

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Kaniové a soudců JUDr. Marie Žiškové a JUDr. Filipa Dienstbiera v právní věci žalobce: **Hlavní město Praha,** se sídlem Mariánské nám. 2, Praha 1, zast. JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem se sídlem Na Pankráci 1683/127, Praha 4, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 11. 6. 2015, č. j. ÚOHS-R173/2014/VZ-13930/2015/321/IPs, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 1. 6. 2017, č. j. 62 Af 93/2015 - 357,

takto:

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] Rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „žalovaný“) ze dne 16. 5. 2014, č. j. ÚOHS-S535/2013/VZ-10282/2014/522/LKo, byl žalobce shledán vinným ze spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jichž se měl dopustit tím, že:

- nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, neboť dne 6. 4. 2012 uzavřel smlouvu č. INO/40/03/002741/2012 v jednacím řízení bez uveřejnění,

aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

- nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, neboť dne 6. 4. 2012 uzavřel smlouvu č. INO/40/03/002742/2012 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona.

[2] Za spáchání předmětných správních deliktů byla žalobci uložena pokuta ve výši 1.000.000 Kč.

[3] Proti tomuto rozhodnutí brojil žalobce rozkladem, který předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v záhlaví specifikovaným rozhodnutím zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil. Žalobce se následně domáhal zrušení správních rozhodnutí žalobou u Krajského soudu v Brně.

II. Rozsudek krajského soudu

[4] Krajský soud žalobu přezkoumávaným rozsudkem zamítl, neboť žalobní námitky neshledal důvodnými. Předně se zabýval výhradou žalobce, že mu nebylo v průběhu správního řízení umožněno nahlédnout do podnětového spisu. K tomu uvedl, že samotný podnět ani odpověď na něj nepředstavují podklady pro vydání rozhodnutí. Pokud správní orgán na základě šetření podnětu dospěje k podezření, že došlo k porušení zákona o veřejných zakázkách, zahájí ve věci správní řízení, jako se tomu stalo i v daném případě. Žalobce měl možnost nahlížet do správního spisu, který obsahuje všechny relevantní podklady, pročež nebyl žádným způsobem krácen na svých právech. Pochybení na straně žalovaného krajský soud spatřoval pouze v tom, že po zahájení správního řízení ponechal v podnětovém spise i jiné listiny než ty, které se bezprostředně týkají samotného podnětu a způsobu jeho vyřízení. Tento nedostatek však nikterak nezhoršil procesní situaci žalobce. K námitce, že žalobci nebyl kompletní podnětový spis poskytnut ani na základě žádosti o poskytnutí informace, se soud blíže nevyjádřil, neboť tento postup žalovaného nebyl předmětem soudního přezkumu.

[5] Dále soud shrnul, že v posuzované věci je klíčové, zda byly splněny podmínky pro uzavření předmětných smluv se společností HAGUESS, a. s., v jednacím řízení bez uveřejnění. Žalobce svůj postup odůvodnil tím, že zajišťuje provoz Pražského centra kartových služeb (dále jen „PCKS“), pro jehož řádné fungování je nezbytné zajistit též servisní podporu informačního systému kartového centra (dále jen „SKC“), který byl vytvořen společností HAGUESS na základě původní smlouvy o dílo a dalších na ni navazujících smluv. S ohledem na licenční podmínky je pak dotčená společnost toho času jediným subjektem, který je oprávněn do předmětného programového vybavení zasahovat. Proto je vyloučeno, aby předmět zakázky provedla třetí osoba.

[6] Krajský soud v této souvislosti poukázal na svůj dřívější rozsudek ze dne 15. 10. 2015, č. j. 62 Af 112/2013 - 131, v němž se již postupem žalobce spočívajícím ve sjednání licenčních podmínek pro společnost HAGUESS jako vybraného uchazeče ve vztahu k původní veřejné zakázce a tím způsobeným stavem exkluzivity zabýval. Citovaný

rozsudek byl později potvrzen též rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015 - 95, a krajský soud tak neshledal důvody, pro něž by se měl od svých dřívějších závěrů odchýlit. Pokud žalobce namítal, že posuzovaná věc je od věci vedené pod sp. zn. 62 Af 112/2013 skutkové odlišná, pak se krajský soud s touto argumentací neztotožnil. Naopak vyjádřil přesvědčení, že obě věci jsou v podstatných aspektech totožné.

[7] Soud se plně ztotožnil s argumentací žalovaného, že to byl samotný žalobce, kdo způsobil stav exkluzivity pro společnost HAGUESS, neboť se aktivně podílel na vytváření omezení, od něhož pak dovozoval nutnost použití jednacího řízení bez uveřejnění. K tomu dodal, že použití jednacího řízení bez uveřejnění je jednou z výjimek z jinak povinného použití „otevřenějších“ zadávacích řízení, která musí být především v intencích judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) vykládána restriktivně. Zadavatel proto musí podrobně vysvětlit, z jakých konkrétních důvodů nelze v daném případě zakázku zadat jinému dodavateli než tomu, jemuž byla zadána i předchozí zakázka, a proč takovému stavu nemohl předejít. K této problematice soud poukázal na relevantní judikaturu SDEU, jakož i na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 11. 2012, č. j. 1 Afs 23/2012 - 102, a ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53.

[8] Skutkové okolnosti předcházející a provázející zadávání původní zakázky svědčí o tom, že žalobce od počátku plánoval další rozvoj projektu Opencard a musel si být vědom nezbytnosti přidávání aplikací týkajících se municipálních služeb, jak od počátku deklaroval v usnesení Rady hlavního města Prahy ze dne 16. 5. 2006. Krajský soud tak nepřisvědčil námitce žalobce, že s ohledem na unikátnost projektu nemohl mít povědomost o tom, co bude projekt obnášet a jakým způsobem se bude rozvíjet. S ohledem na jeho plány poskytnout občanům hlavního města univerzální čipovou kartu Pražana, která bude využitelná v oblastech dopravní infrastruktury, městských služeb, v turistickém ruchu a dalších oblastech, naopak musel žalobce rozumně očekávat potřebu zadávání dalších zakázek. Jak zdůraznil i Nejvyšší správní soud v již citovaném rozsudku č. j. 1 As 256/2015 - 95, žalobce měl od počátku poměrně jasnou představu o tom, jaké aplikace by měla do budoucna platforma Opencard obsahovat. Proto si musel být vědom toho, že licenční podmínky, které s vybraným uchazečem uzavře, budou později omezovat rozvoj platformy ve vztahu k dalším aplikacím.

[9] Žalobce se sám aktivně podílel na vytváření omezení, která pak vedla k tomu, že zadával další zakázky původnímu uchazeči. Z tohoto důvodu považoval soud za nepřípadné odkazy žalobce na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, a č. j. 5 Afs 43/2012 - 54.

[10] Za nedůvodnou považoval soud také námitku ohledně směšování dvou samostatných řízení. Přitom zdůraznil, že žalobci není vytýkán jeho postup při zadávání původní zakázky, nýbrž skutečnost, že licenční podmínky se společností HAGUESS sjednal takovým způsobem, že do budoucna způsobil stav exkluzivity. Za nerozhodné soud považoval, nakolik byl postup žalobce hospodárný, neboť tato skutečnost nemůže mít vliv na učiněná zjištění, že žalobce postupoval prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, aniž by pro to byly splněny zákonné podmínky. Za čistě akademickou a ničím nepodloženou označil soud argumentaci, že pokud by žalobce postupoval v roce 2006 při

sjednávání licenčních podmínek odlišným způsobem, došlo by k navýšení ceny díla a ke skryté diskriminaci dodavatelů standardních softwarů. Vzhledem k tomu, že žalobce takto nepostupoval, nelze předjímat, jakým způsobem by bylo jeho jednání hodnoceno.

[11] Závěrem soud dodal, že žalobce nemůže být úspěšný ani s námitkou, že správní orgány byly povinny zohlednit tíseň ve smyslu § 23 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, neboť existenci tísně žalobce v době zadání zakázky neprokázal, respektive ji ani netvrdil.

III. Obsah kasační stížnosti

[12] Proti rozsudku krajského soudu se žalobce (dále též „stěžovatel“) bránil kasační stížností, v níž namítl, že se soud nedostatečně zabýval skutkovou odlišností od věci řešené pod sp. zn. 62 Af 112/2013, z níž v zásadě převzal veškerou svou argumentaci.

[13] Předně stěžovatel vyzdvihl, že předmětem smluv č. INO/40/03/002741/2012 a č. INO/40/03/002742/2012 (dále jen „předmětné smlouvy“) je poskytování základní a rozšířené podpory PCKS, které již samostatně provozoval stěžovatel. Naproti tomu u smluv ohledně provozu PCKS byl systém samostatně provozován společností HAGUESS. Uzavření předmětných smluv tedy zcela jistě není skutečností, kterou by mohl stěžovatel již v roce 2006 předvídat, neboť v roce 2006 nevěděl a ani nemohl vědět, že se stane provozovatelem systému Opencard a bude nezbytné poptávat potřebnou podporu. Stejně tak nemohl předpokládat, že provozování projektu Opencard svěří nově vzniklé městské společnosti Operátor ICT, a. s. Dále nelze pominout, že stěžovatel předmětnými smlouvami reagoval na technologický vývoj, zejména prolomení šifrové ochrany karetní technologie MIFARE a nutnost jejího nahrazení novou technologií s vyšší úrovní ochrany.

[14] Z těchto důvodů nelze dle názoru stěžovatele přijmout závěr krajského soudu, že se stěžovatel aktivně podílel na vytváření omezení, která vedla k nutnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění. Na posuzovanou věc je naopak plně aplikovatelný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012 - 54.

[15] Dále je třeba přihlédnout k naprosté unikátnosti projektu Opencard. Stěžovatel je přesvědčen, že v době zadání původní veřejné zakázky nebylo možné předvídat, jakým způsobem se bude projekt vyvíjet. Toho času se jednalo o projekt zcela inovativní a nebylo možné určit, jaký bude jeho úspěch, zda nebude v důsledku technologického vývoje nahrazen jinými systémy, a zda bude existovat ekonomický zájem na jeho pokračování. Navíc stěžovatel nesouhlasí s tvrzením, že již na základě koncepčních materiálů schválených radou hl. města Prahy před zadáním původní zakázky měl dostatečnou představu o tom, jakým směrem se bude projekt Opencard ubírat.

[16] Stěžovatel předpokládal evoluci systému SKC, avšak ta byla zamýšlena především formou integrace dalších modulů, což plyne i z předložené dokumentace projektu. Tento směr vývoje přitom nevyžaduje poskytnutí zvláštních práv k úpravám počítačového programu. Pokud by se tento předpoklad ukázal jako správný, nebyl by založený stav exkluzivity překážkou pro budoucí rozvoj projektu. Nezbytnost provedení změn

přesahujících rámec pouhých funkčních propojení stěžovatel v roce 2006 nepředvídal a žalovaný nic takového ve správním řízení ani nedoložil.

[17] Z citovaného rozsudku č. j. 5 Afs 43/2012 - 54 vyplývá, že o nezákonnosti postupu spočívajícího v zadání veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění lze hovořit pouze za splnění dvou základních podmínek. Předně by muselo být prokázáno, že jednání stěžovatele jako zadavatele veřejné zakázky bylo účelové, ve snaze vytvořit podmínky pro budoucí obcházení zákona, a současně by musel být existující stav exkluzivity samoúčelný, tedy vzniklý nikoliv přirozeně, ale za účelem obcházení zákona. Ani jedna z těchto podmínek však nebyla naplněna. Rovněž chybí jeden ze znaků správního deliktu, a to příčinná souvislost mezi jednáním zadavatele a následkem. Stěžovatel trvá na tom, že se nemohl správního deliktu dopustit, neboť byly zcela splněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

[18] V neposlední řadě nelze ponechat bez povšimnutí, že nastavení obchodních podmínek (včetně podmínek licenčních) plně odpovídá obvyklým obchodním zvyklostem, které v daném oboru platily v roce 2006. Stěžovatel především zdůraznil, že případný požadavek na poskytnutí zdrojových kódů k dodávanému softwaru by byl v relevantním období vnímán jako diskriminační. Žalovaný proto stěžovateli klade podmínky, které jsou nesplnitelné.

[19] Vadu v postupu krajského soudu dále stěžovatel spatřuje v tom, že odmítl provést dokazování znaleckým posudkem ze dne 27. 5. 2016, č. j. 2747-77/2016, ohledně vývoje municipálních karet v období let 2006 – 2012, a listinami mapujícími vývoj projektu Opencard v letech 2012 - 2016. Tyto důkazy přitom měly dokládat unikátnost projektu Opencard, a tedy i skutečnost, že stěžovatel nemohl jeho další vývoj předvídat.

[20] Konečně se krajský soud dle mínění stěžovatele nesprávně vypořádal též s jeho námitkou existence tísně, respektive s námitkou, že ve správním řízení žalovaný tíseň stěžovatele nereflektoval. Soud zde vycházel z chybného předpokladu, že je třeba posuzovat obsah zadávací dokumentace, v níž odkaz na § 23 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách absentoval. Stěžovatel je však přesvědčen, že není rozhodné, zda jsou důvody využití jednacího řízení bez uveřejnění explicitně uvedeny v zadávací dokumentaci, ale zda reálně existovaly, či nikoliv. Důvody ospravedlňující postup podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách navíc stěžovatel uvedl ve správní žalobě ohledně prolomení bezpečnosti čipu MIFARE DESFire D40.

[21] Pro všechny jím tvrzené důvody stěžovatel navrhuje, aby Nejvyšší správní soud přezkoumávaný rozsudek zrušil a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení.

IV. Vyjádření žalovaného

[22] Žalovaný ve svém vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění je třeba vykládat restriktivně, přičemž důkazní břemeno nese zadavatel. Toto východisko akcentoval ve svém rozsudku i krajský soud a žalovaný se s jeho argumentací plně ztotožňuje. Stěžovatel důkazní břemeno neunesl, neboť ve

správním řízení a ani v navazujícím soudním řízení skutečnosti odůvodňující použití jednacího řízení bez uveřejnění neprokázal.

[23] Žalovaný dále s krajským soudem souhlasí i v tom směru, že situace posuzovaná v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 256/2015 - 95 se nikterak podstatně neodlišuje od nyní projednávané věci, a v něm uvedené závěry jsou tedy i v tomto případě plně aplikovatelné. Oba případy spojuje totožný postup zadavatele, jímž souhlasil s nastavením takových licenčních podmínek, které ve svém důsledku vedly k vytvoření závislosti stěžovatele na vybraném dodavateli. Žalovaný tedy trvá na tom, že stěžovatel stav exkluzivity způsobil svým vlastním jednáním, a proto nesplnil podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. V této souvislosti odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53.

[24] K argumentaci stěžovatele ohledně nemožnosti předvídat budoucí vývoj projektu žalovaný uvedl, že vědomost stěžovatele o konkrétní podobě navazujícího plnění nebyla pro oprávnění zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rozhodná. Přitom odkázal na závěry krajského soudu prezentované na s. 13 přezkoumávaného rozsudku, které považuje za zcela přiléhavé. Skutečnost, že se projekt mohl v konkrétních aspektech ubírat jiným směrem, než stěžovatel předpokládal, na situaci nic nemění. Ačkoliv stěžovatel nemusel vědět, že se stane provozovatelem projektu Opencard, nelze přehlédnout, že uzavřením smlouvy na původní veřejnou zakázku za sjednaných licenčních podmínek poskytl dodavateli de facto monopol na poskytování téměř všech služeb ve formě navazujících plnění.

[25] Pokud pak stěžovatel argumentoval unikátností projektu, jedná se dle mínění žalovaného jen o další okolnost naznačující potřebu navazujících plnění. Se zvyšujícím se objemem investic do projektu klesá pravděpodobnost, že by stěžovatel po několika letech bez dalšího přešel na jinou technologii. Při uzavírání navazujících smluv pak není předem vybraný dodavatel žádným způsobem motivován k poskytnutí výhodných cenových či jiných podmínek. Účinek vyloučení hospodářské soutěže pro danou oblast zajišťovaných potřeb je v takovém případě zřejmý. Obtížnost dialogu s dodavatelem v daném případě ostatně naznačuje již samotné tvrzení stěžovatele o nutnosti převzetí provozu projektu Opencard. Stěžovatel tedy stav výlučnosti vybraného dodavatele sám způsobil a při použití jednacího řízení bez uveřejnění nepostupoval v souladu s právními předpisy.

[26] K výhradám stěžovatele stran neprovedení jím navrhovaných důkazů v řízení před krajským soudem žalovaný uvedl, že je na uvážení soudu, které důkazy s ohledem na zásadu procesní ekonomie provede. Pokud krajský soud naznal, že navrhované důkazy nemohou mít pro posouzení věci žádný přínos, považuje žalovaný jeho postup za zcela legitimní.

[27] K poslední námitce stěžovatele ohledně neposouzení naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, tj. z důvodu tísně, žalovaný poukázal na skutečnost, že důkazní břemeno k prokázání použití jednacího řízení bez uveřejnění nese i v tomto případě stěžovatel,

jehož povinností je rozhodné skutečnosti nejen tvrdit, ale i prokázat, a to již před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění. Tyto závěry potvrzuje i rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015 - 80. Stěžovatel tak neučinil a oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách pak neprokázal dokonce ani v průběhu správního řízení.

[28] Žalovaný dále zdůraznil, že použití jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách je podmíněno nejen naléhavostí situace, ale též skutečností, že zadavatel naléhavost případu sám nezpůsobil a nemohl ji předvídat. Vzhledem k tomu, že v daném případě bylo prokázáno, že stav potřeby zadat veřejnou zakázku témuž dodavateli zapříčinil svým jednáním stěžovatel, je zřejmé, že zákonné podmínky nebyly naplněny.

[29] K námitce týkající se prolomení bezpečnosti čipu MIFARE DESFire D40 žalovaný uvedl, že ji považuje za nedostatečně odůvodněnou, neboť z ní nevyplývají žádné rozhodné skutečnosti a navíc ji vůbec neuplatnil ve správním řízení, ale uvádí již až nyní v řízení soudním. Žalovaný nemůže za stěžovatele v průběhu správního řízení domýšlet, co svým jednáním mínil. Je povinností stěžovatele dbát včasné ochrany svých práv, zvláště za situace, pokud je relevantní skutečnosti schopen doložit pouze on.

[30] Žalovaný shrnuje, že stížnostní námitky považuje za nedůvodné a navrhuje tak, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

V. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[31] Nejvyšší správní soud nejprve posuzoval splnění podmínek řízení, přičemž shledal, že kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou a jedná se o kasační stížnost, která je ve smyslu § 102 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s."), přípustná. Důvodnost kasační stížnosti posoudil v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů, současně při tom zkoumal, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by byl nucen přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[32] Kasační stížnost není důvodná.

[33] V posuzované věci je stěžejní otázkou, zda byl stěžovatel oprávněn postupovat při uzavírání předmětných smluv se společností HAGUESS cestou jednacího řízení bez uveřejnění.

[34] Stěžovatel vyjádřil v kasační stížnosti přesvědčení, že při zadávání předmětných zakázek byly bezezbytku splněny důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž se postupně dovolává jak důvodů podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, tak i podle písm. b) téhož ustanovení.

[35] Nejvyšší správní soud se podmínkami pro použití jednacího řízení bez uveřejnění v minulosti již opakovaně zabýval, přičemž i v souladu s rozhodovací praxí SDEU (např. rozsudek ze dne 10. 3. 1987, *Komise v. Itálie*, C-199/85, či rozsudek ze dne

28. 3. 1996, *Komise v. Německo*, C-318/94) především zdůrazňoval, že jednací řízení bez uveřejnění představuje pouze výjimku z otevřenějších forem zadávacích řízení. Z tohoto důvodu je třeba podmínky pro jeho užití vykládat přísně restriktivně s tím, že důkazní břemeno k prokázání naplnění těchto podmínek tíží zadavatele.

[36] V rozsudku ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015 - 95, se pak Nejvyšší správní soud zabýval skutkově velmi obdobným případem jako v posuzované věci, přičemž ve vztahu k témuž stěžovateli při zadávání zakázek na navazující plnění v rámci projektu Opencard dovodil, že sjednání svazujících licenčních podmínek v souvislosti s původní veřejnou zakázkou neospravedlňuje následné využití jednacího řízení bez uveřejnění. Své závěry Nejvyšší správní soud podrobně odůvodnil, přičemž ve své argumentaci navázal na rozsudek ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012 - 54, v němž již dříve uvedl, že *„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.*" (obdobně též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, publ. pod č. 2790/2013 Sb. NSS). Tuto argumentaci převzal a dále rozhojnil krajský soud v posuzované věci s tím, že nenalezl žádné zásadní odlišnosti, pro něž by se měl od dřívějších judikatorních závěrů odchýlit.

[37] Nejvyšší správní soud s názorem krajského soudu plně souzní a ve shodě s ním je přesvědčen, že skutkové okolnosti posuzovaného případu se nikterak významně neodlišují od okolností panujících ve věci řešené Nejvyšším správním soudem pod sp. zn. 1 As 256/2015 (u krajského soudu vedeno pod sp. zn. 62 Af 112/2013). Pokud stěžovatel poukazoval na jedinečnost projektu Opencard, z níž dovozoval, že nebylo možné předvídat, jakým způsobem se bude projekt do budoucna ubírat, Nejvyšší správní soud nemůže tomuto tvrzení přisvědčit. S obsahově totožnou námitkou se ostatně vypořádal již v části IX.B rozsudku č. j. 1 Afs 256/2015 - 95, v němž zcela jednoznačně uzavřel, že stěžovatel měl podle všeho od počátku (ještě před zadáním původní veřejné zakázky) poměrně jasnou představu o tom, jak by se měla platforma Opencard do budoucna rozvíjet, s čímž souvisí i nutnost zadávání nových zakázek na související aplikace. Musel si tedy být vědom i toho, že stávající podoba licenčních podmínek sjednaných se společností HAGUESS bude pro další vývoj projektu značně limitující v tom směru, že v zásadě znemožní volný výběr dodavatele na další související a navazující plnění. Jakkoliv přitom stěžovatel nemusel (či v některých aspektech snad ani nemohl) předvídat zcela konkrétní okolnosti budoucího vývoje projektu (nutnost převzetí provozu PCKS samotným stěžovatelem apod.), nemění to nic na skutečnosti, že s ohledem na původní záměr musel nutně nezbytnost zadávání dalších zakázek předjímat. V této souvislosti se lze ztotožnit s žalovaným v tom směru, že i s ohledem na objem investic do předmětného projektu se nejevilo jako pravděpodobné, že by stěžovatel od rozvoje platformy bez dalšího upustil a vydal se zcela odlišným směrem. Tyto skutečnosti musel mít stěžovatel již při zadávání původní veřejné zakázky na zřeteli, a pokud licenční podmínky se společností HAGUESS dojednal takovým způsobem, že jí tím do budoucna poskytl výhradní postavení dodavatele

všech souvisejících zakázek, počínal si způsobem, který negarantuje účelné vynakládání veřejných prostředků. Za těchto okolností se nemůže dovolávat naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť je zjevné, že nežádoucí stav exkluzivity zapříčinil vlastním jednáním.

[38] Pokud se pak jedná o tvrzení stěžovatele stran nemožnosti nastavit licenční podmínky jiným způsobem z důvodu možné diskriminace dodavatelů, zůstala tato argumentace jen zcela povšechná a ničím nepodložená, pročež nemůže na učiněných závěrech nic změnit. Nejvyšší správní soud připomíná, že je to zadavatel zakázky (tj. stěžovatel), na němž spočívá důkazní břemeno ve vztahu k prokázání naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění.

[39] Soud tedy v této souvislosti shrnuje, že jakkoliv se v posuzované věci jedná o jiné zakázky než ve věci řešené pod sp. zn. 1 As 256/2015, a některé dílčí okolnosti jsou nepochybně odlišné, v klíčových aspektech, rozhodných pro posouzení naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, lze nalézt shodu. Na posuzovanou věc jsou proto plně aplikovatelné závěry učiněné ve věci sp. zn. 1 As 256/2015, respektive rozsudku krajského soudu č. j. 62 Af 112/2013 - 131, a první kasační námitka stěžovatele je tedy nedůvodná.

[40] Pokud pak dále stěžovatel ve svůj prospěch argumentoval rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012 - 54, pak je předně třeba poukázat na skutečnost, že s aplikací závěrů tohoto rozsudku na posuzovanou věc se do značné míry vypořádal již krajský soud. Nejvyšší správní soud pak již pouze podtrhuje, že právě ve stěžovatelem citovaném rozsudku formuloval, že zadavatel se nemůže dovolávat existence pouze jediného dodavatele, jestliže tento stav zavinil svým vlastním jednáním. Přesně o takovou situaci se přitom jedná i v předmětné věci a Nejvyšší správní soud je proto přesvědčen, že závěry krajského soudu nachází do značné míry oporu i ve stěžovatelem odkazovaném rozsudku.

[41] Lze tedy uzavřít, že stěžovatel naplnění podmínek pro využití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách neprokázal. V podrobnostech Nejvyšší správní soud odkazuje na opakovaně zmiňovaný rozsudek č. j. 1 As 256/2015 - 95, jakož i na odůvodnění napadeného rozsudku krajského soudu, s nímž se plně ztotožňuje.

[42] Jako zcela neopodstatněnou soud vyhodnotil též námitku týkající se neprovedení stěžovatelem navržených důkazů v řízení o žalobě. Krajský soud svůj postup řádně odůvodnil a Nejvyšší správní soud považuje jím uváděné důvody za logické, přesvědčivé a racionální. Pokud stěžovatel mínil jím navrhovanými důkazy doložit unikátnost projektu Opencard, pak Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že ani specifičnost tohoto projektu nezbavovala stěžovatele povinnosti postupovat při zadávání původní veřejné zakázky obezřetně a takovým způsobem, aby do budoucna ve vztahu k navazujícím plněním zcela nevyloučil prvek soutěže o zakázku.

[43] Konečně se pak Nejvyšší správní soud zabýval i námitkou, že v posuzované věci byly naplněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění z důvodů

podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. Jednacího řízení bez uveřejnění dle citovaného ustanovení může zadavatel využít pouze tehdy, jsou-li kumulativně splněny všechny zákonem stanovené podmínky: 1) jedná o krajně naléhavý případ, 2) tento krajně naléhavý případ zadavatel nezpůsobil svým jednáním, 3) krajně naléhavý případ nemohl zadavatel předvídat, 4) z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení. V posuzované věci je na první pohled zřejmé, že tyto podmínky splněny nebyly, a to již jen proto, že stěžovatel stávající stav sám zapříčinil svým vlastním jednáním. Splnění vyjmenovaných podmínek je nadto opět povinen prokazovat zadavatel zakázky, přičemž stěžovatel nejenže existenci zmiňovaných důvodů netvrdil v době zadání předmětných zakázek, ale nedovolával se jich ani později v průběhu správního řízení. Za těchto okolností je zjevné, že stěžovatel nemůže být se svojí argumentací úspěšný.

VI. Závěr a náklady řízení

[44] Nejvyšší správní soud tedy 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.).

[45] O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto 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 1. listopadu 2017

JUDr. Lenka Kaniová
předsedkyně senátu