



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK**

**JMÉNEM REPUBLIKY**

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci

žalobce: **Česká republika - Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových**  
sídlem Rašínovo nábřeží 390/42, Praha

proti  
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**  
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného č.j. ÚOHS-R0153/2017/VZ-36539/2017/322/JSu ze dne 14.12.2017

**takto:**

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R0153/2017/VZ-36539/2017/322/JSu ze dne 14.12.2017 se ruší a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalobci se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

## Odůvodnění:

### I. Shrnutí podstaty věci

1. Žalobce se žalobou domáhá zrušení rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 14.12.2017, č.j. ÚOHS-R0153/2017/VZ-36539/2017/322/JSu, kterým podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“), zamítl jeho rozklad proti prvostupňovému rozhodnutí žalovaného ze dne 1.9.2017, č.j. ÚOHS-S0272/2017/VZ-25544/2017/531/ESt, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci podezření ze spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), při zadávání veřejné zakázky „Technický návrh a realizace napojení ISMS-CRAB na Informační systém základních registrů (ISZR) a vytvoření datového úložiště referenčních a rozšiřujících údajů v rámci ISMS-CRAB“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 16.8.2012 (oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 25.9.2012 pod ev. č. 232711 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28.9.2012 pod ev. č. 2012/S 187-307226).
2. Žalovaný (výrokem I. prvostupňového rozhodnutí) rozhodl o spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že žalobce při zadávání veřejné zakázky porušil § 21 odst. 2 ZVZ, protože veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, neboť neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč – IBM Česká republika, spol. s r.o. – a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv tohoto vybraného uchazeče vytvořil žalobce v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění veřejné zakázky; uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a žalobce uzavřel dne 10.9.2012 s vybraným uchazečem „Dodatek č. 19 ke smlouvě o dílo č. 172 429“. Za to mu žalovaný (výrokem II. prvostupňového rozhodnutí) podle § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ uložil pokutu ve výši 200 000 Kč. Napadené druhostupňové rozhodnutí pak tyto závěry potvrdilo.

### II. Shrnutí procesního postoje žalobce

3. Žalobce v podané žalobě předně namítá, že žalovaný nemůže dovozovat na straně žalobce důkazní břemeno, které není žádným právním předpisem výslovně zakotveno. Žalovaný si tak nad rámec právní úpravy svévolně vymýšlí nové povinnosti žalobce a konstatuje, že žalobce neunesl důkazní břemeno, aniž by odpovídajícím způsobem zohlednil žalobcem tvrzené skutečnosti. Nadto nebylo bez dalšího vyhověno návrhu žalobce na provedení důkazu výsledkem odborných pracovníků, ačkoliv žalovaný sám nedokázal postavit problematiku autorských práv najisto. Žalobce však podrobnou argumentací trvá na tom, že veřejnou zakázku zadal zcela v souladu s § 23 odst. 4 ZVZ prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění, a to jak z důvodů technických, neboť jen jediný stávající dodavatel byl objektivně schopen poskytnout žalobci požadované plnění, tak z důvodu ochrany výhradních práv, neboť zde z minulosti existovala výhradní autorská práva, která žalobce musel respektovat, přičemž tato omezení nelze žalobci klást k tíži.
4. Žalobce navrhuje, aby zdejší soud napadené i jemu předcházející rozhodnutí zrušil. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem, i na jednání, které ve věci proběhlo.

### III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

5. Žalovaný se žalobou nesouhlasí, argumentuje důvody obsaženými již v napadeném rozhodnutí a navrhuje, aby zdejší soud žalobu jako nedůvodnou zamítl. Taktéž žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před zdejším soudem, i na jednání soudu.

#### IV. Posouzení věci

6. Žaloba byla podána včas (§ 72 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), žaloba je přípustná (§ 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).
7. Zdejší soud napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného (§ 75 odst. 1 s.ř.s.) a dospěl k závěru, že žaloba je důvodná.
8. Podstatná část žaloby je vystavěna na argumentaci v tom směru, že žalovaný v řízení obrátil důkazní břemeno v neprospěch žalobce bez zákonné opory.
9. Zdejší soud k této části žalobní argumentace nutně vychází z toho, že na základě aplikace zásady legality zakotvené v § 2 odst. 1 správního řádu postupuje správní orgán v souladu se zákony a ostatními právními předpisy, jakož i mezinárodními smlouvami, které jsou součástí právního řádu. Podle zásady materiální pravdy (§ 3 správního řádu) nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu. Zvláštní důraz na důkladné zjištění skutkového stavu je pak třeba klást v rámci řízení o potrestání za správní delikt (přestupek) zahajovaného z úřední povinnosti (z konstantní judikatury např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30.12.2010, č.j. 4 Ads 44/2010-132). Je třeba poukázat rovněž na aplikovatelnost zásady vyšetřovací ve smyslu § 50 odst. 3 věty druhé správního řádu, podle níž v řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, je správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena.
10. V řízeních, v nichž má být z moci úřední uložena povinnost (jako je tomu v nyní posuzované věci), která jsou ovládána výlučně zásadou vyšetřovací, je správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena, přičemž je to právě správní orgán, který nese odpovědnost za řádné soustředění podkladů pro rozhodnutí a případně i odpovědnost za nesplnění této povinnosti (z konstantní judikatury např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 30.6.2011, č.j. 2 As 78/2010-49, ze dne 18.1.2018, č.j. 7 Azs 385/2017-29, ze dne 31.7.2007, č.j. 4 Azs 44/2007-124, ze dne 27.12.2011, č.j. 7 As 82/2011-81, ze dne 24.6.2013, č.j. 5 As 160/2012-44, ze dne 7.4.2011, č.j. 5 As 7/2011-48, ze dne 19.6.2014, č.j. 2 As 52/2013-69). Tuto povinnost však může zvláštní právní úprava ze správního orgánu sejmout tím, že stanoví, že důkazní břemeno ohledně okolností svědčících ve prospěch toho, komu má být povinnost uložena, nese právě tato osoba a nikoli správní orgán (např. § 10 odst. 1 zákona č. 311/2006 Sb., o pohonných hmotách a čerpacích stanicích pohonných hmot a o změně některých souvisejících zákonů). ZVZ ani žádný jiný na věc použitelný právní předpis však nic takového pro řízení před žalovaným nestanoví.
11. Žalovaný – na první pohled odlišně od právě uvedených východisek – v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí zastává názor, že důkazní břemeno leží zcela na zadavateli, jehož povinností je, aby doložil, že jednacím řízením bez uveřejnění bylo v okamžiku zahájení zadávání veřejné zakázky jedinou možnou variantou, a že předmět takto zadané zakázky nemohl být zadán v jiném druhu zadávacího řízení, které je oproti jednacím řízením bez uveřejnění z podstaty transparentnější. Dochází tak podle žalovaného k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě správních deliktů leží na správním orgánu, který musí zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na zadavatele. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě zadavatel, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem. Povinnost zjištění skutkového stavu věci ze strany žalovaného se s ohledem na obrácené důkazní břemeno v souvislosti s doložením podmínek opravňujících použití jednacím řízením bez

uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda zadavatel toto důkazní břemeno unesl. To žalovaný opírá o rozsudky Soudního dvora Evropské unie a tuzemských správních soudů.

12. Zdejší soud je s judikaturou Soudního dvora Evropské unie (žalovaným zmiňované rozsudky ze 10.3.1987, C-199/85, ze dne 28.3.1996, C-318/94, ze dne 14.9.2004, C-385/02, ze dne 18.5.1995, C-57/94, a nadto i rozsudky ze dne 17.11.1993, C-71/92, ze dne 10.4.2003, C-20/01, ze dne 10.4.2003, C-28/01) i tuzemských správních soudů (rozsudky zdejšího soudu ze dne 3.10.2013, č.j. 62 Af 48/2012-160, ze dne 13.1.2015, č.j. 62 Af 95/2013-74, ze dne 10.7.2014, č.j. 62 Af 93/2013-34, ze dne 28. 6. 2017, č.j. 31 Af 35/2015-80, a 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, a ze dne 11.1.2013, č.j. 5 Afs 42/2012-53), podle nichž důkazní břemeno ohledně existence okolností opravňujících k použití jednacího řízení bez uveřejnění leží na tom, kdo se jich dovolává, dobře seznámen a nemá v nejmenším úmyslu se od této judikatury v nyní posuzované věci jakkoli odchylovat.
13. Současně však zdejší soud – pokud jde o naplnění právě uvedených východisek – nemůže přehlédnout chronologický vývoj právního názoru žalovaného na tuto otázku. Zdejšímu soudu je z jeho činnosti známo, že žalovaný, který tehdy vycházel v zásadě výhradně z judikatury Soudního dvora Evropské unie, ve svém rozhodnutí ze dne 21.2.2012, č.j. ÚOHS-R215/2011/VZ-3094/2012/310/JSI/ASc, mimo jiné uvedl, že „...*při použití jednacího řízení bez uveřejnění se uplatňují dvě hlavní zásady. Zaprvé nelze právní úpravu jednacího řízení bez uveřejnění vykládat jinak než striktně ... Zadruhé, je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro jeho použití (tamtéž)...*“. V rozhodnutí ze dne 12.4.2012, č.j. ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé, žalovaný konstatoval, že „...*[j]e na zadavateli, aby prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. V neposlední řadě je zadavatel rovněž povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná...*“. V rozhodnutí ze dne 29.9.2016, č.j. ÚOHS-R0064/2016/VZ-39883/2016/323/KKř, již žalovaný zaujal – podle zdejšího soudu – citelně přísnější postoj, když uvedl, že postavení zadavatele „...*je v důsledku přesunu důkazního břemene na jeho osobu do jisté míry oslabeno, resp. je mu ztížena obrana před orgánem dohledu. To však ničehož nemění na tom, že k takovému „zátížení“ zadavatele došlo „vědomě“, jako logický následek restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění...*“. V naposledy citovaném rozhodnutí žalovaný dále uvedl, že „...*[ú]řad přitom zcela jistě není povinen jakkoliv vyvracet tvrzení zadavatele o neporušení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť je to zadavatel, koho stihá povinnost tato tvrzení prokázat, a pokud je není schopen prokázat, pak se má za to, že v souladu se zákonem nepostupoval. Přísnost takové konstrukce je pak mimo jiné dána právě snahou o eliminaci používání tohoto druhu zadávacího řízení, a to v zájmu zachování co nejvíce transparentní hospodářské soutěže...*“. Názorová evoluce, jež je patrna z právě uvedených rozhodnutí žalovaného, však nemůže vyústit v názor, že žalovaný může být v jím vedeném řízení zcela pasivní a že se i přes konkrétní tvrzení účastníka správního řízení (zadavatele) a konkrétní důkazní návrhy zadavatelovou situací, v níž jednací řízení bez uveřejnění probíhalo, reálně nemusí zabývat. To by znamenalo popření zásady správního řízení trestní (sankční) povahy, a to bez jakékoli zákonné opory.
14. Řízení o přezkumu úkonů zadavatele spočívajících v zadávání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění má, stejně jako tento druh zadávacího řízení samotný, určitá specifika. Jedním z nich je, že zadavatel může tento druh zadávacího řízení použít pouze v případě, že jsou splněny zákonné podmínky podle § 23 ZVZ, resp. § 63 až 66 ZZVZ, přičemž tyto podmínky musejí být splněny k okamžiku zahájení jednacího řízení bez uveřejnění – jinak by takto zadavatel postupovat nemohl a jinak by o možnosti takto postupovat zadavatel nemohl ani vědět. Postupuje-li zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění, činí tak proto, že má k okamžiku zahájení tohoto zadávacího řízení za postavené najisto, že jsou na jeho straně dány konkrétní

specifické důvody (odpovídající právě § 23 ZVZ, resp. § 63 až 66 ZZVZ), jež také zadavatel sám je schopen konkrétně pojmenovat – a to v okamžiku, kdy k jednacímú řízení bez uveřejnění přistoupí, a samozřejmě shodně kdykoli v budoucnu, bude-li třeba volbu jednacímú řízení bez uveřejnění obhajovat. Volí-li zadavatel výjimečný postup, jenž spočívá v uzavření smlouvy na veřejnou zakázku bez jakéhokoli nutného uveřejnění (odtud „jednacímú řízení bez uveřejnění“), tedy bez reálné možnosti dodavatelů získat povědomí o zadávané veřejné zakázce, je to tedy právě on, kdo musí mít před zahájením takového postupu postaveno najisto, že jsou pro to naplněny konkrétní důvody.

15. „Za zadavatele“ tedy takové důvody vskutku nikdo (ani žalovaný) sám domýšlet nemůže, jednoduše již proto, že konkrétní okolnosti na straně zadavatele zpravidla nemůže znát. Právě tato skutečnost (coby možné specifikum) nachází svůj odraz v konkrétních možnostech aktivity žalovaného ve správním řízení a je také důvodem shora uvedenou judikaturou (unijní i tuzemskou) dovozované povinnosti zadavatele být co do sdělení konkrétních důvodů pro použití jednacímú řízení bez uveřejnění ve vztahu k žalovanému aktivní. Logicky věcně omezené možnosti aktivity žalovaného ohledně odhalování skutečných konkrétních důvodů na straně zadavatele pro použití jednacímú řízení bez uveřejnění se však nemohou rovnat absolutní pasivitě.
16. S ohledem na charakter jednacímú řízení bez uveřejnění jako jedné z výjimek z jinak povinného použití „otevřenějších“ zadávacích řízení, jak bylo opakovaně dovozeno shora citovanou judikaturou, je na zadavateli, aby v případě zahájení přezkumného řízení žalovanému nejen tvrdil, že podmínky pro použití jednacímú řízení bez uveřejnění byly splněny, nýbrž současně v souladu s § 52 správního řádu důsledně (a při použití jednacímú řízení bez uveřejnění o to důsledněji) splnil svoji povinnost označit důkazy na podporu svých tvrzení ohledně oprávněnosti použití jednacímú řízení bez uveřejnění. Na žalovaném pak je, aby tyto důkazy provedl a učinil závěr, zda z takto provedených důkazů naplnění konkrétních důvodů pro použití jednacímú řízení bez uveřejnění v konkrétní zadavatelské situaci plyne či nikoli. Obecná zákonná i judikatorní východiska ohledně povahy a nositele důkazního břemena, resp. zásady vyšetřovací v sankčních správních řízeních, tak nejsou prolamována nikterak principiálně, pouze musí být zohledněno, že žalovaný v přezkumných řízeních týkajících se oprávněnosti použití jednacímú řízení bez uveřejnění nemůže rozhodovat o oprávněnosti konkrétních a přesně k proběhlému jednacímú řízení bez uveřejnění se vážících důvodů, aniž by je měl do všech nezbytných detailů od zadavatele předestřeny. Logicky pak nemůže žalovaný za zadavatele domýšlet eventuální další důvody pro použití jednacímú řízení bez uveřejnění, než na které se v dostatečné míře konkrétnosti spolu s označením důkazů na podporu svých tvrzení odvolává sám zadavatel, neboť žalovaný jeho konkrétní zadavatelskou situaci jednoduše nezná. Není tedy možné – a právě takto zdejší soud rozumí shora vyjmenované judikatuře – aby zadavatel, který využil výjimky z jinak „otevřenějších“ druhů zadávacích řízení na základě potenciálního splnění zákonných podmínek pro použití jednacímú řízení, v přezkumném řízení žalovanému předložil toliko dokumentaci o veřejné zakázce a ve zbytku byl zcela pasivní s odkazem na potřebu respektu k pravidlům o uplatnění zásady vyšetřovací. Teprve na základě aktivity zadavatele při sdělení konkrétních důvodů, pro které k jednacímú řízení přistoupil, je na žalovaném, aby posoudil, zda byly (ve vztahu k zadavatelem konkrétně tvrzeným důvodům) splněny zákonné podmínky, přičemž splnění zákonných podmínek musí zadavatel nejen tvrdit, nýbrž i v souladu s § 52 správního řádu označit důkazy na podporu svých tvrzení – nemůže tak být pouze pasivní.
17. Z uvedeného tedy zdejší soud dovozuje, že žalovaný nemá povinnost skutečnosti, resp. důvody, které zadavatele opravňovaly k zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacímú řízení bez uveřejnění, sám vyhledávat – to by bylo v mnoha případech nejen složité, nýbrž mnohdy i nemožné, a mělo by to za následek faktické znemožnění přezkumu zadávání veřejných zakázek prostřednictvím jednacímú řízení bez uveřejnění. Podle zdejšího soudu se – zjednodušeně řečeno – může ve vztahu k přezkumu postupu zadavatele v jednacímú řízení bez uveřejnění uplatnit konstrukce obdobná jako v případě trestného činu nevedení účetnictvím podle § 254 odst. 1

zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku; i v tomto případě musí ten, kdo je k tomu ze zákona povinen, předložit účetnictví, jinak bude shledán vinným ze spáchání trestného činu, aniž by orgány činné v trestním řízení musely účetnictví dohledávat a prokazovat tak jeho neexistenci.

18. Na splnění povinnosti zadavatele konkrétní důvody pro použití jednacího řízení tvrdit a navrhnout důkazy k prokázání těchto tvrzení pak navazuje nutná aktivita žalovaného. Pokud zadavatel v přezkumném řízení splní povinnost uloženou mu § 52 správního řádu a jasně a konkrétně (!) označí důkazy na podporu svých tvrzení o splnění konkrétních podmínek opravňujících jej zadat veřejnou zakázku prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, je jistě na žalovaném, aby označené důkazy provedl a pak je podle své úvahy hodnotil. To respektování zásady vyšetřovací odpovídá. Tyto závěry vyplývají zdejšímu soudu i z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30.5.2014, č.j. 5 Afs 48/2013-272, kde kasační soud konstatoval, že *„...důkazní břemeno splnění zákonných podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění stíhá zadavatele, a orgán dohledu by tak v tomto směru rozhodně neměl akceptovat jeho naprostou důkazní pasivitu (tu v nyní souzené věci zadavateli spravedlivě vytýkat nelze, neboť na jeho popud vypracovaná odborná stanoviska, i přes konstatované nedostatky, svědčí minimálně o snaze důkazní břemeno unést); na druhou stranu ovšem lze připustit, aby orgán dohledu podle potřeby doplnil důkazy sám, a to zejména tam, kde dospěl k důvodným pochybnostem o použitelnosti důkazních prostředků předložených účastníky...“*, a dále pak z rozsudku zdejšího soudu ze dne 28.6.2017, č.j. 31 Af 35/2015-80, kde zdejší soud uvedl, že *„...důkazní břemeno žalovaného stíhá tehdy, pokud chce zpochybnit skutečnosti, u kterých unesl své důkazní břemeno zadavatel...“*.
19. Závěr ohledně neunesení důkazního břemena tak přichází v úvahu toliko v situaci, kdy zadavatel na podporu svých tvrzení ohledně naplnění podmínek opravňujících jej k použití jednacího řízení bez uveřejnění neoznačí žádné konkrétní relevantní důkazy anebo kdy provedením důkazů se tvrzení zadavatele ohledně splnění podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění nepotvrdí.
20. V posuzované věci žalobce konstantně tvrdí, že stav exkluzivity nezavinil, neboť při zadávání původní veřejné zakázky v roce 2004 nemohl předvídat, že takřka o 8 let později mu vznikne nová zákonná povinnost uvedená v § 5 odst. 3 zákona č. 111/2009 Sb., o základních registrech, přičemž na tuto novou zákonnou povinnost musel žalobce reagovat a splnit ji. Ve správním řízení žalobce doložil i znalecký posudek k rozšíření ISMS dle návrhu dodatku č. 19 z července roku 2012, jehož předmětem je posouzení „naplnění podmínek pro vyhlášení JŘBU dle § 23 odst. 4 písm. a)“, a to jak podmínek spočívajících v ochraně autorských práv, tak posouzení technických důvodů.
21. Žalobcova argumentace tak vychází z přesvědčení, že v době, kdy zahajoval jednací řízení bez uveřejnění směřující k uzavření „Dodatku č. 19 ke smlouvě o dílo č. 172 429“, neměl reálnou možnost vést jakékoli „otevřenější“ řízení, neboť nikdo jiný než vybraný uchazeč mu plnění z důvodů autorskoprávních i technických nemohl poskytnout, což však žalobce nezavinil, neboť v roce 2004, kdy vznikala samotná smlouva, k níž byl nyní uzavírán dodatek, žalobce nemohl předpokládat vznik poptávky po plnění, na které byl uzavřen „Dodatek č. 19 ke smlouvě o dílo č. 172 429“. Žalobce tedy akcentuje stav, v němž se nacházel v roce 2004, a dovozuje, že získat práva vlastnická či autorská, jež by mu umožnila poptávat plnění odpovídající dodatku č. 19 v otevřenějším druhu řízení, neměl ani při uzavírání dodatku č. 19, ani při uzavírání dodatku č. 15 (a dodatku č. 17).
22. Žalovaný ve své podstatě nezpochybnil stav, v němž se žalobce nacházel, dovodil však, že se tak stalo vinou samotného žalobce, jehož postup nebyl toliko „nešikovností“. Argumentace žalovaného je založena na tom, že – jak vyplynulo z listin předložených žalobcem – předmětem plnění původní veřejné zakázky (podle smlouvy ze dne 8.10.2004) byl návrh, implementace a systémová integrace ISMS. Touto původní smlouvou na žalobce nepřešla žádná vlastnická nebo autorská práva týkající se dodaného předmětu plnění. Poté (od roku 2004) byl však ISMS nejen provozován a užíván, nýbrž také dále rozvíjen na základě dalších smluv (dodatků k původní

smlouvě). Mimo jiné se tak stalo i dodatkem č. 15 ze dne 27.10.2010 a dodatkem č. 17 ze dne 28.11.2011. Předmětem dodatku č. 15 byl technický návrh a realizace Centrálního registru administrativních budov (tj. právě CRAB) coby integrální součásti ISMS. Předmětem dodatku č. 17 pak byl technický návrh a realizace analytického modulu pro Centrální registr administrativních budov (CRAB) a rozšíření modulu CRAB v oblasti získávání on-line mapových podkladů a generování vrstvy evidovaných administrativních budov. Tyto dodatky (a jako první z nich dodatek č. 15) jsou podstatné proto, že se vztahují k Centrálnímu registru administrativních budov (CRAB). Není tedy pravdou, že až dodatkem č. 19 (uzavřeným v jednacím řízení bez uveřejnění v nyní posuzované věci) reagoval žalobce na změnu legislativy v souvislosti s novou potřebou, jež se promítla v poptávce po CRAB. Přestože žalovaný (podle zdejšího soudu správně) explicitně nevyklučuje, že by změna legislativy mohla být skutečností, kterou nelze předvídat, a tedy mohla by vést k oprávněnému použití jednacím řízení bez uveřejnění, nyní (v jednacím řízení bez uveřejnění) zadávaná veřejná zakázka se neodvíjela od předtím nečekané legislativní změny (přímo neřešila žalobcovu potřebu plynoucí ze zákona č. 111/2009 Sb.), neboť na zákon č. 111/2009 Sb. už reagovaly dodatky č. 15 a č. 17. V dodatcích č. 15 ani č. 17, jejichž předmětem byl CRAB poprvé, rovněž nepřešla v souvislosti s licencovanými programy původně vybraného uchazeče na žalobce žádná vlastnická nebo autorská práva.

23. Posouzení toho, zda byl žalobce oprávněn zadávat veřejnou zakázku odpovídající dodatku č. 19 prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění, je však podle zdejšího soudu v posuzované věci odvislé zejména od toho, zda veřejná zakázka spočívající ve tvorbě modulu CRAB na základě dodatku č. 15 k původní smlouvě z roku 2004 na předmět této původní smlouvy (ISMS) nutně navazuje či nikoli (a do jaké míry „nutně“), zda v rozhodném okamžiku – tedy buď při zadávání původní veřejné zakázky v roce 2004 (ve verzi žalobce) nebo alespoň při uzavírání dodatku č. 15 (ve verzi žalovaného) – musel žalobce předpokládat, že potřeba budoucích změn, které jej vedly k zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění – v souvislosti se změnou legislativy – nastane a zda (a jaké) měl žalobce v rozhodném okamžiku reálné možnosti získání vlastnických či autorských práv, které by mu umožnily veřejnou zakázku odpovídající dodatku č. 19 zadávat v otevřenějším druhu zadávacím řízení. Žalovaný však nepostavil najisto již první z uvedených otázek a z napadeného ani jemu předcházejícího rozhodnutí není zřejmé, na základě jakých konkrétních skutečností dospěl žalovaný k závěrům o „markantnějším vlivu“ právě dodatku č. 15 na založení stavu exkluzivity žalobcem než původní smlouvy z roku 2004. Prvostupňové rozhodnutí k ucelené argumentaci žalobce ohledně stavu, v jakém se nacházel již od roku 2004, v bodu 96. sumarizuje, že již uzavřením dodatku č. 15 došlo k vytvoření CRAB a že jeho vytvořením byl pověřen dříve vybraný dodavatel, aniž by si žalobce vyhradil vlastnická či autorská práva k tomuto modulu ISMS, přitom tak žalobce postupoval v době, kdy si musel být vědom nutnosti zadat i navazující veřejnou zakázku (jež byla předmětem dodatku č. 19). Napadené rozhodnutí pak tento závěr v bodech 29. a 30. přebírá jako správný (vychází jednoduše z toho, že modulu CRAB se týkal již dodatek č. 15) a znovu akcentuje, že tím žalobce „utvrdil“ stav vendor lock-in, neboť si k modulu CRAB nevyhradil vlastnická či autorská práva. Napadené rozhodnutí však k žalobcem tvrzené (a též odborným posouzením dokládané) nemožnosti takové výhrady nevysvětluje, jakou možnost takové výhrady měl žalobce, podle něhož tato možnost nebyla dána proto, že se jednalo jen o součást už po uzavření smlouvy z roku 2004 existujícího ISMS. Žalovaný naznačuje, že stav vendor lock-in již fakticky založen byl z doby před uzavřením dodatku č. 15 (uzavřením dodatku č. 15 došlo podle žalovaného „k utvrzení“ tohoto stavu), což lze vnímat jako souhlas žalovaného se žalobcem ohledně okamžiku vzniku stavu vendor lock-in (k roku 2004), ale zavinění žalobce (ne tedy jeho pouhou „nešikovnost“) žalovaný dovozuje nikoli z doby před uzavřením dodatku č. 15 (v tomto směru žalovaný žalobcovu argumentaci nikterak nevyvrací), nýbrž z toho, že si žalobce v souvislosti s vytvořením CRAB při uzavírání dodatku č. 15 nevyhradil vlastnická či autorská práva, která by navazující plnění související s funkcemi modulu CRAB umožňovala poptávat v otevřenějším druhu zadávacím řízení.

Otázkami, zda to bylo možné a jak toho měl žalobce dosáhnout, když už v té době byl ve stavu vendor lock-in (o němž žalovaný netvrdí, že vznikl zaviněním žalobce), oproti argumentům žalobce, že to možné nebylo, se žalovaný nezabývá. Posouzení této otázky přitom souvisí se samotným posouzením „nutné“ provázanosti modulu CRAB s existujícím ISMS, tedy s posouzením stavu, v němž se žalobce při uzavírání dodatku č. 15 nacházel.

24. Není tedy předně najisto postavena odpověď na otázku, zda modul CRAB mohl vzniknout samostatně nebo zda se jedná o zcela nezbytné rozšíření původního díla dodaného na základě smlouvy z roku 2004 (ISMS) a právě bez jeho „použití“ by nemohl modul CRAB vzniknout, resp. plnit žalobcem požadovaný účel. Žalobce přitom právě takto před žalovaným argumentoval a v tomto smyslu tedy svá tvrzení ohledně důvodů pro použití jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 52 správního řádu žalovanému srozumitelně předstřel. Určení přesného okamžiku žalobcem zaviněného vzniku (resp. založení) stavu vendor lock-in a jasné odůvodnění možnosti žalobce vyvázat se z tohoto stavu před uzavíráním dodatku č. 19 je přitom klíčové pro posouzení druhé z otázek, tedy pro posouzení toho, zda žalobce musel v určitý okamžik (před uzavřením dodatku č. 19) rozumně předpokládat, že v budoucnu vyvstane potřeba změny dříve poptávaného plnění v rozsahu předmětu plnění posuzované veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, a tedy k posouzení míry „zavinění“ žalobce v souvislosti se vznikem stavu vendor lock-in, v němž se při uzavírání dodatku č. 19 nacházel. K tomu žalovanému chybí konkrétní argumenty, které jsou nahrazeny pouze teoretickým a velmi obecným konceptem ve své podstatě pracujícím pouze s východiskem, že při uzavírání dodatku č. 15 mohl žalobce nastolit stav, jenž by jej nevedl k nutnému uzavření dodatku č. 19 v jednacím řízení bez uveřejnění, což však žalobce podle žalovaného neučinil. Tato premisa žalovaného ohledně „utvrzení“ stavu vendor lock-in v situaci, kdy se žalobce údajně mohl z tohoto stavu vyvázat, nemá podle zdejšího soudu oporu v jeho skutkových zjištěních a není ani nikterak konkrétně odůvodňována.
25. Zdejší soud za věcně správné, odpovídající skutkovým zjištěním, považuje závěry žalovaného v tom směru, že ISMS byl původně vybraným uchazečem pro žalobce vytvořen na základě původní smlouvy. Totéž platí pro závěr žalovaného o tom, že z původní smlouvy ani z navazujících smluv neplyne přechod vlastnických či autorských práv na žalobce. Plnění (nyní zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění) bylo modifikací (rozšířením, zásahem) do ISMS spočívající v napojení ISMS-CRAB na Informační systém základních registrů (ISZR) a vytvoření datového úložiště referenčních údajů v rámci ISMS-CRAB. Míra, v jaké bylo nutno nyní poptávané plnění (či poptávku po samotném modulu CRAB) realizovat výlučně modifikací původního ISMS, a tedy ani míra, v jaké byl žalobce reálně nutně navázán na původního dodavatele ISMS, se kterým měl uzavřenu smlouvu z roku 2004, v rámci níž dodatkem č. 15 poprvé požadoval plnění související s modulem CRAB, již najisto postavena není. Pokud by nebylo pro žalobce jiné cesty, než nyní poptávané plnění (či samotný modul CRAB) navazovat na původní ISMS, pak by se musel žalovaný vypořádat s otázkou, zda žalobce vůbec byl schopen při poptávce po modulu CRAB (v době uzavření dodatku č. 15) reálně získat vlastnická či autorská práva k původnímu ISMS. Pak by argumentace žalobce ohledně nemožnosti vyvázat se ze stavu vendor lock-in založeného již uzavřením původní smlouvy měla své opodstatnění. V takovém případě by žalovaný musel své závěry ohledně porušení ZVZ uzavřením dodatku č. 19 opřít o úvahu, která by dovozovala předpoklad nyní poptávaného plnění (jež bylo předmětem dodatku č. 19) již při uzavírání původní smlouvy z roku 2004. Pokud by naopak bylo v době uzavírání dodatku č. 15 pro žalobce cesty zcela nenavazovat modul CRAB na původní ISMS, pak teprve by bylo namístě dovozovat, že k samotnému vytvoření ISMS došlo sice původní smlouvou, avšak že CRAB byl vytvořen a „připojen“ k ISMS na základě dodatku č. 15, a tedy předmět plnění nyní (v jednacím řízení bez uveřejnění) zadávané veřejné zakázky spočíval v napojení v minulosti vytvořeného ISMS-CRAB na ISZR v situaci, kdy žalobce při uzavírání dodatku č. 15 (a poté dodatku č. 17) musel předpokládat další plnění a mohl přístup k takovému plnění otevřít jiným



dodavatelům než dodavatelů původního ISMS; teprve pak by byl opodstatněný závěr žalovaného o „markantnějším vlivu“ dodatku č. 15 a o tom, že se žalovaný do stavu exkluzivity při nyní poptávaném plnění dostal vědomě sám (a pro jeho odstranění neučinil nic z toho, co při uzavírání dodatku č. 15 učinit mohl).

26. Z napadeného rozhodnutí tedy jasně plyne, že žalovaný přikládal význam dodatku č. 15. K úvahám žalovaného, jež se opírají právě o dodatek č. 15, v minulosti uzavřený v kontextu s původní smlouvou a ostatními dodatky, však žalovanému chyběla dostatečná skutková zjištění. Předmětem plnění podle původní smlouvy byl návrh, implementace a systémová integrace ISMS. Ten byl rozdělen do šesti etap s různými dobami plnění, poslední z těchto etap měla být dokončena do 14,5 měsíců od podpisu původní smlouvy. Podle původní smlouvy byl (původně) vybraný uchazeč povinen zabezpečit po dobu 5 let od uvedení systému do rutinního provozu servis, upgrade, údržbu a jeho vývoj, konkrétně byl rámec plnění podle původní smlouvy vymezen jako aktualizaci (upgrade+update) dodaného standardního licencovaného softwaru na nové verze, zajištění úpravy ISMS vyvolané změnou legislativních předpisů a vnitřních a vnějších vlivů a podmínek, instalace a migraci dat do nové verze ISMS, údržba a vývoj dodaného systému po dobu 5 let po uvedení celého systému do rutinního provozu, školení uživatelů a správců systému. Jestliže žalovaný porovnal předmět plnění původní smlouvy s předmětem plnění podle dodatku č. 19 a dovedl, že už z původní smlouvy plynulo, že žalobce měl při jejím uzavření zájem na tom, aby mu vybraný uchazeč v budoucnu poskytoval další služby týkající se úprav, upgrade, údržby a vývoje ISMS (během následujících 14,5 měsíců), a žalobce si vymínil po dalších 5 let od uvedení ISMS do rutinního provozu poskytování konkrétní činnosti týkající se ISMS, včetně úprav vyvolaných změnou legislativy, pak to nic nevypovídá o významu dodatku č. 15, o možnostech, jaké žalobce při „první poptávce“ po modulu CRAB měl, a tedy ani o reálné možnosti žalobce vyvázat se ze stavu vendor lock-in (jež žalovaný nezpochybňuje). Pak to tedy nemůže nic vypovídat o možnosti poptávat jinak než v jednacím řízení bez uveřejnění plnění, na které byl uzavřen dodatek č. 19.
27. Jestliže žalovaný nevytýká žalobci uzavření dodatku č. 15 (a poté dodatku č. 17) ve světle původní smlouvy, nemůže bez dalšího oprávněně dovozovat, že při jeho uzavření žalobce mohl potřebu dalšího plnění v souvislosti s CRAB předvídat a neměl vytvořit podmínky pro to, aby jakékoli úpravy daného registru v rámci ISMS ve vztahu k CRAB mohl reálně provádět – fakticky „navždy“ – opět pouze původně vybraný uchazeč. Nelze tedy dovozovat, že k tomu žalobce, odlišně od situace, v níž se nacházel při uzavírání původní smlouvy, měl vést i jeho objektivně očekávatelný stav poznání ohledně restriktivního přístupu k používání jednacích řízení bez uveřejnění při uzavírání dodatku č. 15 coby součást obecné zadavatelské obezřetnosti. Pak tedy nemůže obstát závěr žalovaného ohledně důvodů autorskoprávních a technických, tj. že tyto důvody, i kdyby byly dány, vyplynuly z postupu žalobce především v souvislosti s uzavíráním dodatku č. 15, tedy že je založil žalobce nikoli svojí pouhou „nešikovností“, nýbrž že si tyto důvody on sám skutečně „zavinil“.
28. Zdejší soud tedy nezpochybňuje smysl žalobní argumentace vedené v tom směru, že podmínkou postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ je prokázání skutečnosti, že objektivně existuje pouze jediný dodavatel, který je plnění schopen (v požadované kvalitě, v požadovaném rozsahu, v požadovaných specifikacích a v požadovaném čase) realizovat, tj. že předmět veřejné zakázky (jehož vymezení samo osobě není nekorektní kupř. tím, že bezdůvodně vylučuje ze soutěže o získání veřejné zakázky určitý okruh dodavatelů) je natolik specifický, že umožňuje realizaci výlučně jedním konkrétním dodavatelem, a to z důvodů technických či z důvodů potřeby ochránit existující výhradní práva. Zdejší soud nikterak nezpochybňuje ani to, že takto důvodná ochrana výhradních práv připadá v úvahu typicky v situaci, kdy zadavatel v minulosti nezískal licenční oprávnění, které je nezbytné pro pořízení dalšího přímo souvisejícího či navazujícího plnění, a (stávající) dodavatel není schopen či ochoten licenci poskytnout. Obdobně zdejší soud nezpochybňuje ani to, že důvody technické mohou souviset s oprávněným požadavkem

zadavatele na zajištění nutné kompatibility, na minimalizaci rizika nefunkčnosti již pořízeného plnění, eventuálně na zabránění prokazatelnému enormnímu nárůstu nákladů zadavatele. V obou případech jde o situace, v nichž je naprosto jasné, že by vedení jakéhokoli „otevřenějšího“ zadávacího řízení nevyvolalo širší hospodářskou soutěž (o získání veřejné zakázky) ani ekonomicky příznivější výsledek pro zadavatele; obojí právě proto, že objektivně existuje pouze jediný dodavatel. Vše právě uvedené však platí pouze tehdy, pokud takový stav je prokazatelně dán důvody, které zadavatel nemohl vůbec předvídat a které nejsou přičitatelné samotnému zadavateli, včetně jeho postupu v minulosti – ať už protiprávnímu či z pohledu navazujících zadavatelských procedur neprozíravému. Dovozuje-li žalovaný i přes žalobcovu argumentaci důvody technickými a autorskoprávními, že žalobce se při uzavírání dodatku č. 19 nacházel ve stavu, který byl dán důvody, jež žalobce předtím mohl předvídat, přitom jejich působení nezabránil v době, kdy uzavíral dodatek č. 15, ačkoli mohl, pak zdejší soud postrádá k takovému závěru jakýkoli věcný a konkrétní argument.

29. Zdejší soud, pokud jde o samotné posouzení naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, resp. § 63 odst. 3 písm. c) a v zásadě i písm. b) ZZVZ, považuje za přiměřené vycházet z toho, že v praxi se mohou objevovat tři základní typové situace, v nichž podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění nebývají materiálně naplněny a v nichž zadavatel není oprávněn zadávat navazující veřejnou zakázku prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění. O první typovou situaci jde tehdy, pokud zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky poruší ZVZ, resp. ZZVZ, v důsledku čehož není možné zadávat navazující veřejnou zakázku v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacích řízení, nýbrž toliko prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění; jde tedy o situaci, kdy nutnost použití jednacího řízení bez uveřejnění je vyvolána předchozím porušením ZVZ (ZZVZ) při zadávání předchozí veřejné zakázky.
30. O druhou typovou situaci jde tehdy, pokud zadavatel stav exkluzivity sám s úmyslem vytvořit podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění vědomě způsobil; jde tedy o situaci, kdy zadavatel si podmínky pro navazující zadávání s využitím výlučně jednacího řízení bez uveřejnění vytvořil právě proto, aby navazující veřejné zakázky mohl zadávat konkrétnímu dodavateli. Není v tomto případě nezbytné, aby o postupu zadavatele v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku bylo žalovaným rozhodnuto coby o porušení zákona.
31. O první ani o druhou typovou situaci se v nyní posuzované věci nejspíše nejedná (a žalovaný nic takového v napadeném rozhodnutí ani nedovodil).
32. Třetí typová situace je dána tehdy, pokud zadavatel, ačkoli s ohledem na konkrétní okolnosti v době zadávání původní veřejné zakázky musel rozumně předpokládat, že v budoucnu vznikne potřeba zadání navazujících veřejných zakázek, při zadávání původní veřejné zakázky akceptuje licenční či jiná smluvní ujednání, která de facto vylučují, aby navazující veřejná zakázka mohla být splněna jiným než v této původní veřejné zakázce vybraným dodavatelem, čímž znemožní zadávání navazujících veřejných zakázek v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacího řízení a naopak podmíní zadávání navazujících veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na ochranu práv duševního vlastnictví či technických důvodů. Ani v tomto případě není nezbytné, aby o postupu zadavatele v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku bylo žalovaným rozhodnuto coby o porušení zákona.
33. Od naposledy uvedené (třetí) typové situace je třeba odlišit takovou situaci, kdy zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky, s ohledem na skutkové okolnosti předcházející a provázející její zadávání, budoucí potřebu zadávat navazující veřejné zakázky předvídat skutečně objektivně nemůže, avšak z důvodu nastalé objektivní změny okolností je následně nucen navazující veřejnou zakázku zadat. Jak k tomu uvádí Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 11.1.2013, č.j. 5 Afs 43/2012-54, „...[p]okud v průběhu životnosti softwaru nastane z hlediska zadavatele objektivní změna (nová legislativa, nové manažerské rozhodnutí nadřízených orgánů), tak může nastat situace, kdy by vyloučení

*použití jednacího řízení bez upozornění (podle zdejšího soudu je tím zjevně myšleno „bez uveřejnění“) fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinností zadavatele pořídit určitý software znovu a zhodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software...“.*

34. Jestliže by nebylo možno odlišit naposledy uvedenou typovou situaci od třetí ze shora uvedených, reálně by to mohlo vyvolat praktickou neaplikovatelnost § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, resp. § 63 odst. 3 písm. b) a c) ZZVZ; jednací řízení bez uveřejnění podle těchto ustanovení by se tak mohlo stát reálně vyprázdňenou kategorií, jež by existovala pouze v textu zákona. Podle zdejšího soudu není žádného principiálního důvodu v praxi plošně eliminovat zákonem předvídanou možnost zadávat veřejné zakázky, které mohou být z důvodu ochrany výhradních práv či technických důvodů splněny pouze jediným dodavatelem, prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění – v těchto případech je omezení hospodářské soutěže akceptovatelné, a to právě kodifikační možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění ve specifických situacích.
35. V posuzované věci jde tedy o to, zda se žalobce nacházel ve třetí ze shora uvedených typových situací nebo ve čtvrté. Z napadeného rozhodnutí zdejšímu soudu plyne, že žalovaný dovedl, že žalobce se nacházel ve třetí ze shora uvedených typových situací, k takovému závěru však žalovaný neměl dostatek skutkových zjištění ohledně stavu, v jakém se žalobce nutně nacházel při uzavírání dodatku č. 15 (pokud právě od jeho uzavření žalovaný odvozuje, že při uzavírání dodatku č. 19 se žalobce nacházel v situaci, kterou si zavinil on sám, neboť právě uzavřením dodatku č. 15 byl „utvrzen stav“ vendor lock-in, přestože měl žalobce údajně – žalovaným blíže nespecifikovanou – možnost se z tohoto stavu výhradou vlastnických či autorských práv vyvázat). Pak nelze se žalovaným souhlasit v odmítnutí argumentu žalobce, že k zadání veřejné zakázky (k uzavření dodatku č. 19) jej vedly důvody legislativní, jež byly předtím neočekávané (neočekávatelné), ani v závěru, že i kdyby bezprostředně před uzavřením dodatku č. 19 existovaly důvody technické, pro které nemohl plnění realizovat nikdo jiný než dodavatel původního plnění (podle původní smlouvy), zavinil si je sám žalobce, a to způsobem, jakým přistoupil k realizaci poptávky, na kterou dopadal dodatek č. 15. Pokud jde o naplnění podmínky spočívající v ochraně autorských práv, pak žalovaný v napadeném rozhodnutí (bod 31.) opravil závěry prvostupňového rozhodnutí tak, že odpovídají jeho závěrům směrem k technickým důvodům. Pak tedy právě uvedené závěry zdejšího soudu ke způsobu vypořádání důvodů technických platí i ve vztahu k vypořádání důvodů autorskoprávních.
36. Zdejší soud rozhoduje při vědomí toho, že by se nutně přičila rozumnému pohledu na zadavatelské prostředí klidná akceptace stavu exkluzivity, „navždy“ (po několik desetiletí) trvajících, jen proto, že nově vznikající smlouvy navazují na smlouvy uzavřené „kdysi“ (v době, kdy pohled na postupy nahrazující „otevřenější“ zadávací postupy nebyl přísný a ostatně nebyl v tuzemském prostředí ani dostatečně judikován), dovozuje však, že závěr o spáchání přestupku při uzavírání dodatku č. 19 není opřen o dostatečná skutková zjištění ohledně stavu, v jakém se žalobce nacházel především při uzavírání dodatku č. 15, žalovaným akcentovaného. Žalovaný svůj závěr opřel o údajné možnosti žalobce, které měl při uzavírání dodatku č. 15 (a poté dodatku č. 17) a které co do stavu vendor lock-in zůstaly ze strany žalobce nevyužity, z napadeného rozhodnutí však není seznatelné, zda tyto možnosti žalobce skutečně měl, o jaké možnosti šlo a z čeho vyplývaly. V situaci, kdy není najisto postaveno, zda veřejná zakázka spočívající v tvorbě modulu CRAB na základě dodatku č. 15 k původní smlouvě z roku 2004 na předmět této původní smlouvy (ISMS) nutně navazuje či nikoli (a do jaké míry „nutně“), nelze o možnosti, jež žalobce při uzavírání dodatku č. 15 směrem k vyvázání se ze stavu vendor lock-in údajně měl a které nevyužil, opírat porušení ZVZ při uzavírání dodatku č. 19. Za žalovaným nevyvrácenou tedy zdejší soud považuje žalobcem dostatečně konkrétně předestřenou verzi o tom, že plnění odpovídající dodatku č. 19 nemohl zadávat jinak než v jednacím řízení bez uveřejnění jak z důvodů technických, neboť jen jediný stávající dodavatel byl objektivně schopen poskytnout žalobci požadované plnění, tak z důvodu ochrany výhradních práv, neboť zde z minulosti

existovala výhradní autorská práva, která žalobce musel respektovat, přičemž tato omezení nelze žalobci klást k tíži.

37. Právě uvedené vede zdejší soud ke zrušení napadeného rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s. a ke vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení podle § 78 odst. 4 s.ř.s.
38. V dalším řízení bude k argumentaci žalobce, kterou odůvodňoval použití jednacího řízení bez uveřejnění, zapotřebí doplnit skutková zjištění ohledně stavu, v němž se žalobce nacházel před uzavřením dodatku č. 19, a setrvá-li žalovaný na významu postupu žalobce při uzavírání dodatku č. 15, pak i ohledně stavu, v němž se žalobce nacházel při uzavírání dodatku č. 15, a teprve poté na základě žalobcovy věcné argumentace, kterou použití jednacího řízení bez uveřejnění obhajoval, posoudit otázku, nakolik byly důvody, o které použití jednacího řízení bez uveřejnění žalobce opíral, důsledkem předchozího vědomého postupu žalobce, tedy nakolik se žalobce do stavu vendor lock-in dostal sám, tedy nakolik se žalobce nacházel ve třetí či ve čtvrté ze shora uvedených čtyř typových situací. Osud prvostupňového rozhodnutí za této situace závisí na dalších úvahách předsedy žalovaného.

#### V. Náklady řízení

39. O nákladech řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalovaný nebyl ve věci úspěšný, a proto mu nenáleží právo na náhradu nákladů řízení, to by náleželo procesně úspěšnému účastníkovi – žalobci. Tomu však podle zdejšího soudu v souvislosti s řízením nevznikly náklady přesahující rámec jeho běžné úřední činnosti, těmi by nejvýše mohly být náklady na cestovné k jednání soudu a zpět, tyto náklady však žalobce nahradit nepožadoval. Pokud jde o požadavek žalobce na paušální náhradu nákladů ve vztahu k uskutečněným úkonům na základě vyhlášky č. 254/2015 Sb., tato vyhláška dopadá na stanovení výše paušální náhrady pro účely rozhodování o náhradě nákladů řízení jen v konkrétních případech podle občanského soudního řádu a exekučního řádu.

#### **Poučení:**

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s.ř.s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 10. října 2019

David Raus v.r.  
předseda senátu

Shodu s prvopisem potvrzuje: Romana Lipovská