



ČESKÁ REPUBLIKA

## ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Josefa Baxy, soudkyně JUDr. Lenky Kaniové a soudce JUDr. Ivo Pospíšila v právní věci žalobce: **Česká republika - Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových**, sídlem Rašínovo nábřeží 390/42, Praha 2, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 14. 12. 2017, č. j. ÚOHS-R0153/2017/VZ-36539/2017/322/JSu, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 10. 10. 2019, č. j. 62 Af 13/2018 - 74,

**t a k t o :**

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žalovaný **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalobci **s e n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

**O d ů v o d n ě n í :**

### I. Vymezení věci a řízení před správními orgány

[1] Projednávaná věc se týká stavu *vendor lock-in* (proprietárního uzamčení), který znemožňuje zadavateli např. z důvodu autorskoprávní ochrany zhotovitele IT systému poptávat na trhu jiného dodavatele, který by mu systém rozvíjel nebo spravoval. Jádrem případu je rozvoj Informačního systému majetku státu („ISMS“), který žalobce pro své potřeby pořídil v roce 2004 od IBM Česká republika, spol. s r.o. („vybraná uchazečka“), na dobu 5 let. Doba provozu byla postupně prodlužována a systém vybranou uchazečkou rozvíjen, na což byly uzavírány dodatky k původní smlouvě. V roce 2010 byl ISMS na základě dodatku č. 15 rozšířen o modul Centrálního registru administrativních budov („CRAB“) a v roce 2012 pak byla dodatkem č. 19 uzavřena smlouva na nyní projednávanou veřejnou zakázku *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. Uvedená veřejná zakázka byla zadána 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). S touto veřejnou zakázkou a se systémy ISMS a CRAB souvisí přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, k němuž mělo dojít při jejím zadávání a který je předmětem sporu mezi účastníky řízení v nyní projednávané věci.

[2] Žalovaný shledal žalobce vinným ze spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách rozhodnutím ze dne 1. 9. 2017 („prvostupňové rozhodnutí“). Žalobce při zadávání veřejné zakázky porušil § 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, 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) tohoto zákona, neboť neprokázal, že by veřejnou zakázku mohla z technických důvodů provést pouze vybraná uchazečka – IBM Česká republika, spol. s r.o. – a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv této vybrané uchazečky 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 vybranou uchazečkou „Dodatek č. 19 ke smlouvě o dílo č. 172 429“. Za tento přestupek žalovaný uložil žalobci pokutu podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách ve výši 200.000 Kč.

[3] Proti prvostupňovému rozhodnutí podal žalobce rozklad, který předseda žalovaného v záhlaví označeným rozhodnutím zamítl a prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

## II. Posouzení věci krajským soudem

[4] Rozhodnutí předsedy žalovaného žalobce napadl žalobou, které Krajský soud v Brně shora označeným rozsudkem vyhověl. Napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

[5] Krajský soud uvedl, že důkazní břemeno ohledně existence okolností opravňujících k použití jednacím řízení bez uveřejnění leží na tom, kdo se jich dovolává, tj. na zadavateli. Tato skutečnost 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 nemusí zadavatelovou situací, v níž jednacím řízení bez uveřejnění probíhalo, reálně zabývat. To by znamenalo popření zásady správního řízení trestní (sankční) povahy, a to bez jakékoli zákonné opory. Posouzení skutečnosti, zda byl žalobce oprávněn zadávat veřejnou zakázku odpovídající dodatku č. 19 prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění, je podle krajského soudu v posuzované věci odvislé zejména od toho, zda veřejná zakázka spočívající v tvorbě modulu CRAB na základě dodatku č. 15 k původní smlouvě z roku 2004 na předmět této původní smlouvy (tj. ISMS) nutně navazuje či nikoli a do jaké míry „nutně“. Žalovaný však tuto otázku nepostavil najisto 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 tomu bylo u původní smlouvy z roku 2004. Rovněž otázkami týkajícími se výhrady vlastnického či autorského práva, resp. toho, zda byla vůbec možná, a jak toho měl žalobce dosáhnout, když už v té době byl ve stavu *vendor lock-in*, se žalovaný nezabýval. Posouzení této otázky přitom souvisí se samotným hodnocením „nutně“ provázanosti modulu CRAB s existujícím ISMS, tedy s posouzením stavu, v němž se žalobce při uzavírání dodatku č. 15 nacházel. Žalovaný pracoval pouze s východiskem, že při uzavírání dodatku č. 15 mohl žalobce nastolit stav, jenž by jej nevedl k nutnému uzavření

pokračování

dotatku č. 19 v jednacím řízení bez uveřejnění. Tato premisa žalovaného ohledně „utvrzení“ stavu *vendor lock-in* v situaci, kdy se žalobce údajně mohl z tohoto stavu vyvázat, nemá podle krajského soudu oporu v jeho skutkových zjištěních a žalovaný ji ani nikterak konkrétně neodůvodnil.

### III. Obsah kasační stížnosti

[6] Proti rozsudku krajského soudu podal žalovaný (stěžovatel) kasační stížnost z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní („s. ř. s.“). Kasační stížnost následnými podáními podvakerát doplnil a domáhá se v nich zrušení rozsudku krajského soudu.

[7] Namítá, že v projednávané věci se jedná o řetězení stavu exkluzivity při navazujících zakázkách, který vede ke stavu *vendor lock-in* „navždy“. Vzhledem k rozsahu systému a jeho funkcionalitám považuje stěžovatel stanovisko, že zadavatel kdykoliv během let 2004 až dodnes při přípravě celého projektu ISMS, CRAB, atd. nemusel rozumně předpokládat nutnost dalších dílčích změn softwaru a jeho napojení na další systémy státu, za neudržitelné až absurdní. Žalobce – jakožto orgán státní správy – by si měl být vědom, jak často dochází ke změnám právní úpravy. Stejně tak je notorietou, že informační technologie se překotně vyvíjejí. Ani trend elektronizace státní správy a propojování systémů není a ani v roce 2004 nebyl revoluční. U původní veřejné zakázky lze potřebu budoucích změn předpokládat již ze samotné podstaty popptávaného informačního systému. K této skutečnosti se stěžovatel vyjádřil v bodě 103 prvostupňového rozhodnutí, který vyvrací i závěr krajského soudu učiněný v bodech 23 a 27 napadeného rozsudku.

[8] Stěžovatel má za to, že v tomto případě postačí k vyvrácení objektivní nemožnosti předpokládat potřebu změny systému při zadávání původní veřejné zakázky již odůvodněná racionální úvaha a není třeba prokazovat, které konkrétní skutečnosti měl zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky považovat za indície o budoucí potřebě navazujících změn. Stěžejní je sice „stav poznání“ v době, kdy dochází k zadávání původní zakázky, ale následující vývoj tento stav poznání může modifikovat až do té míry, že při zadávání několikerého dodatku už musí zadavatel dojít k závěru, že dále již nelze v sérii jednacích řízení bez uveřejnění pokračovat. A to nejen z důvodu případné nehospodárnosti vlastního postupu, ale i z toho důvodu, že se naplnění důvodů (ať už technických nebo ochrany výhradních práv) nelze nadále úspěšně dovolávat. Stěžovatel tedy shledává pochybení v celé sekvenci zadávání všech zakázek v rámci tvorby ISMS, tedy od roku 2004 až do plnění, jež bylo jádrem přezkumu stěžovatele v nyní projednávané věci.

[9] Pokud krajský soud vytýká nedostatečně zjištěný skutkový stav, stěžovatel připomíná existenci obráceného důkazního břemene. Má za to, že se ke všem skutečnostem a důkazům předloženým zadavatelem vyjádřil. Zabýval se vznikem stavu *vendor lock-in* v roce 2004, zadáváním navazujících plnění, posudky předloženými zadavatelem a charakterem systémů. K „Posudku rozšíření ISMS dle návrhu dodatku 19 z července 2012“ předloženého zadavatelem stěžovatel uvádí, že zaprvé není znaleckým posudkem (není vyhotoven znalcem a nemá zákonné náležitosti znaleckého posudku), zodpovídá otázky právní, které je stěžovatel povinen zodpovědět si sám, a dále, vychází-li posudek z návrhu předmětného dodatku 19 (jež nese logo IBM), který sám koncipuje veřejnou zakázku jako součást původní smlouvy, pak není žádným překvapením, že posudek dospívá k závěru, že plnění může poskytnout pouze IBM, o čemž ale posudek sám jinde pochybuje, jak vyložil stěžovatel ve svém prvostupňovém rozhodnutí.

[10] Ukládá-li krajský soud stěžovateli dále zjistit skutkový stav, není stěžovateli zřejmé, jak toho má docílit. Důkazy má v této věci předkládat zadavatel a stěžovatel již nemá zadavatelem předloženy žádné další důkazy, ze kterých by mohl dojít k dalším nebo jiným závěrům. Stěžovatel, i kdyby vyhověl krajskému soudu, tedy nutně musí dospět k závěru, že zadavatel neunesl důkazní břemeno. Ve druhém doplnění kasační stížnosti stěžovatel na podporu své argumentace dále odkazuje na závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 22. 1. 2020, č. j. 31 Af 17/2018 - 99, které se týkají nutnosti zohlednit charakter informačního systému při hodnocení objektivní nemožnosti předpokládat dodatečné změny a nedostatečnosti znaleckých posudků založených na analýze tvrzení dodavatele.

#### IV. Vyjádření žalobce

[11] Žalobce ve svém vyjádření, které následně doplnil replikou na druhé doplnění kasační stížnosti, navrhuje zamítnutí kasační stížnosti. Stěžovatel opakuje svou tezi o přípustnosti zhotovení předmětu veřejné zakázky jiným subjektem, aniž by relevantním způsobem vyvrátil tvrzení krajského soudu. Pokud jde o předložený odborný posudek, stěžovatel se nyní účelově snaží zpochybnit jeho „formu“ a nedostatečnou odbornou analýzu. Takovou výtku však stěžovatel uplatňuje až nyní v rámci řízení o kasační stížnosti, neučinil tak v rámci správního rozhodnutí.

[12] Stěžovatel zejména zcela záměrně pomíjí skutečnost, že přezkoumávaná veřejná zakázka byla zadána v příčinné souvislosti s legislativními změnami, a to přijetím zákona č. 111/2009 Sb., o základních registrech. V této souvislosti žalobce uvádí, že uvedený zákon nabyl účinnosti dne 1. 7. 2010. Produkční provoz systému základních registrů byl zahájen v souladu s citovaným zákonem dnem 1. 7. 2012, a v červenci byla teprve připravována předmětná veřejná zakázka. Jednalo se o nutnost systém rozšířit o nový prvek, vyplývající z požadavku zákona. Tuto skutečnost nebylo v původní smlouvě na vytvoření ISMS možno předvídat. Stěžovatel dospěl k nesprávnému závěru ve vztahu k údajně zaviněné exkluzivitě, když příliš extenzivním výkladem předmětné veřejné zakázky k původní zakázce dovozuje závěry, které nebyly smyslem ujednání původní smlouvy, a nebyly ani vůlí smluvních stran. Na takto nesprávném výkladu pak nelze stavět závěr o zaviněné exkluzivitě, neboť takovýto závěr nemá v ničem faktickou oporu.

[13] Úvahy stěžovatele, že zadavatel (žalobce) musel již v roce 2004 předpokládat budoucí rozvoj ISMS, jsou s ohledem na výše uvedené tvrzení žalobce zcela absurdní a svědčí o skutečnosti, že z jednacím řízení bez uveřejnění činí stěžovatel zcela vyprázdňenou akademickou kategorii, naprosto nepoužitelnou v reálném světě a dokonce vylučující možnost zákonným způsobem reagovat na legislativní změny. Žalobce ve správním řízení navrhoval svědecké výpovědi zpracovatelů odborného posudku k předmětné veřejné zakázce, vzhledem k odbornosti a technické složitosti posudku. Je zcela nepochybné, že předmětem probíhajícího správního řízení je problematika naplnění důvodu ochrany autorských práv a technických důvodů u složitého informačního systému. Stěžovatel však předmětnému návrhu nevyhověl a navrhovaný důkaz neprovedl s odůvodněním, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže pouze zjišťuje, zda zadavatel unesl jím konstruované důkazní břemeno doložení podmínek opravňujících použití jednacím řízení bez uveřejnění.

[14] Žalobce v neposlední řadě zpochybňuje doktrínu tzv. obráceného důkazního břemena, která nemá zákonný podklad a je dovozena toliko judikaturou. Je přesvědčen, že v rámci správního trestání může obviněný zůstat naprosto nečinný a prokázání viny za správní delikt nebo přestupek tíží správní orgán, který řízení vede. V replice k druhému doplnění kasační stížnosti žalobce uvádí, že stěžovatelem odkazovaný rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 22. 1. 2020, č. j. 31 Af 17/2018 - 99, není na dotčený případ použitelný, neboť právní stav

pokračování

v tomto rozsudku se v podstatných směrech liší od právního stavu, kterým byl vázán žalobce jako zadavatel.

## V. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[15] Kasační stížnost je včasná, podaná osobou oprávněnou a přípustná. Důvodnost kasační stížnosti soud posoudil v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž je povinen přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[16] Kasační stížnost není důvodná.

### a) Námitka nepřezkoumatelnosti

[17] Stěžovatel jako jeden z důvodů kasační stížnosti uvádí nepřezkoumatelnost rozsudku krajského soudu pro nesrozumitelnost nebo nedostatek důvodů. Tento důvod však ve své kasační stížnosti nijak nerozvádí, není tedy zřejmé, v čem namítaná nepřezkoumatelnost podle něj konkrétně spočívá.

[18] Nejvyšší správní soud přesto konstatuje, že rozsudek krajského soudu je přezkoumatelný. Z jeho odůvodnění je zřejmé, jakými úvahami se krajský soud řídil při utváření závěru o skutkovém stavu, z jakého důvodu shledal důvodnou právní argumentaci žalobce v řízení o žalobě a proč popsany skutkový stav subsumoval pod zvolené právní normy. Věcná polemika stěžovatele s odůvodněním krajského soudu nečiní jeho námitku nepřezkoumatelnosti důvodnou. To platí i pro tu část kasační stížnosti, ve které stěžovatel uvádí, že mu z rozsudku krajského soudu „není zřejmé“, jak má za dané situace docílit zjištění skutkového stavu, neboť i tato argumentace stěžovatele je ve své podstatě polemikou s věcnými závěry krajského soudu, nikoliv argumentací ve smyslu existence „nesrozumitelnosti“ podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. Námitka nepřezkoumatelnosti rozsudku krajského soudu proto není důvodná.

### b) Námitky týkající se jednacího řízení bez uveřejnění

[19] Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách *zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.*

[20] Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách *zadavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž 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.*

[21] Nejvyšší správní soud se podmínkami pro použití jednacího řízení bez uveřejnění v minulosti již opakovaně zabýval, přičemž i v souladu s rozhodovací praxí Soudního dvora Evropské unie (viz např. rozsudky ze dne 10. 3. 1987 ve věci 199/85, *Komise proti Itálii*, ze dne 18. 5. 1995 ve věci C-57/94, *Komise proti Itálii*, ze dne 28. 3. 1996 ve věci C-318/94, *Komise proti Německu*, ze dne 28. 10. 2002 ve věci C-385/02, *Komise proti Itálii*, či ze dne 10. 4. 2003 ve spojených věcech C-20/01 a 28/01, *Komise proti Německu*) především zdůraznil, že jednací řízení bez uveřejnění představuje výjimku z otevřenějších forem zadávacích řízení. Jedná se o jediný druh zadávacího řízení podle zákona o veřejných zakázkách, ve kterém zadavatel neoznamuje svůj úmysl zadat veřejnou zakázku neomezenému počtu dodavatelů (s výjimkou zjednodušeného podlimitního řízení). Použitím jednacího řízení bez uveřejnění proto z povahy

věci dochází k omezení (v případě oznámení úmyslu omezenému počtu zájemců) či vyloučení (v případě oznámení úmyslu jedinému zájemci – jako v posuzované věci) hospodářské soutěže. Z tohoto důvodu lze jednací řízení bez uveřejnění použít pouze výjimečně a jen za podmínek taxativně stanovených v § 23 zákona o veřejných zakázkách, které je třeba vykládat přísně restriktivně s tím, že důkazní břemeno k prokázání naplnění těchto podmínek tíží zadavatele (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2015, č. j. 8 As 149/2014 - 68, ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015 - 95, č. 3436/2016 Sb. NSS, ze dne 1. 11. 2017, č. j. 1 As 242/2017 - 48, či ze dne 28. 3. 2018, č. j. 2 As 292/2017 - 34).

[22] Ochrana výhradních práv, jakožto jeden z důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, 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 (rozsudek ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, č. 2790/2013 Sb. NSS). Pouhý odkaz zadavatele na dosavadního dodavatele (jeho znalosti a zkušenosti získané právě na základě jejich dosavadní spolupráce) a potřebu zajištění kontinuity poskytovaných IT služeb nemůže bez dalšího obstát jako důvod pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Nejde o technický důvod ani o důvod spočívající v ochraně výhradních práv, ale o důvod spíše organizačně-provozní povahy, jehož akceptace by ve výsledku vedla k nedůvodnému popření soutěžního prostředí (rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 21. 12. 2015, č. j. 30 Af 78/2013 - 148, č. 3390/2016 Sb. NSS).

[23] K naplnění podmínek dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách nestačí existence technických, uměleckých či autorskoprávních důvodů, musí být prokázána nezbytnost splnění zakázky pouze určitým dodavatelem, tzv. stav exkluzivity (již zmiňované rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 149/2014 - 68 či č. j. 1 As 256/2015 - 95). Tento stav zároveň nesmí způsobit sám zadavatel: *„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 nastatou situací dostupnými právními prostředky změnit“* (již zmiňovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, obdobně též již zmiňované rozsudky č. j. 1 As 256/2015 - 95 a č. j. 1 As 242/2017 - 48 či rozsudek ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012 - 54). Jediným možným řešením je zároveň třeba rozumět jediné ekonomicky přijatelné řešení. Zadavatel tedy musí před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv rovněž zvážit, zda nelze existenci výhradních práv za splnění podmínky ekonomické výhodnosti nepoužít nebo rozšířit tak, aby se již nejednalo o práva výhradní. Může tak docílit např. vytvořením nového informačního systému tzv. „na zelené louce“ či odkoupením nebo rozšířením licence takovým způsobem, aby se o veřejnou zakázku mohl ucházet i jiný dodavatel (srov. již citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 149/2014 - 68).

[24] V již zmiňovaném rozsudku č. j. 5 Afs 42/2012 - 53 se Nejvyšší správní soud dále blíže zabýval rozložením důkazního břemene ohledně naplnění podmínek dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Při zadávání veřejných zakázek v oblasti informačních technologií musí zadavatel *„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*

pokračování

*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.*“ Stav exkluzivity se přitom posuzuje k okamžiku zahájení zadávacího řízení, kdy zadavatel musí nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky.

[25] Důvody vedoucí zadavatele k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění by měly být v dokumentaci o zadání veřejné zakázky náležitým způsobem doloženy (již zmiňovaný rozsudek krajského soudu č. j. 30 Af 78/2013 - 148, obdobně též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 6. 2017, č. j. 2 As 310/2016 - 52). 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 jednacích řízení bez uveřejnění neoznačí žádné konkrétní relevantní důkazy anebo kdy provedením důkazů se tvrzení zadavatele ohledně splnění podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění nepotvrdí. Unese-li zadavatel důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění, a správní orgán má stále o naplnění těchto podmínek pochybnosti, je na správním orgánu, aby jejich splnění vyvrátil. Primárně však důkazní břemeno spočívá na zadavateli. K prokázání naplnění podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění může zadavatel ve správním řízení kromě zadávací dokumentace navrhovat i další důkazy, např. znalecké posudky.

[26] Nejvyšší správní soud tedy shrnuje, že oproti „tradičnímu“ správnímu řízení (ovládanému zásadou materiální pravdy dle § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu) je důkazní břemeno v případě prokazování naplnění výjimek pro jednací řízení bez uveřejnění dle soudní judikatury přesunuto na zadavatele. V tomto ohledu je tedy třeba odmítnout argumentaci žalobce ve vyjádření ke kasační stížnosti, který existenci doktríny obráceného důkazního břemena zpochybňuje. Zadavatel je povinen stěžovateli vysvětlit, z jakého důvodu využil tuto výjimku z obecné povinnosti postupovat v otevřenějších typech zadávacích řízení. S tím také úzce souvisí povinnost stěžovatele opatřovat podklady pro rozhodnutí (§ 50 odst. 2 správního řádu). Jelikož zadavatel musí mít k dispozici dostatečné podklady pro odůvodnění využití jednacích řízení bez uveřejnění ještě před zadáním veřejné zakázky v tomto řízení, není možné požadovat obstarání takovýchto dokumentů po stěžovateli. Ty bude zadavatel povinen předložit pro podporu svých tvrzení a v rámci povinnosti poskytovat správnímu orgánu veškerou potřebnou součinnost (§ 50 odst. 2 správního řádu *in fine*), chce-li unést na něm ležící důkazní břemeno. Na druhou stranu však není přenesení povinnosti obstarávat dokumenty podporující tvrzení zadavatele o možnosti využití jednacích řízení bez uveřejnění absolutní a neuplatní se u všech důkazů (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 1. 2021, č. j. 1 As 108/2020 - 44, bod 26).

[27] Krajský soud v projednávané věci velmi výstižně shrnul specifika spočívající v zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění a s tím souvisejícími konkrétními možnostmi aktivity stěžovatele ve správním řízení. Volí-li zadavatel výjimečný postup, jenž spočívá v uzavření smlouvy na veřejnou zakázku bez jakéhokoli nutného uveřejnění, je to tedy právě on, kdo musí mít před zahájením takového postupu postaveno najisto, že jsou pro to naplněny konkrétní důvody. Za zadavatele tedy takové důvody vskutku nikdo (ani stěžovatel) sám domýšlet nemůže, jednoduše již proto, že konkrétní okolnosti na straně zadavatele zpravidla nemůže znát. Krajský soud však správně zdůrazňuje, že logicky věcně omezené možnosti aktivity stěžovatele ohledně odhalování skutečných konkrétních důvodů na straně zadavatele pro použití jednacích řízení bez uveřejnění se však nemohou rovnat absolutní pasivitě.

[28] 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, případně vysvětlil, proč jejich provedení nepovažuje za nezbytné, a pak je podle své úvahy hodnotil. To respektování zásady vyšetřovací odpovídá. Tyto závěry rovněž vyplývají z rozsudku ze dne 30. 5. 2014, č. j. 5 Afs 48/2013 - 272, kde Nejvyšší správní soud konstatoval, že „*důkazní břemeno splnění zákonných podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění stihá 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*“. Nejvyšší správní soud nemá důvod se v nyní projednávané věci od těchto závěrů odchýlit.

[29] Stěžovatel v kasační stížnosti odkazuje na odůvodnění svého rozhodnutí (viz bod 103 prvostupňového rozhodnutí), v němž argumentuje, že stav *vendor lock-in* byl již fakticky založen z doby před uzavřením dodatku č. 15. Krajský soud však v této souvislosti správně upozornil na skutečnost, že zavinění žalobce (ne tedy jeho pouhou „nešikovnost“) však stěžovatel dovozuje nikoli z doby před uzavřením dodatku č. 15 (v tomto směru stěžovatel 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 zadávacího 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 stěžovatel netvrdí, že vznikl zaviněním žalobce), oproti argumentům žalobce, že to možné nebylo, se žalovaný nezabývá. Posouzení této otázky přitom souvisí se samotným hodnocením „nutné“ provázanosti modulu CRAB s existujícím ISMS, tedy s posouzením stavu, v němž se žalobce při uzavírání dodatku č. 15 nacházel. Nejvyšší správní soud s tímto závěrem krajského soudu souhlasí.

[30] Krajský soud v této souvislosti konkrétně popsal, které skutečnosti nejsou v projednávané věci dostatečně objasněny, a z jakých důvodů. Nutno podotknout, že stěžovatel na tuto argumentaci krajského soudu (viz body 23 až 28 napadeného rozsudku) v kasační stížnosti a jejích doplněních nijak adresně nereaguje a v podstatě setrvává na svém východisku, že k vyvrácení objektivní nemožnosti předpokládat potřebu změny systému při zadávání původní veřejné zakázky postačí již odůvodněná racionální úvaha a není třeba prokazovat, které konkrétní skutečnosti měl zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky považovat za indicie o budoucí potřebě navazujících změn. To však neplatí v situaci, kdy žalobce ve správním řízení stěžovateli předestřel zcela srozumitelné argumenty ve smyslu § 52 správního řádu, jakož i možné důkazy – a není přitom pravdou, že by stěžovatel ve správním řízení provedl všechny žalobcem navrhované důkazy (viz bod 100 prvostupňového rozhodnutí), jak v kasační stížnosti naznačuje stěžovatel (konkrétně formulací „stěžovatel již nemá zadavatelem předloženy žádné další důkazy“). Pokud jde o kasační argumentaci stěžovatele k formě zadavatelem předloženého posudku, Nejvyšší správní soud konstatuje, že takové výtky stěžovatele se ve správních rozhodnutích nenacházejí, rozhodnutí předsedy stěžovatele o posudku navíc výslovně hovoří jako o „znaleckém posudku“ (viz bod 37 rozhodnutí o rozkladu).

[31] Nejvyšší správní soud tedy souhlasí se závěrem krajského soudu, že v projednávané věci není najisto postavena zejména odpověď na otázku, zda modul CRAB mohl vzniknout samostatně nebo zda se jedná o zcela nezbytné rozšíření původního díla dodaného na základě



pokračování

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 stěžovatelem argumentoval a v tomto smyslu tedy svá tvrzení ohledně důvodů pro použití jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 52 správního řádu stěžovateli srozumitelně předeštel.

[32] 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 stěžovateli 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 stěžovatele neučinil. Tato premisa stěžovatele ohledně „utvrzení“ stavu *vendor lock-in* v situaci, kdy se žalobce údajně mohl z tohoto stavu vyvázat, nemá ani podle názoru Nejvyššího správního soudu oporu v jeho skutkových zjištěních.

[33] Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem postrádá jakýkoli věcný a konkrétní argument podporující stěžovatelův závěr, že žalobce se při uzavírání dodatku č. 19 nacházel v situaci, která byla ovlivněna důvody, jež žalobce předtím mohl předvídat, a přitom jejich působení nezabránil již v době, kdy uzavíral dodatek č. 15, ačkoli tak učinit mohl.

[34] Krajský soud ve svém rozsudku velmi výstižně popsal typové situace, v nichž podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění nebývají materiálně naplněny a v nichž zadavatel není oprávněn zadávat navazující veřejnou zakázku prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění (viz body 29 až 36 rozsudku krajského soudu). Zdůraznil přitom, že od těchto typových situací je třeba odlišit případ, 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. Nejvyšší správní soud s tímto závěrem souhlasí. Jestliže by nebylo možno odlišit naposledy uvedený případ, jednacím řízení bez uveřejnění by se tak mohlo stát reálně vyprázdněnou kategorií, jež by existovala pouze v textu zákona (viz bod 34 rozsudku krajského soudu).

[35] V projednávané věci stěžovatel dovodil, že žalobce měl možnost se ze stavu *vendor lock-in* výhradou vlastnických či autorských práv vyvázat. K takovému závěru však stěžovatel neměl dostatek skutkových zjištění ohledně stavu, v jakém se žalobce nutně nacházel při uzavírání dodatku č. 15. Nejvyšší správní soud pak za této situace považuje za nepřijatelné, aby k vyvrácení objektivní nemožnosti předpokládat potřebu změny systému při zadávání původní veřejné zakázky postačovala „již odůvodněná racionální úvaha“ stěžovatele o tom, že žalobce si měl být vědom, jak často dochází ke změnám právní úpravy, a že informační technologie se překotně vyvíjejí. Takovým teoretickým a obecným předpokladem by bylo možno v situacích podobných projednávané věci (v nichž se jedná o rozvoj již vytvořeného informačního systému) vyvrátit zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění v zásadě vždy. A vedlo by to právě ke shora popsané plošné eliminaci zákonem předvídané možnosti zadávat veřejné zakázky, které mohou být z důvodu ochrany výhradních práv či technických důvodů splněny pouze jediným dodavatelem, prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění, k čemuž ale není žádného důvodu. Nadto na výše popsaný teoretický a obecný předpoklad stěžovatele lze reagovat obdobně

teoretickým a obecným východiskem o tom, že předvídat, že se právní úprava bude měnit, jaký bude její obsah, kdy ke změnám dojde, jaký to bude mít dopad do poměrů konkrétního zadavatele, a to několik let dopředu, je – samo o sobě – značně absurdní požadavek. Pokud je stěžovatel přesvědčen o tom, že žalobce měl možnost se ze stavu *vendor lock-in* výhradou vlastnických či autorských práv vyvázat, musí tuto svoji argumentaci – v podmínkách projednávané věci, v nichž stěžovatel srozumitelně předestřel své důvody pro aktivaci jednacího řízení bez uveřejnění – podložit i konkrétními skutkovými zjištěními.

[36] Pokud jde o odkaz stěžovatele na závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 22. 1. 2020, č. j. 31 Af 17/2018 - 99, Nejvyšší správní soud upozorňuje, že tento rozsudek se jednak netýká skutkově a právně zcela totožné situace, jako v nyní projednávané věci, a jednak proti tomuto rozsudku byla podána kasační stížnost, o níž Nejvyšší správní soud dosud nerozhodl (viz řízení vedené pod sp. zn. 3 As 60/2020).

## VI. Závěr a náklady řízení

[37] Nejvyšší správní soud neshledal kasační stížnost důvodnou, a proto ji podle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. zamítl.

[38] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti Nejvyšší správní soud rozhodl podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalobci, jemuž by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, protože mu v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly.

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

V Brně dne 25. listopadu 2021

JUDr. Josef Baxa  
předseda senátu