stěžovatele, jsou tedy nepřípadné.

Nejvyšší správní soud shledal napadený rozsudek krajského soudu zcela v souladu se zákonem, krajský soud své závěry, k nimž dospěl, řádně a přezkoumatelným způsobem vyjádřil v podrobném odůvodnění.

O náhradě nákladů rozhodl Nejvyšší správní soud s přihlédnutím k ust. § 60 odst. 7 s. ř. s., podle kterého může soud rozhodnout, že se náhrada nákladů nepřiznává. Nejvyšší správní soud bral v potaz především skutečnost, že žalobce je vrcholným orgánem státní správy, který je nadán dostatečným personálním potenciálem odborně způsobilým žalobce před soudem zastupovat, v daném případě zpracovat též vyjádření ke kasační stížnosti.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné (ustanovení § 53 odst. 3, ustanovení § 120 s. ř. s.).

V Brně dne 11. ledna 2013

JUDr. Lenka Matyášová
předsedkyně senátu