62 Af 49/2020-90

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: **Řízení letového provozu České republiky, státní podnik**
sídlem Navigační 787, Jeneč
zastoupen JUDr. Josefem Donátem, LL.M., advokátem
sídlem Na Pankráci 1683/127, Praha

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

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 3.7.2020, č.j. ÚOHS-20460/2020/321/ZSř, sp.zn. ÚOHS-R0072/2020/VZ,

takto:

I. Žaloba se zamítá.

II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.

III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Odůvodnění:

I. Shrnutí podstaty věci

1. Žalovaný prvostupňovým rozhodnutím ze dne 31.3.2020, č.j. ÚOHS-09891/2020/541/PDz, sp.zn. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ, rozhodl tak, že se žalobce dopustil přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ"), tím, že pro zadání veřejných zakázek „AisView 3 – Release 2017" (smlouva o dílo ze dne 9.11.2017), „Release TIS 2017" (smlouva o dílo ze dne 19.4.2017) a „Úprava HMI systému CMOS" (smlouva o dílo ze dne 18.1.2017) v jednacích řízeních bez uveřejnění nedodržel pravidla stanovená v § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ, neboť použil pro zadání veřejných zakázek jednací řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky pro takový postup; v uvedených případech žalobce podle žalovaného zadal veřejné zakázky v jednacích řízeních bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoli důvod ochrany výhradních práv vybraných dodavatelů zapříčinil žalobce v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření původních (iniciačních) smluv o dílo a všech navazujících smluv k daným informačním systémům. To podle žalovaného mohlo ovlivnit výběr dodavatelů (vše výrokové části I. – III. prvostupňového rozhodnutí). Za spáchání těchto přestupků a dále přestupku uvedeného ve výrokové části IV. rozhodnutí žalovaného ze dne 19.6.2019, č.j. ÚOHSS0171,0172,0173,0174/2019/VZ 17200/2019/541/OKo, spáchaného obdobně ve vztahu k veřejné zakázce „Obnova zobrazovací stěny" (kupní smlouva ze dne 16.3.2017), byla žalobci uložena pokuta ve výši 180 000 Kč (výroková část IV. prvostupňového rozhodnutí). Žalobou napadeným rozhodnutím pak předseda žalovaného prvostupňové rozhodnutí potvrdil a žalobcův rozklad zamítl.

II. Shrnutí procesního postoje žalobce

2. Žalobce namítá, že žalovaný rezignoval na řádné zjišťování skutkového stavu. Místo toho, aby opatřil další podklady rozhodnutí, vycházel pouze z vyjádření žalobce ze dne 4.12.2019 a ze dne 13.1.2020. Ačkoli žalobce v těchto vyjádřeních navrhl provedení důkazů, a to vyjádření nebo stanovisek Evropské organizace pro bezpečnost leteckého provozu (dále jen „EUROCONTROL"), z nichž mělo být zřejmé, že v roce 2017 vyvstala z důvodů legislativních změn v oblasti civilního letectví na straně žalobce objektivní potřeba realizace veřejných zakázek, žalovaný tyto důkazy neprovedl. Tím měl žalovaný postupovat v rozporu s principy dobré správy podle § 8 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád. Nadto jestliže si žalovaný žalobcem navržené důkazy neopatřil, těžko mohl činit závěry o jejich obsahu. Žalobce navrhoval provedení důkazů pro prokázání skutkového stavu po provedení legislativních změn tak, aby bylo zřejmé, že legislativní změny nebyly žalobcem předvídatelné. Rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 10/2018-168 ze dne 16. 2. 2020, na který odkazuje žalovaný, není podle žalobce přiléhavý, neboť na rozdíl od tam řešené věci žalobce jím navrhované důkazy označil a bylo na žalovaném, který disponoval potřebným veřejnoprávním oprávněním, aby je v souladu s § 8 odst. 2 správního řádu opatřil. V trestní věci – jakou je i správní řízení o přestupku – na žalovaného dopadá výlučně zásada vyšetřovací; žalovaný tak byl povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné skutečnosti ve prospěch i v neprospěch žalobce. Žalobce proto navrhuje, aby dokazování doplnil zdejší soud.

3. Potřeba jednotlivých a jednorázových veřejných zakázek byla podle žalobcovy argumentace vyvolána změnou legislativy nebo novými technickými požadavky v souvislosti se zajištěním bezpečnosti v oblasti letectví. Žalobce poskytl žalovanému podrobný popis důvodů, na základě kterých bylo nutné zadat veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Žalobce tedy namítá, že byly splněny podmínky pro jeho použití podle § 63 odst. 3 ZZVZ. Bylo na žalovaném, aby prokázal, že stav exkluzivity zavinil žalobce. I přes objektivní odpovědnost za přestupek bylo na žalovaném, aby prokázal spáchání přestupku – tedy aby prokázal porušení tehdy účinného zákona. V době pořízení systému AisView, TIS a CMOS neměl žalobce vědomost o tom, že jeho postup je v rozporu se ZZVZ, a je tak zřejmé, že zcela chybí prvek vědomého a úmyslného jednání žalobce – zavinění. Nadto ve vztahu k systémům CMOS a TIS nebyl žalobce v době

jejich (původního) pořízení (do 1.5.2004) zadavatelem. Právě postavení jako „ne-zadavatele“ v době uzavření příslušných smluv ze dne 23.9.2003 a 13.10.2000 je podle žalobce klíčové pro posouzení jeho následujícího postupu; to ostatně vyplývá také z rozhodovací praxe žalovaného. Nebyl-li žalobce v době „zavinění“ stavu exkluzivity veřejným zadavatelem, neměl žalovaný pravomoc zkoumat zavinění žalobce na vzniku stavu exkluzivity. Nezákonný stav (zaviněný stav exkluzivity) mohl zavinit pouze veřejný zadavatel, kterým však žalobce v minulosti nebyl. Stav exkluzivity tak podle žalobce vznikl v minulosti v souladu se zákonem. Při pořízení systému AisView vycházel žalobce z tehdejších potřeb, ze situace na trhu a z tehdy obvyklé praxe; podle žalobce je nepřípustné hodnotit založení stavu exkluzivity dnešními standardy. Žalobce dále namítá, že žalovaný v jiných případech zkoumá, zda konkrétní zadávací podmínka odpovídá předmětu plnění, a zda je vzhledem k trhu nepřiměřená a nezákonná. To, že rekonstrukce situace na trhu k roku 2008 je obtížná, nelze přičítat k tíži žalobce. Žalobce se domnívá, že požadavky kladené na žalobce by v podmínkách roku 2008 byly ve vztahu k dodavatelům diskriminační. Postup žalovaného, který vychází z vlastních domněnek a fabulací, je v rozporu s principy právního státu a principem in dubio pro reo. Žalovaný tedy pochybil, jestliže neověřil aplikovatelnost vlastních závěrů na situaci roku 2008. Z toho, že se žalobce snažil získat přístup ke kódům dotčených systémů, nelze dovodit, že by žalobce stav exkluzivity zavinil. Žalovaným zastávaný výklad vede podle žalobce k obsolenci § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ, neboť žalovaný fakticky znemožňuje aplikaci tohoto ustanovení. Úvahy žalovaného, zda při splnění podmínek podle § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ jde o možnost či povinnost postupovat v rámci jednacího řízení bez uveřejnění, jsou podle žalobce nesmyslným spekulováním; žalobce neměl jinou možnost, jak uspokojit své potřeby, a to z důvodu splnění podmínek podle § 63 odst. 3 písm. c). Podle žalobce tedy existovala možnost zásahu do autorských práv stávajících dodavatelů systémů AisView, TIS a CMOS, a byly tak splněny podmínky podle § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ.

4. Žalovaný měl podle žalobce pochybit také tím, že nezohlednil příznivější právní úpravu. Podle žalobce nově § 63 odst. 4 ZZVZ má připouštět splnění podmínek stanovených v § 63 odst. 3 písm. b) a c) ZZVZ tehdy, nelze-li využít jiného přiměřeného řešení a zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž. Původní znění § 63 odst. 4 ZZVZ striktně předvídá splnění podmínek podle § 63 odst. 3 písm. b) a c) ZZVZ tehdy, nebylo-li vůbec možné využít jiného postupu a zadavatel nestanovil zadávací podmínky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž. Jestliže jedinou alternativou bylo pořízení tří nových systémů, je zřejmé, že jiná přiměřená alternativa nebyla dostupná. Nová právní úprava, která měla více odpovídat čl. 32 odst. 2 písm. b) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „směrnice 2014/24/EU“), by tedy nebránila použití jednacího řízení bez uveřejnění, přitom podle žalobce je nepochybné, že k novelizaci § 63 odst. 4 ZZVZ dojde.

5. Ve vztahu k zavinění stavu exkluzivity rozhodl žalovaný podle žalobce v rozporu s rozsudkem zdejšího soudu č.j. 62 Af 93/2017-94 ze dne 7.8.2019. Předmětem iniciační smlouvy k systému AisView byl vývoj webové aplikace, u které nebylo v roce 2008 úmyslem žalobce její dlouhodobé provozování. Takový úmysl nevyplývá ani z iniciační smlouvy, ani z technického vymezení systému. Vlivem nepředvídatelného rozvoje „chytrých telefonů“ však došlo k tomu, že systém AisView byl dostupný všem pilotům civilních letounů či helikoptér a neočekávaně se tak prodloužila životnost systému. Na systém AisView se vztahují tuzemské i evropské právní předpisy. Před zavedením tohoto sytému čerpali piloti informaci z listinných podkladů Letecké informační služby. V roce 2008 nebylo možné vyloučit jiný vývoj – posílení sms či obdobné komunikace. Na rozdíl od situace, jaká byla ve vztahu k rozsudku zdejšího soudu č.j. 31 Af 17/2018-99 ze dne 22.1.2020, tak neexistuje doklad prokazující, že žalobce zamýšlel systém AisView využívat dlouhodobě. Četnost navazujících dodatků k původní smlouvě může pouze dokládat zvýšenou legislativní aktivitu vyvolávající potřebu navazujících úprav systému, který je leteckým pozemním zařízením ve smyslu zákona č. 49/1997 Sb., o civilním letectví a o změně a

doplnění zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon). Spekulace žalovaného o tom, že s každým dalším dodatkem mělo být žalobci jasné, že nastane objektivní potřeba zadání navazujících plnění, pouze dokládá extenzivní rovinu výkladu žalovaného. V roce 2017 byl nutný zásah do všech tří systémů, avšak žalobce v nich nemohl provádět změny bez souhlasu autorů. Podle žalobce tak byla splněna podmínka existence výhradních práv dodavatele. Realizace jednacího řízení bez uveřejnění byla dána také legislativními změnami podle nařízení Komise (EU) č. 73/2010, kterým se stanoví požadavky na jakost leteckých dat a leteckých informací pro jednotné evropské nebe, které se dotkly také systému AisView, a to technologií back-endu a doplnění funkcionalit pro příjem a zpracování podkladů podle specifikace EUROCONTROL-GUID-0155. Předseda žalovaného se i přes námitky žalobce k otázce realizace jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu legislativních změn nevyjádřil, a napadené rozhodnutí je tak nepřezkoumatelné.

6. U systému TIS mělo zavinění nastat teprve až navazující smlouvou, kdy se žalobce stal veřejným zadavatelem. První navazující smlouvou byla příloha č. 25 ke smlouvě o dílo č. 3014/2083/02 ze dne 2.7.2004. Není pravdou, jak je uvedeno v napadeném i jemu předcházejícím rozhodnutí, že by první takovou smlouvou byla smlouva o dílo č. 3014/2137/05 ze dne 5.12.2005. Byť žalobce na tento rozpor poukazoval v rozkladu, předseda žalovaného se k této námitce nevyjádřil a napadené rozhodnutí je tak nepřezkoumatelné. Žalovaný uměle stanovil okamžik vzniku stavu exkluzivity až do doby, kdy se žalobce stal veřejným zadavatelem, byť je podle žalobce zřejmé, že navazující smlouvou nebyl rozšířen předmět původní iniciační smlouvy k systému TIS. Předmětem iniciační smlouvy byla implementace systému TIS; podle žalobce byly systémy CMOS a TIS od počátku budovány jako samostatné systémy včetně rozdílných softwarových platforem (MS SQL server a platforma Citect SCADA). Předmětem přílohy č. 25 ke smlouvě o dílo č. 3014/2083/02 ze dne 2.7.2004 byl pouze rozvoj stávajícího a implementovaného systému TIS. Podle žalobce nelze výraz „druhá etapa“ v této smlouvě vnímat tak, že teprve druhou etapou se stal systém TIS funkční, neboť nově dodané moduly již využívaly existující moduly a původní strukturu databázových tabulek. Smlouvou ze dne 2.7.2004 tedy pouze došlo k doplnění konkrétních evidencí a uživatelského rozhraní pro jednotlivé evidence v rámci modulů vyvinutých již na základě iniciační smlouvy. Také smlouva o dílo č. 084/2017/IS/2013 ze dne 19.4.2017 navazovala na původní iniciační smlouvu systému TIS, jak je zřejmé ze čl. 3 smlouvy ze dne 19.4.2017 (softwarové úpravy systému TIS). Také u systému TIS vznikla potřeba jednacího řízení bez uveřejnění mimo jiné z důvodu legislativních změn – a to ve vztahu k modulu pro evidenci bezpečnostních incidentů na základě vyhlášky č. 316/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti, a ve vztahu k doplnění modulu pro podporu administrace uvádění ATM sytému do provozu na základě směrnice Úřadu pro civilní letectví č. CAA/S-SLS-016-2/2012.

7. Také ve vztahu k zavinění stavu exkluzivity u systému CMOS žalobce namítá, že iniciační smlouva o dílo č. 3150/2127/00 ze dne 13.10.2000 byla uzavřena před 1.5.2004, kdy žalobce nebyl v postavení veřejného zadavatele. Stav exkluzivity měl být podle žalovaného zaviněn až první navazující smlouvou poté, kdy se žalobce stal veřejným zadavatelem (smlouva o dílo č. 3014/2136/05 ze dne 24.11.2005). Takový konstrukt je podle žalobce účelový; navazující smlouvy pouze rozvíjely systém CMOS implementovaný v souvislosti s původní iniciační smlouvou. Jestliže systém CMOS sloužil k monitorování desítek systémů, nemohla smlouva ze dne 24.11.2005, na jejímž základě bylo zajištěno monitorování systému ARTAS, MiniESUP a WALDO, vést k podstatné změně iniciační smlouvy, neboť funkce systému před realizací smlouvy ze dne 24.11.2005 zůstaly zachovány. Také smlouva o dílo č. 174/2016/IS/113 ze dne 18.1.2017 navazovala na původní iniciační smlouvu; potřeba jednacího řízení bez uveřejnění byla dána realizací bezpečnostních opatření – požadavkem provozování systému CMOS na platformě podporované výrobcem a na aktuálním hardwaru.

8. Jestliže stav exkluzivity u systémů TIS a CMOS byl založen dříve, než byl žalobce veřejným zadavatelem, a z důvodu objektivních okolností byl žalobce nucen navazující veřejné zakázky zadat, není podle žalobce dána odpovědnost ve smyslu čtvrté typové situace podle rozsudku zdejšího soudu č.j. 62 Af 93/2017-94 ze dne 7.8.2019. Objektivní změnou byla nová legislativa, neboť po 1.5.2004 se žalobce stal veřejným zadavatelem. Podle žalobce tak není pravdou, že by navazujícími smlouvami po 1.5.2004 žalobce poptal nové samostatné plnění (rozšířil iniciační smlouvy). Žalovaný se tak dopustil zásahu do právní jistoty žalobce, který iniciační smlouvy uzavřel v době, kdy nebyl veřejným zadavatelem. Na postup žalobce tak nelze nahlížet optikou pozdější judikatury. Postup žalovaného je podle žalobce v rozporu s jeho dřívější rozhodovací praxí; žalovaný v minulosti posuzoval právní účinky právních vztahů založených před změnou statutu právnické osoby na veřejného zadavatele podle okamžiku založení těchto právních vztahů. Ačkoli žalobce dřívější praxí žalovaného argumentoval, předseda žalovaného tyto námitky nevypořádal a napadené rozhodnutí je proto rovněž nepřezkoumatelné.

9. Žalobce opakovaně oslovil dodavatele systémů s nabídkou jednání o předání zdrojových kódů, kteří však jeho návrh odmítli. V takovém případě je zřejmé, že žalobce vyvinul dostatečnou snahu o získání zdrojových kódů. Žalovaný nadto neprokázal, že k zamezení pokračování stavu exkluzivity v roce 2017 by i přes rozpracovanost jednotlivých programů a metodiku jejich tvorby postačovalo získání zdrojových kódů, a napadené rozhodnutí je tak nepřezkoumatelné. Žalovaný měl pochybit také tím, že nepřiměřeně potlačil zásadu hospodárnosti. Tvrzení předsedy žalovaného, že dlouhodobé uzavírání dodatků k iniciačním smlouvám může vést k tomu, že pořízení nových systémů („na zelené louce“) může v dlouhodobé perspektivě být výhodnější, je ryze spekulativní a způsobuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí. Zajišťování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí nemůže být realizováno způsobem, který vede k nehospodárnému a neúčelnému vynakládání veřejných prostředků. Postup žalovaného tak nepřímo nutí žalobce jednat v rozporu s principy „3E“. Pokud by nebyla třeba ochrany výhradních práv, došlo by k vyprázdnění § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ. V napadeném rozhodnutí chybí rozumná úvaha o ekonomickém aspektu – zda zájem na hospodářské soutěži odůvodňuje zmaření dosud vynaložených investic. Naopak nebylo povinností žalobce takovou analýzu provádět. Zcela nové pořízení systémů by podle žalobce bylo natolik nehospodárné, že by se vystavil riziku postihu ze strany Nejvyššího kontrolního úřadu či zřizovatele v souvislosti s porušením péče řádného hospodáře. Ani tyto námitky předseda žalovaného nezohlednil a napadené rozhodnutí je proto nepřezkoumatelné.

10. Napadené rozhodnutí je podle žalobce nezákonné a nepřezkoumatelné také proto, že se předseda žalovaného odmítl vypořádat s problematikou kybernetické bezpečnosti. Systémy žalobce, tedy také AisView, TIS a CMOS jsou kritickou informační infrastrukturou, a měl by tak být omezen počet subjektů, které mají technické informace o jejich fungování. Podle žalobce není myslitelné, aby žalobce – byť proti podpisu dohody o mlčenlivosti – poskytovatel zdrojové kódy neomezenému okruhu dodavatelů. Dohoda o mlčenlivosti je podle žalobce slabým nástrojem, který dostatečně negarantuje bezpečnost citlivých dat. Soud by měl podle žalobce přihlédnout také k tomu, že dosud neexistuje rozhodovací praxe soudů v oblasti veřejných zakázek souvisejících s rozvojem informačních systémů, které jsou kritickou informační infrastrukturou. Právě omezení okruhu osob, které mají přístup ke zdrojovým kódům – a to bez ohledu na to, zda těmito kódy disponuje žalobce, je klíčové v souvislosti se zachováním bezpečnosti letecké dopravy. Závěr žalovaného, že žalobce realizoval jednací řízení bez uveřejnění v roce 2017 právě proto, že je provozovatelem kritické informační infrastruktury, je pouhou domněnkou. Realizace jednacích řízení bez uveřejnění předcházela vydání rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 20.3.2018 ve věci C-187/16 a vydání metodiky Národního úřadu pro kybernetickou bezpečnost ze dne 4.1.2019; žalovaný tak postupoval v rozporu se zákazem retroaktivity, jestliže z těchto dokumentů vycházel. Žalobce nesouhlasí ani se závěrem žalovaného, že ZZVZ poskytuje dostatečné nástroje pro ochranu zdrojových kódů či dalších důvěrných informací.

Podle žalobce neslouží kvalifikační předpoklady k ověření důvěryhodnosti dodavatele ve vztahu k ochraně bezpečnostních zájmů zadavatele do budoucna; požadavky na prokázání technické kvalifikace neposkytují garanci ochrany dat do budoucnosti.

11. Žalobce tedy navrhuje, aby zdejší soud rozhodl o upuštění od uložení trestu anebo aby napadené rozhodnutí zrušil. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

12. Žalovaný setrvává na závěrech, na nichž je založeno napadené rozhodnutí, a zdůrazňuje, že opatření stanovisek od Úřadu pro civilní letectví či EUROCONTROL nebylo účelné a nezbytné. Podle žalovaného bylo na žalobci, aby osvědčil a prokázal splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. U odborných stanovisek tohoto typu přitom nelze očekávat přínos pro zjištění skutkového stavu věci. V nyní posuzované věci je žalobce postihován za to, že dlouhodobě nezohlednil své povinnosti při zadávání veřejných zakázek tak, aby umožnil hospodářskou soutěž. Podle žalovaného lze jednací řízení bez uveřejnění ve smyslu § 63 ZZVZ využít, žalobce však pro to nesplnil podmínky. Ve vztahu k příznivější právní úpravě žalovaný uvádí, že novela ZZVZ dosud nebyla schválena. Nadto stav exkluzivity zavinil žalobce, a proto se podle žalovaného nelze dovolávat oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění. Podle žalovaného není rovněž pravdou, že nebylo možné předvídat dlouhodobost užívání systému AisView. To, že žalobce při uzavření iniciačních smluv k systémům TIS a CMOS nebyl veřejným zadavatelem, nezbavilo žalobce povinnosti před uzavřením navazujících smluv (jakmile již zadavatelem byl) zvážit hledisko hospodářské soutěže a možnost dalšího rozvoje systémů v souladu se ZZVZ. Rozhodovací praxe žalovaného, na kterou odkazoval žalobce, není přiléhavá. To, že dodavatelé odmítají předat žalobci zdrojové kódy – tedy veškeré technické informace potřebné k úpravě konkrétního systému – je přirozeným důsledkem opomenutí zadavatele (založení stavu exkluzivity). Podle žalovaného se nelze dovolávat zásady hospodárnosti po zavinění vzniku stavu exkluzivity. To, že systémy AisView, Tis a CMOS byly prvky kritické infrastruktury státu podle zákona o kybernetické bezpečnosti, nevede k závěru, že je možné vyloučit hospodářskou soutěž zadáváním v jednacím řízení bez uveřejnění.

13. Žalovaný tedy navrhuje žalobu jako nedůvodnou zamítnout; na tomto procesním postoji také setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem.

IV. Posouzení věci

14. Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.). Napadené rozhodnutí bylo přezkoumáváno 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.). Zdejší soud bez jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s. dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.

15. Podle § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ může zadavatel použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví. Podle § 63 odst. 4 ZZVZ jsou podmínky podle § 63 odst. 3 písm. b) a c) ZZVZ splněny pouze v takovém případě, že nelze využít jiného postupu a že zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.

16. Tvrdí-li žalobce, že byly splněny podmínky pro zadání veřejných zakázek prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, pak především je třeba vyjít z toho, že jednací řízení bez uveřejnění je takovým druhem zadávacího řízení, který dramaticky snižuje (minimalizuje) míru transparentnosti a hospodářské soutěže mezi dodavateli. Příslušná ustanovení upravující možnost užití jednacího řízení bez uveřejnění je proto třeba vykládat restriktivně. Takový postup

představuje fakticky „výjimku“ z povinnosti zadat veřejnou zakázku v některém ze základních („otevřenějších“) druhů zadávacího řízení (např. rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 14.9.2004 ve věci C-385/02) a neprokázání splnění podmínek pro oprávněnost takového postupu jde k tíži toho, kdo se jeho oprávněnosti dovolává (tj. zadavatele); judikatura dovozuje v tomto směru zadavatelovu důkazní povinnost (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 10 As 372/2019-56 ze dne 12.3.2020, z předchozí judikatury pak např. rozsudky Nejvyššího správního soudu č.j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11.1.2013 nebo č.j. 8 As 149/2014-68 ze dne 31.8.2015; jde tedy o náhled zcela konstantní a v zadavatelském prostředí snad již dostatečně samozřejmý).

17. Má-li být postup konkrétně podle § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ oprávněným, musí být kumulativně splněna formální i materiální podmínka (bod 31. rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 60/2020-64 ze dne 30. 11. 2021). Formální podmínka pro postup podle § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ bude naplněna tehdy, jestliže z důvodu ochrany práv duševního vlastnictví, typicky na základě licenčních ujednání v příslušné smlouvě, nebude zadavatel oprávněn volně nakládat s příslušnou softwarovou technologií – kupříkladu provádět upgrade (rozšiřování funkcionalit či aktualizaci) této technologie s využitím jiného dodavatele. V nyní posuzované věci není existence výhradních práv duševního vlastnictví sporná.

18. Kromě formální podmínky je však pro oprávněnost postupu podle § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ nutné splnit také materiální podmínku ve smyslu § 63 odst. 4 ZZVZ. Zadavatel při uzavírání smlouvy, v důsledku které došlo k jeho tzv. proprietárnímu uzamčení („vendor lock-in“), tedy k nemožnosti volně disponovat s programovým a souvisejícím vybavením (včetně jeho úprav), může postupovat podle § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ pouze tehdy, jestliže potřebu následného zadávání veřejných zakázek prokazatelně nemohl objektivně předpokládat, tedy není-li stav výlučnosti přičitatelný zadavateli, a to včetně protiprávního či neprozíravého postupu zadavatele v minulosti (např. rozsudek zdejšího soudu č.j. 29 Af 12/2018-108 ze dne 21.12.2021). O to již v nyní posuzované věci sporu je.

19. K žalobcově argumentaci lze připomenout, že rozhodovací praxe především zdejšího soudu rozlišuje tři typové situace, v nichž (materiální) podmínky pro postup v rámci jednacího řízení bez uveřejnění nejsou splněny (např. rozsudek č.j. 62 Af 93/2017 ze dne 7.8.2019). Podle žalovaného nastala třetí typová situace, která vylučuje využití jednacího řízení bez uveřejnění, tj. že zadavatel, ačkoli s ohledem na konkrétní okolnosti v době uzavírání původní smlouvy musel rozumně předpokládat, že v budoucnu vznikne potřeba dalšího plnění, při uzavírání původní smlouvy akceptuje licenční či jiná smluvní ujednání, která de facto vylučují, aby navazující plnění mohlo být uskutečněno jiným než v původní smlouvě figurujícím dodavatelem, čímž znemožní zadávání navazujících veřejných zakázek v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacího řízení a použije jednací řízení bez uveřejnění s odkazem na ochranu práv duševního vlastnictví či technické důvody. Není přitom nezbytné, aby o postupu při uzavírání původní smlouvy bylo rozhodnuto coby o porušení zákona. Od této typové situace je třeba odlišit takovou situaci (čtvrtá typová situace), kdy zadavatel při uzavírání původní smlouvy, s ohledem na skutkové okolnosti předcházející a provázející její uzavření, budoucí potřebu poptávat navazující (související) plnění předvídat skutečně objektivně nemůže, avšak z důvodu nastalé objektivní změny okolností je následně nucen navazující plnění poptat. Takovou objektivní nepředvídatelnou okolností může být kupříkladu změna právní úpravy. Právě o čtvrtou typovou situaci v nyní posuzované věci jde podle žalobce.

20. Je-li mezi žalobcem a žalovaným sporu o to, zda jde v nyní posuzované věci o třetí nebo o čtvrtou typovou situaci, pak právě uvedené rozhraničení obou situací podle zdejšího soudu především odpovídá směrnici 2014/24/EU; podle čl. 32 odst. 2 písm. b) bodu iii) směrnice 2014/24/EU může být jednací řízení bez uveřejnění použito pro veřejné zakázky na stavební práce, dodávky a služby tehdy, jestliže stavební práce, dodávky nebo služby mohou být dodány jen konkrétním hospodářským subjektem z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv

duševního vlastnictví. Této výjimky se použije jen v případě, že neexistuje přiměřená alternativa nebo náhrada a že neexistence soutěže není výsledkem umělého zúžení parametrů veřejné zakázky. Je tedy pravdou, že směrnice 2014/24/EU předvídá absenci přiměřené alternativy – tudíž nikoli jediné, jako je tomu v tuzemské právní úpravě – avšak zároveň stanoví druhou podmínku, podle které neexistence soutěže nesmí být výsledkem umělého zúžení parametru veřejné zakázky. Pod tuto druhou podmínku lze podle zdejšího soudu podřadit mimo jiné pochybení (nedostatek obezřetnosti či „nešikovnost“) zadavatele, jehož jednání v minulosti vedlo k založení stavu exkluzivity. Ustanovení § 63 odst. 3 písm. c) a § 63 odst. 4 ZZVZ tak podle zdejšího soudu odpovídá čl. 32 odst. 2 písm. b) bodu iii) směrnice 2014/24/EU a netřeba vyčkávat na jakoukoli novelizaci ZZVZ ani jí argumentovat (nehledě k tomu, že žádná taková – žalobcem avizovaná – novelizace ani v průběhu řízení před zdejším soudem nebyla přijata).

21. Dovolává-li se tedy v této souvislosti žalobce rovněž potřeby příznivějšího zacházení, resp. namítá-li, že žalovaný nepřihlédl k – pro žalobce údajně příznivější – pozdější právní úpravě, vůbec s ním zdejší soud nesouhlasí. Jestliže po spáchání přestupku nabyla účinnosti právní úprava, která je pro pachatele přestupku příznivější, nepochybně na správní orgán dopadá povinnost tuto mírnější právní úpravu ve smyslu čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod a § 2 odst. 5 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, zohlednit. Stane-li se příznivější právní úprava účinnou teprve po nabytí právní moci rozhodnutí o přestupku, je povinen úvahu o existenci příznivější právní úpravy učinit soud (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 8 As 43/2019-40 ze dne 11.2.2021). Nenabyla-li žalobcem zmiňovaná novelizace § 63 ZZVZ dosud účinnosti a nenabyla-li ani platnosti (nebyla řádně vyhlášena), nadto vůbec nebyla dosud ani projednána, nelze ze strany zdejšího soudu, tím méně pak ze strany žalovaného spekulovat o výsledné podobě případné novelizace a o jejím dopadu. Není tudíž dána existence příznivější právní úpravy, kterou by bylo možno ve prospěch žalobce zohlednit.

22. Pokud jde o prokázání důvodů pro oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění (tedy ve výsledku o posouzení, zda jde v nyní posuzované věci o třetí nebo o čtvrtou typovou situaci), pak na žalovaného nepochybně dopadala povinnost řádně zjistit skutkový stav v souladu s „trestním“ charakterem přestupkového řízení. Lze-li však zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění pouze při splnění podmínek dle § 63 odst. 3 písm. c) a § 63 odst. 4 ZZVZ, je to zadavatel, kdo musí identifikovat dostatečně konkrétní důvody, které jej vedly k volbě tohoto druhu zadávacího řízení. Tyto důvody zná pouze zadavatel, pročež je na něm, aby srozumitelně a dostatečně podrobně žalovanému sdělil, na základě čeho dovozoval splnění podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 10 As 373/2019-58 ze dne 28.4.2021 nebo č.j. 10 As 372/2019-56 ze dne 12.3.2020). Bylo tedy na žalobci, aby tvrdil konkrétní skutkové a právní okolnosti, z nichž vyplynula potřeba zadat zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, a také aby označil důkazy, které jeho tvrzení prokazují (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 4 As 207/2020-40 ze dne 10.12.2020). Je to tedy především vyjádření žalobce, ze kterého žalovaný při úvahách o naplnění zákonných předpokladů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění musí vycházet, neboť to je právě zadavatel, koho tíží povinnost nejen tvrdit splnění zákonných podmínek pro využití výjimky, nýbrž (hlavně) také tato tvrzení prokázat (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 10 As 344/2019-60 ze dne 31.3.2021). Není to tedy žalovaný, kdo by v případě posuzování oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění měl v principu hrát aktivní (aktivnější) roli, kupř. tím, že si bude sám vyžadovat důkazní prostředky, jež mu mohl předložit sám žalobce.

23. Žalobce konkrétně namítá, že v okamžiku pořízení systému AisView nebylo možné předpokládat, že tato aplikace bude používána v dlouhodobém horizontu, tedy že technologický rozmach společně s navazujícími legislativními změnami je tou okolností, kterou nemohl žalobce objektivně předvídat. Zdejší soud si je na straně jedné vědom toho, že *„…je nezbytné, aby správní orgán posuzoval vznik exkluzivity se zřetelem na dobu vzniku takového vztahu, relevantní právní úpravu a obchodní zvyklosti v dané době. Soudobé požadavky na kvalitu smluv uzavíraných v rámci veřejných zakázek*

totiž nelze mechanicky vztahovat zpět do minulosti, kdy právní úprava i rozhodovací praxe byly méně vyspělé a kontraktaci veřejných zakázek méně reglementovaly…" (bod 41. rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 60/2020-64 ze dne 30.11.2021), na straně druhé však pokládá za přiléhavé posuzovat postup žalobce v jeho celku – od uzavření původní smlouvy dne 19.9.2008 přes uzavírání navazujících smluv o dílo až po smlouvu o dílo ze dne 9.11.2017 – a zkoumat, zda žalobce od samého počátku mohl rozumně předpokládat potřebu navazujících plnění, eventuálně zda poté, co se tato potřeba ukázala, činil aktivní kroky k omezení či odstranění stavu exkluzivity či naopak zda setrvával ve stavu, v němž prohluboval svoji závislost na konkrétním dodavateli rozšiřováním funkcionalit systému AisView. Zdejší soud je přitom dlouhodobě přesvědčen, že by se nutně příčila rozumnému pohledu na zadavatelské prostředí klidná akceptace stavu exkluzivity, „navždy" (po několik desetiletí) trvající, jen proto, že nově vznikající smlouvy navazují na smlouvy uzavřené „kdysi dávno" (např. rozsudek zdejšího soudu č.j. 62 Af 30/2018-101 ze dne 17.10.2019).

24. Žalobce zahájil jednací řízení bez uveřejnění odesláním výzvy k jednání dne 24.9.2017; předmětem veřejné zakázky byl upgrade systému AisView 3. Původní smlouva o dílo (č. 133/126/08) byla uzavřena dne 19.9.2008 s dodavatelem Foxtrot Technologies s.r.o. Na ni navazovalo sedm smluv o dílo, které byly uzavřeny mezi lety 2010 až 2017 ve dnech 12.2.2010, 2.11.2011, 28.12.2012, 4.8.2014, 14.8.2015, 25.10.2016 a 9.11.2017. Poslední smlouva o dílo (č. 321/2017/IS/123) související se systémem AisView byla tedy uzavřena dne 9.11.2017 a jejím předmětem byly úpravy a rozšíření funkčnosti systému podle informací a specifikaci v příloze č. 1 smlouvy (odst. 3.1). Podle přílohy č. 1 byly požadované úpravy rozčleněny podle okruhů na základní mapu, dohledové centrum, AMC, FIC, mobilní aplikace a podklady. V původní smlouvě o dílo č. 133/126/08 ze dne 19.9.2008 poskytl dodavatel žalobci nevýhradní licence podle licenčních podmínek vymezených v příloze smlouvy (odst. 1.1). Podle licenčních podmínek byl žalobce oprávněn provádět zásahy do zdrojových kódů systému pouze po vzájemné dohodě s dodavatelem. Z písemné zprávy zadavatele (žalobce) ze dne 1.9.2017 vyplývá, že žalobce postup podle § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ odůvodnil tím, *že „…předmětem veřejné zakázky jsou úpravy a rozšíření funkcionalit systému AisView. Systém AisView 3 byl vytvořen na základě smlouvy o dílo dodavatelem Foxtrot… a je považován za autorské dílo požívající ochrany dle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů… Dodavatel je tak držitelem autorských práv k předmětnému systému."* Podle žalobce tedy on sám neměl
„… oprávnění jakkoli zasahovat do systému AisView 3 a tento upravovat, neboť je autorským dílem dodavatele Foxtrot Technologies, s.r.o. Pro realizaci veřejné zakázky spočívající v úpravách a rozšíření funkcionalit systému AisView 3 je zásah do tohoto systému nutný…". Přestože formální podmínka (existence stavu exkluzivity) pro postup podle § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ byla splněna (to je patrné také z vyjádření dodavatele – Foxtrot Technologies s.r.o. ze dne 4.6.2018, který uvedl, že disponuje výhradním právem provádět v systému změny či jej rozšiřovat či z původní smlouvy o dílo a její přílohy č. 3), byl to žalobce, kdo uzavřením původní (iniciační) smlouvy o dílo dne 19.9.2008 zavinil stav exkluzivity v rámci systému AisView.

25. Navazující otázkou je, zda žalobce při uzavření původní smlouvy o dílo dne 19.9.2008 mohl předvídat potřebu dalšího rozvíjení či upgrade systému AisView či nikoliv. Žalobce v žalobě i ve vyjádření ze dne 13.1.2020 uvedl, že systém AisView nenahrazoval jeho jiný informační systém. Piloti a další subjekty v minulosti čerpali informace z listinných podkladů Letecké informační služby. Podle zdejšího soudu je podstatné, že systém AisView nahradil „analogové" (listinné) podklady Letecké informační služby, aniž by bylo zřejmé, že (a proč by) mělo být nahrazení sdělování informací Leteckou informační službou v listinné podobě časově omezeno, nadto ze schématu architektury technického řešení v technické specifikaci (příloha č. 1 původní smlouvy o dílo) je patrné, že aplikace měla být dostupná nejen uživatelům mobilních telefonů (přes wap klienta), nýbrž také uživatelům s „pevným připojením" k internetu. Cílem žalobce nepochybně již

tehdy bylo, aby informace dostupné v AisView byly široce dostupné. Namítá-li žalobce, že technologický vývoj mohl směřovat k preferenci jiných technologií (sms), pak to podle zdejšího soudu neodpovídá míře technologického optimismu v roce 2008 a zejména technické specifikaci systému v původní smlouvě o dílo ze dne 19.9.2008, neboť systém nebyl zaměřen výlučně na mobilní technologie (mobilní telefony) či pouze textovou technologii. Systém AisView měl zajišťovat grafické zobrazení informace o *„…prostorech a vybraných objektech LKAA, platných R&W a letištních NOTAMech LKAA, plánu aktivací prostorů LKAA (AUP/UPP)…“* (účel aplikace WB v příloze č. 1 původní smlouvy o dílo). Není zřejmé, proč by grafické zprostředkování uvedených informací v žalobcem zvolené formě mělo být pouze dočasné. Navíc byť v roce 2008 patrně nebylo možné očekávat masivní rozšíření „chytrých telefonů“, již podle přílohy č. 1 původní smlouvy o dílo měla být aplikace dostupná na mobilních zařízeních prostřednictvím wap protokolu. To, že bude program dostupný na mobilních telefonech – byť ve zjednodušené wap podobě – tedy bylo jisté již od počátku. Lze jistě přitakat žalobci, že přesný technologický vývoj nelze kvalifikovaně odhadnout, v nyní posuzované věci však bylo obecně možné předvídat rozvoj – mimo jiné i mobilních – technologií; systém AisView mohl od počátku v omezeném wap režimu fungovat také na mobilních telefonech. Není tak zřejmé, proč by – podle žalobce neočekávaný – rozvoj „chytrých telefonů“ měl být rozhodujícím faktorem, na základě kterého žalobce používá systém AisView i v současnosti. Nadto rozvoj „chytrých telefonů“ neměl vliv na zpřístupnění služby prostřednictvím „pevného“ připojení k internetu pro „stolní“ počítače či obdobné technologie. Rozumná potřeba navazujících plnění (dalšího rozvíjení či upgrade systému AisView) byla tudíž dána od počátku a vznik exkluzivity není dán primárně okolnostmi souvisejícími s tehdejším (omezeným) stavem zadavatelského poznání (ve vztahu k pozdějšímu vývoji aplikace zakázkového práva).

26. Podstatné je, že potřeba doplnění či rozšíření funkcionalit systému (kupříkladu o nové mapové vrstvy) či úpravu systému podle požadavků subjektů spolupracujících se žalobcem (Český hydrometeorologický ústav) či v souvislosti s technologickým rozvojem a s tím spojeným navyšování kapacit a možností programového i hardwarového vybavení žalobce, není objektivně nepředvídatelnou okolností a nikdy v minulosti jí ani nemohla být. To, že s plynutím času lze očekávat postupné rozšiřování či úpravy systému v závislosti na nově dostupných datech (nové mapové vrstvy) a technologiích (navýšení výkonu hardwaru umožňující provoz na výkon náročného programového vybavení), které naleznou i částečnou odezvu v příslušných prováděcích právních předpisech upravujících technické (detailní) otázky provozu, bylo podle zdejšího soudu rozumně očekávatelné; to musel očekávat každý odběratel v žalobcově kontraktačním postavení. Ostatně v příloze č. 1 původní smlouvy o dílo v části „Release management“ je výslovně upraveno vkládání nových funkcionalit systému *„…na základě požadavků ŘLP, uživatelů či potřeb vlastního systému…“*, a to od vývoje přes testování po nasazení funkcionality. Žalobce tedy vůbec nemohl předpokládat časové omezení systému AisView.

27. Namítá-li žalobce, že žalovaný (nezákonně) nepřistoupil k vyžádání stanoviska EUROCONTROL, pak žalobce se tímto důkazním návrhem snažil prokázat existenci objektivních neočekávatelných důvodů (změna legislativy), přičemž žalovaný konkrétní důvody, pro které nepřistoupil k vyžádání stanoviska od EUROCONTROL v souvislosti se systémem AisView, intimoval žalobci v bodu 155. prvostupňového rozhodnutí. Podle žalovaného EUROCONTROL vystupuje pouze jako tvůrce předpisů a bylo na žalobci, aby popsal a doložil, jakým způsobem změna právních předpisů dopadla právě na žalobce a jak se v praktické rovině projevila. Pohled žalovaného odpovídá pohledu zdejšího soudu; obecný odkaz na změnu právního předpisu či zcela nový právní předpis, bez uvedení konkrétních skutkových dopadů na žalobce, z nichž žalobce dovozuje nutnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, nepostačuje. To je ostatně zřejmé i z rozboru některých povinností vyplývajících pro žalobce z nařízení 73/2010 v bodu 157. prvostupňového rozhodnutí. Nařízení 73/2010 obsahovalo řadu povinností a bylo na žalobci, aby vždy ke konkrétnímu ustanovení právního

předpisu přiřadil z toho vyplývající nutnou změnu či doplnění stávajícího systému AisView pro oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění. Žalobce pouze v obecné rovině argumentoval resortními právními předpisy bez uvedení konkrétního ustanovení, od kterého by se odvíjela žalobcem konkrétně vymezená nutná změna v systému AisView. Není pochyb o tom, že tuzemské i evropské právní předpisy a pokyny dozorujících orgánů jsou dynamickými normativními systémy, které se mění v čase, a lze tak předpokládat, že mnohé informační systémy využívané v leteckém provozu bude třeba upravovat v návaznosti na „technické" prováděcí právní předpisy či závazné akty dozorujících orgánů. V nyní posuzované věci po skutkové stránce nelze přehlédnout, že do předmětu smlouvy o dílo ze dne 9.11.2017 se podle vyjádření samotného žalobce promítlo několik důvodů – nejen legislativní změny či závazné akty dozorujících orgánů, nýbrž také uživatelské požadavky či požadavky spolupracujících subjektů. Žalobce v investičním záměru uvedl, že některé požadavky byly plánovanými úpravami či rozšířeními, které byly dokonce zařazeny do střednědobého plánu žalovaného (str. 1 záměru). Také podle studie proveditelnosti pro investiční akci „AisView 3 – Release 2017" ze dne 24.7.2017 mělo být provedení úprav a rozšíření funkcionality *„…na základě vyhodnocení uživatelských požadavků, na základě technologického vývoje v oblasti IT (back-end, webové technologie) a v neposlední řadě požadavků EUROCONTROL na postupné zavádění digitálních NOTAMů…"* (str. 5 studie). Jestliže se do předmětu smlouvy o dílo ze dne 9.11.2017 promítly požadavky vyplývající nejen z důvodu legislativních změn, pak v situaci, kdy žalobce přesně ke každé dílčí změně systému AisView podle smlouvy o dílo ze dne 9.11.2017 nikdy uvedl, na jaké zákonné ustanovení či jiný předpis anebo autoritativní pokyn taková změna navazovala, nebyl dán důvod pro vyžádání vyjádření ze strany EUROCONTROL; případné jeho stanovisko totiž mohlo potvrdit pouze to, zda se žalobcem dostatečně konkretizované legislativní změny ve vazbě na žalobcem precizně vymezené dílčí části systému AisView vztahují na žalobcem označené funkcionality systému. Ostatně žalobce nekonkretizoval ani uživatelské požadavky spolupracujících subjektů. Žalovaný tedy už v prvostupňovém rozhodnutí žalobci intimoval důvody, proč jím navržený důkaz neprovede, a ze shora uvedeného je patrné, proč zdejší soud sdílí shodný náhled na věc se žalovaným. Odkaz žalobce na rozsudek zdejšího soudu č.j. 62 Af 93/2017-94 ze dne 7. 8. 2019 tedy v této souvislosti není přiléhavý, neboť v tam řešené věci žalovaný neprovedl žalobcem navržený důkaz a zároveň přes rozumné zdůvodnění poskytnuté žalobcem neuvedl důvody neprovedení důkazu.

28. Už ze shora uvedeného je také zřejmé, že žalobce neprokázal – ani v dostatečně konkrétních obrysech netvrdil – že potřeba všech změn programu AisView vyvstala na základě objektivních neočekávatelných okolností. Bylo-li navazující plnění součástí předem (od počátku) dobře předpokládatelného (očekávatelného) vývoje, je stav uzamčení jistě přičitatelný žalobci (srov. obdobně například zdejší soud v rozsudku č.j. 62 Af 30/2018-101 ze dne 17.10.2019, Nejvyšší správní soud pak v rozsudku č.j. 10 As 372/2019-56 ze dne 12.3.2020). Materiální podmínka pro oprávněné použití jednacího řízení bez uveřejnění (§ 63 odst. 4 ZZVZ) tedy splněna nebyla.

29. Za shora uvedeného stavu ani skutečnost, že žalobce v minulosti usiloval o získání zdrojových kódů systému AisView, avšak tyto jeho snahy dodavatel odmítl (srov. sdělení dodavatele Foxtrot Technologies s.r.o. ze dne 4.6.2018), žalobce nezbavuje odpovědnosti ve smyslu § 21 odst. 1 přestupkového zákona.

30. Žalobce také zpochybňuje závěr žalovaného o tom, že získání zdrojových kódů by dostačovalo k zamezení vztahu exkluzivity. Žalovaný však v prvostupňovém rozhodnutí uvedl, že pod pojmem „zdrojové kódy" má *„…na mysli nejen samotné zdrojové kódy, ale též veškeré další technické informace potřebné k úpravě daného systému…"* (poznámka pod čarou č. 2 na str. 54 prvostupňového rozhodnutí), pročež ani s tímto argumentem nemůže žalobce uspět.

31. Žalobce zpochybňuje také závěr žalovaného o tom, že nebyly splněny podmínky podle § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ v souvislosti s uzavřením smlouvy o dílo ze dne 19.4.2017, která se týkala systému TIS, a smlouvy o dílo ze dne 18.1.2017, která se týkala systému CMOS. Žalobce dále namítá, že první navazující smlouvou v souvislosti s informačním systém TIS byla již příloha č.

25 ke smlouvě o dílo č. 3014/2083/02 ze dne 2.7.2004 a nikoli smlouva o dílo č. 3014/2137/05 ze dne 5.12.2005. Byť žalovaný tuto chybu namítal v rozkladu, předseda žalovaného tuto námitku nevypořádal a napadené rozhodnutí je tak podle žalobce nepřezkoumatelné.

32. Na úpravy týkající se systémů TIS a CMOS z pohledu oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění se uplatní stejná východiska jako ve vztahu k systému AisView; proto na ně zdejší soud odkazuje.

33. Pokud jde o informační systém TIS, žalobce zahájil jednací řízení bez uveřejnění odesláním výzvy dne 29.3.2017. Předmětem veřejné zakázky byla úprava chování systému TIS na základě uživatelských požadavků, na základě požadavků daných směrnicemi žalobce, Úřadu pro civilní letectví a dalšími právními předpisy. Také systém TIS podle vyjádření žalobce ze dne 13.1.2020 či podle odst. 1 původní (iniciační) smlouvy ze dne 23.9.2003 nahrazoval „analogovou" evidenci, neboť nahradil především deník pracoviště žalobce v listinné podobě, a to digitalizací některých procesů na pracovišti žalobce. V souvislosti se systémem TIS byla původní (iniciační) smlouva – jako příloha č. 18 ke smlouvě o dílo č. 3014/2083/02 – uzavřena dne 23.9.2003 s dodavatelem ELVAC SOLUTIONS s.r.o. (dříve ELCOM SOLUTIONS s.r.o.). Následně byla dne uzavřena příloha č. 25 ke smlouvě o dílo č. 3014/2083/02 dne 2.7.2004, poté byla uzavřena dne 5.12.2005 smlouva o dílo č. 3014/2137/05. Následně bylo v letech 2008 až 2017 uzavřeno dalších dvanáct navazujících smluv o dílo, a to ve dnech 9.9.2008, 18.3.2009, 29.6.2009, 24.9.2009, 19.8.2010, 19.10.2011 (v tento den byly uzavřeny dvě smlouvy o dílo), 3.5.2012, 15.8.2013, 2.9.2014, 11.11.2015 a 19. 4.2017.

34. Pokud jde o informační systém CMOS, žalobce zahájil jednací řízení bez uveřejnění odesláním výzvy dne 6.12.2016. Předmětem veřejné zakázky byla úprava uživatelského rozhraní systému CMOS pro pracoviště technické obsluhy v ITS IATCC, pro pracoviště technických dohledů i pro pracoviště technické obsluhy na regionálních letištích. Podmínkou pro úpravu uživatelského rozhraní je doplnění hardwarových prostředků systému CMOS a upgrade platformy Citect pro systém CMOS. K softwarovému produktu CMOS byly v minulosti uzavřeny se stejným dodavatelem smlouvy ze dne 13.10.2000, 26.6.2002, 24.11.2005, 31.1.2006, 18.9.2006, 8.12.2006, 15.11.2007, 19.9.2007, 5.6.2008, 30.7.2008, 11.5.2009, 15.2.2010, 22.2.2010, 26.4.2010, 25.5.2010, 19.8.2010, 19.11.2010, 12.5.2011, 19.10.2011, 3.1.2012, 11.5.2012, 23.11.2012, 8.8.2013, 7.3.2014, 29.9.2014, 13.5.2016 a nakonec (o tu v nyní posuzované věci jde) 18.1.2017.

35. Splnění formální podmínky, tedy existence výhradních práv ve smyslu § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ, může pramenit z toho, že žalobce nedisponoval oprávněním volně nakládat se zdrojovým kódem systému TIS a CMOS. To je patrné kupříkladu z vyjádření dodavatele ze dne 27.6.2019 k výzvě žalobce či z odst. 4.1 a 4.3 smlouvy o dílo ze dne 19.4.2017, které odkazují na smlouvu o úschově zdrojových kódů č. 157/2015/PS/088 ze dne 12.5.2015 uzavřené mezi žalobcem a dodavatelem. Podle odst. 2.1. této smlouvy o úschově zdrojových kódů měly být kódy žalobci zpřístupněny pouze v případě, že dodavatel nebude schopen či ochoten zajistit řádné užívání a budoucí rozvoj systému podle odst. 2.5. Ze sdělení dodavatele ze dne 1.6.2018 je zřejmé, že smlouva o úschově zdrojových kódů je výsledkem jednání mezi žalobcem a dodavatelem. Ze sdělení dodavatele dále plyne, že pouze dodavatel je oprávněn k zásahům do zdrojových kódů systémů TIS a CMOS. Také podle písemné zprávy zadavatele ze dne 19.4.2017 bylo postupováno v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv dodavatele. Není tedy pochyb o tom, že při uzavírání smlouvy o dílo ze dne 19.4.2017 již byla dána existence stavu exkluzivity.

36. Ve vztahu k naplnění materiální podmínky (§ 63 odst. 4 ZZVZ) musel zdejší soud nejdříve posoudit, zda lze přičítat žalobci založení stavu exkluzivity k tíži, jestliže v době uzavření původní (iniciační) smlouvy nebyl veřejným zadavatelem. To, že tehdy zadavatelem nebyl, není přitom mezi žalobcem a žalovaným sporné. I tu zdejší soud odkazuje (například) na svůj rozsudek č.j. 62 Af 30/2018-101 ze dne 17.10.2019, v němž odmítl akceptaci stavu exkluzivity trvající

několik desetiletí („navždy“) jen proto, že dodatečně uzavírané smlouvy navazují na původní (iniciační) smlouvy uzavřené v době, kdy nebyly orgány dohledu zastáván natolik striktní pohled na zadávací postupy omezující hospodářskou soutěž. Zdejší soud v tomto rozsudku mimo jiné uvedl, že *„…jestliže byl stav vendor lock-in založen v době, kdy pohled na postupy nahrazující „otevřenější“ zadávací postupy nebyl přísný a nebyl v tuzemském prostředí ani dostatečně judikován a kdy ani rozumně uvažující zadavatelé nemuseli předvídat budoucí právní potíže při poptávce plnění od původního dodavatele, k němuž jej stav vendor lock-in vázal (za takové období lze považovat období devadesátých let minulého století, tedy kupř. i rok 1995, jímž argumentuje žalobce), pak by se zdejšímu soudu nejevilo jako zcela spravedlivé přičítat tento stav nyní zadavatelům k tíži v případech, kdy poptávka po nutně navazujících plněních na plnění původní (při jehož kontraktaci byl stav vendor lock-in založen) nebyla jasně a snadno předvídatelná V nyní posuzované věci však poptávka po nutně navazujícím plnění byla od počátku jistá. Podstatné pro zdejší soud je, že nyní posuzované zadání veřejné zakázky je součástí předem dobře předvídatelného vývoje, který byl dán nikoli dobou, ve které byla původní smlouva uzavřena, nýbrž očekávatelnou potřebou navazující aktualizace systému, bez ohledu na důvody vzniku takové potřeby v budoucnu…“*. Obdobně na věc nahlížel i Nejvyšší správní soud v řízení o navazující kasační stížnosti (rozsudek č.j. 10 As 372/2019-56 ze dne 12.3.2020).

37. Nyní posuzovaná věc se odlišuje jen tím, že původní smlouvy byly uzavírány v době, kdy žalobce nebyl veřejným zadavatelem. Žalobce se stal veřejným zadavatelem teprve dne 1.5.2004 nabytím účinnosti zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách. Také v nyní posuzované věci však zdejší soud zastává názor, že není zásadně přijatelné, aby v minulosti uzavřené smlouvy vedly k tomu, že bude zadavatel „navždy“ s odkazem na tyto smlouvy využívat jednací řízení bez uveřejnění, s výjimkou případů, kdy by se aplikace přísného pohledu (jehož potřeba již byla dovozena shora) příčila obecnému vnímání konceptu spravedlnosti. Tu vychází zdejší soud z toho, že každá dílčí navazující smlouva o dílo – nešlo-li „jen“ o změnu původního závazku – uzavřená po 1.5.2004 byla samostatným zadáním veřejné zakázky. Každá navazující smlouva o dílo uzavřená po 1.5.2004, byť navazující na původní smlouvu, která byla uzavřena ještě v době, kdy žalobce nebyl veřejným zadavatelem, tak mohla z hlediska posouzení naplnění podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění založit (a také založila) stav exkluzivity. Zdejší soud si je i tentokrát vědom toho, že nelze tehdejší postup žalobce bez dalšího podrobit striktním měřítkům vyplývajícím z pozdějšího (ze současného) pohledu (již zmiňovaný bod 41. rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 60/2020-64 ze dne 30.11.2021), zároveň je však třeba přihlédnout k tomu, že po 1.5.2004 uzavřel žalobce ve vztahu k oběma systémům (TIC a CMOS) řadu (čtrnáct a dvacet šest) navazujících smluv. Vzhledem k tomuto značnému počtu navazujících smluv a dlouhému časovému úseku mezi okamžikem, kdy se žalobce stal veřejným zadavatelem (1.5.2004) a uzavřením smluv o dílo (19.4.2017 pro systém TIS a 18.1.2017 pro systém CMOS), ani při nanejvýš shovívavém náhledu právě z toho důvodu, že žalobce v minulosti nebyl veřejným zadavatelem, nelze podle přesvědčení zdejšího soudu přijmout tezi, že by bylo možné s využitím jednacího řízení bez uveřejnění upravovat (doplňovat) podmínky a rozsah původní spolupráce založené před 1.5.2004 „donekonečna“. Tu pokládá zdejší soud za přiléhavé posuzovat postup žalobce také v jeho celku – od uzavření původních smluv přes uzavírání navazujících smluv o dílo až po smlouvy o dílo, jež jsou předmětem nyní posuzované věci – a zkoumat, zda žalobce (poté, co se stal veřejným zadavatelem) činil aktivní kroky k omezení či odstranění stavu exkluzivity či naopak zda setrvával ve stavu „pohodlí“ založeném mírnou (volnou) kontraktační reglementací z doby, kdy ještě zadavatelem nebyl, čímž prohluboval svoji závislost na konkrétním dodavateli rozšiřováním funkcionalit systémů TIS a CMOS, tím spíše, byla-li potřeba budoucího rozšiřování těchto funkcionalit prakticky jistá. Žádné takové kroky přitom žalobce k omezení či odstranění stavu exkluzivity zjevně nečinil. Zdejší soud je přitom i zde přesvědčen, že by se nutně příčila rozumnému pohledu na zadavatelské prostředí klidná akceptace stavu exkluzivity, „navždy“ (po několik desetiletí) trvající, jen proto, že nově vznikající smlouvy navazují na smlouvy uzavřené „kdysi dávno“, a to i v situaci, kdy žalobce tyto původní smlouvy uzavíral ještě nikoli jako zadavatel.

38. Jestliže přitom žalovaný zareagoval na zjevně se opakující praxi žalobce teprve ve vztahu ke smlouvám o dílo, které byly uzavřeny až v roce 2017, nešlo podle zdejšího soudu o zásah do legitimně získané právní jistoty žalobce. Dovolává-li se přitom žalobce rozhodovací praxe žalovaného, pak podle zdejšího soudu nemohla dvě rozhodnutí žalovaného z let 2006 a 2007 vyvolat v žalobci legitimní očekávání ve vztahu k rozhodovací praxi v roce 2020; nota bene není-li v nyní posuzované věci sporu o to, že v minulosti byl náhled na využívání jednacího řízení bez uveřejnění výrazně mírnější (to je v zadavatelském prostředí notorietou).

39. Argumentace žalobce v tom směru, že navazujícími smlouvami o dílo nedošlo k rozšíření systému TIS (a obdobné platí také ve vztahu k systému CMOS), podle zdejšího soudu není způsobilá ovlivnit výsledek posouzení splnění zákonné podmínky především podle § 63 odst. 4 ZZVZ. Podstatnou otázkou totiž je, zda požadavek na úpravu systému – lhostejno, zda změny vedly ke změně či rozšíření funkcí programů (systémů) – vzešel na základě objektivně nepředvídatelné okolnosti. I běžný rozvoj technologie související s modernizací softwaru či hardwaru bez rozšiřování funkcí technologie je nepochybně navazujícím plnění, které je – při překročení zákonných limitů – obvykle třeba zadat v odpovídajícím druhu zadávacího řízení. Žalobce žalovanému ve vyjádřeních ze dne 4.12.2019 a ze dne 13.1.2020 sdělil, že nutnost úprav systému pramenila z legislativních změn (vyhláška o kybernetické bezpečnosti) včetně aktů Úřadu pro civilní letectví (směrnice Úřadu pro civilní letectví č. CAA/S-SLS-016-2/2012). Ačkoli byl žalobce žalovaným vyzván ke konkrétní identifikaci změn, které vyplývaly ze žalobcem tvrzené legislativy, žalobce svá tvrzení již dále nekonkretizoval. Neučinil-li tak žalobce, byla cesta k procesnímu neúspěchu prakticky jistá (srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 10 As 344/2019-60 ze dne 31.3.2021, podle něhož nepředložení konkrétního důkazního prostředku předurčuje procesní neúspěch i v situaci, kdy rozhodné okolnosti jsou detailně tvrzeny, srov. konkrétně bod 25. uvedeného rozsudku, v nyní posuzované věci nelze ovšem ani dovozovat ono detailní tvrzení).

40. Ve vztahu k systému TIS nadto podle investičního záměru, který prochází správním spisem, vyplývá, že byl pravidelně aktualizován (*„systém TIS se vyvíjí prostřednictvím pravidelných release“*) na základě uživatelských požadavků, směrnic, požadavků dalších subjektů a na základě legislativy. To odpovídá také předmětu smlouvy o dílo ze dne 19.4.2017, který byl podle odst. 3.1 vymezen jako „úprava chování systému TIS na základě uživatelských požadavků“ tam blíže konkretizovaných. Je tedy zřejmé, že obdobně jako u systému AisView byla potřeba úprav systému TIS vyvolána nejen legislativními důvody. Leží-li primárně na žalobci povinnost prokázat splnění podmínek pro oprávněné použití jednacího řízení bez uveřejnění (srov. též konstantní náhled zdejšího soudu vyjádřený v rozsudcích č.j. 62 Af 27/2018-119 ze dne 17.10.2019, č.j. 62 Af 30/2018-101 ze dne 17.10.2019, č.j. 62 Af 35/2018-235 ze dne 17.10.2019, č.j. 62 Af 13/2018-74 ze dne 10.10.2019, č.j. 62 Af 15/2018-217 ze dne 4.10.2019, č.j. 62 Af 20/2018-126 ze dne 4.10.2019, č.j. 62 Af 93/2017-94 ze dne 7.8.2019 a č.j. 62 Af 34/2018-223 ze dne 23.10.2019), měl žalobce precizně vymezit, k jakým konkrétním změnám systému TIS se vztahují legislativní změny (či jiné objektivní důvody) a ty pak podrobně uvést, a to nikoli pouze obecným odkazem na právní předpis či jiný akt dozorujícího orgánu. Za tohoto stavu nelze považovat za nezákonný postup žalovaného, který (bod 226. prvostupňového rozhodnutí) odmítl uplatnit požadavek na Úřad pro civilní letectví, aby se vyjádřil k právním předpisům a k jejich změnám, které dopadaly na žalobce, neboť pouze žalobce byl schopen v dostatečných skutkových podrobnostech identifikovat konkrétní funkcionality jeho programového vybavení (či jiné technologie), na které se legislativní změny či akty dozorujících orgánů údajně vztahovaly.

41. Je pravdou, že také předseda žalovaného v bodu 87. napadeného rozhodnutí vychází z toho, že stav exkluzivity byl založen teprve smlouvou o dílo ze dne 5.12.2005 (shodně prvostupňové rozhodnutí v bodu 224.), ačkoli poté, co se žalobce stal veřejným zadavatelem, byla již dříve uzavřena smlouva – příloha č. 25 ke smlouvě o dílo č. 3014/2083/02, a to dne 2.7.2004. Podle žalovaného (bod 237. prvostupňového rozhodnutí) totiž předmětem smlouvy ze dne 2.7.2004

byla *„…druhá fáze implementace systému TIS do systému CMOS v rozsahu realizace jednotlivých modulů TIS, testování jejich funkčnosti a zpracování příslušné dokumentace. Teprve další navazující smlouvou – Smlouvou o dílo č. 3014/2137/05 ze dne 5. 12. 2005 – došlo k zadání prvního navazujícího plnění, kterým byl původní poptávaný předmět plnění měněn na základě uživatelských požadavků…“*. Žalovaný tedy žalobci sdělil nosné důvody, na základě kterých dospěl k závěru, že stav exkluzivity byl založen teprve další smlouvou o dílo ze dne 5.12.2005, a zdejší soud s nimi nemá důvod v principu nesouhlasit. Podle odst. 1.1. smlouvy o dílo ze dne 5.12.2005 se dodavatel zavázal provést pro žalobce dílo, *„…které spočívá ve vývoji Technického informačního systému TIS dle specifikace uživatelských požadavků…“*. Zdejší soud nemá pochyb o tom, že smlouva o dílo ze dne 5.12.2005 byla nikterak vymykající se součástí řetězce navazujících smluv a vzhledem k tomu, že jednotlivými smlouvami byly zadány samostatné veřejné zakázky, jejichž společným znakem je návaznost na původní smlouvu ze dne 23.9.2003, pak napadené rozhodnutí by obstálo – bez ohledu na závěr žalovaného ve vztahu ke smlouvě o dílo ze dne 5.12.2005 – i v případě, že by byl stav exkluzivity založen (v zadavatelském postavení žalobce utvrzen) již smlouvou ze dne 2.7.2004.

42. Žalobce především neprokázal, že vyjma požadavků vyplývajících z vyhlášky o kybernetické bezpečnosti všechny další změny realizované v souvislosti se smlouvou o dílo ze dne 19.4.2017 byly vyvolány objektivně nepředvídatelnými důvody, a tedy že je podmínka podle § 63 odst. 4 ZZVZ splněna. Žalobce nemohl očekávat, že program TIS, který mimo jiné elektronizoval některé činnosti na pracovišti žalobce, bude užíván pouze krátkodobě (to plyne již z množství navazujících smluv). Ostatně již ve specifikaci uživatelských požadavků úvodní smlouvy o dílo ze dne 23.9.2003 byl systém TIS (na str. 1 v závěru) popsán tak, že *„…při práci na TS i ostatních pracovištích technických dohledů je neustále potřeba mít okamžitě k dispozici velké množství různých informací, které byly dříve dostupné v různé formě (papírové či elektronické), s různou zárukou aktuálnosti daných informací a na různých místech. TIS si proto klade za cíl shromáždit veškeré možné informace potřebné pro supervizory, technické dohledy, ale i všechny ostatní uživatele TIS, prezentovat je formou tabulek a záznamů v databázích a zároveň zaručit aktuálnost všech poskytovaných informací…“*. Je tedy zjevné, že žalobce pro význam tohoto informačního systému nemohl očekávat, že by jej provozoval pouze omezenou dobu, a nejpozději v okamžiku, kdy již jako veřejný zadavatel po 1.5.2004 uzavíral navazující smlouvy o dílo, měl s narůstajícím počtem navazujících smluv směřovat své aktivity k vyvázání se ze stavu exkluzivity. Nic v tomto směru přitom ze strany žalobce učiněno nebylo.

43. Také informační systém CMOS (centrální monitorovací a ovládací systém) podle sdělení žalobce ze dne 13.1.2020 nenahrazoval existující informační systém a jeho smyslem bylo „zastřešit“ jednotlivé technické systémy využívané žalobcem. Také v souvislosti se zdrojovými kódy k systému CMOS byla uzavřena smlouva o úschově zdrojových kódů č. 157/2015/PS/088 ze dne 12.5.2015. Na smlouvu o úschově zdrojových kódů odkazoval odst. 4.1 a 4.3 smlouvy o dílo ze dne 18.1.2017. Podle odst. 2.1. smlouvy o úschově zdrojových kódů měly být tyto kódy žalobci zpřístupněny pouze v případě, že dodavatel nebude schopen či ochoten zajistit řádné užívání a budoucí rozvoj systému. Z písemné zprávy zadavatele ze dne 18.1.2017 plyne, že přestože žalobce disponoval zdrojovými kódy, nebyly naplněny podmínky pro jejich užití. Formální podmínka podle § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ tudíž mohla být naplněna (ani žalovaný přitom nedospívá k závěru odlišnému).

44. Podle studie proveditelnosti pro investiční akci „Úprava HMI systému CMOS“ ze dne 9.11.2016 *„…systém CMOS slouží jako základní prostředek pro výkon služby na ITS. Jeho úkolem je přehledně zobrazit stav jednotlivých systémů v rámci ŘLP ČR, s.p. Systém CMOS monitoruje v plném rozsahu většinu požadovaných ATM systémů…“*. Jestliže je zjevné, že systém CMOS byl klíčovým informačním systémem, neboť v rámci něj byly implementovány dílčí systémy žalobce (kupříkladu sytém TIS), nemohl podle zdejšího soudu žalobce vycházet z toho, že nelze očekávat dlouhodobé provozování tohoto systému a v navazujících smlouvách poté, kdy se stal veřejným zadavatelem, tak mohl a měl předpokládat zadávání navazujících plnění. Takovým očekávatelným plněním je jistě obměna hardwaru a upgrade programového vybavení v souvislosti s plynutím času a

rozvojem technologií. V investičním záměru bylo mimo jiné uvedeno, že *„…vývoj systému CMOS začal v roce 2000, ve stávající formě je v provozu od roku 2006. V souvislosti se zabezpečením vysokého standardu bezpečnosti je potřeba udržovat aktuální (podporovanou) verzi softwarového platformy i hardwarové infrastruktury na patřičné výkonnostní úrovni…“* (str. 1 záměru). Takový postup je podle zdejšího soudu typickým navazujícím plněním (údržba systému a jeho vylepšování či další vývoj), které jistě bylo – při zohlednění významu systému CMOS pro žalobce – rozumně očekávatelné (předvídatelné).

45. Předmětem smlouvy o dílo ze dne 18.1.2017 byla úprava uživatelského rozhraní systému CMOS obsluhy v ITS IATCC, pro pracoviště technických dohledů i pro pracoviště technické obsluhy na regionálních letištích. Podmínkou pro úpravu uživatelského rozhraní bylo doplnění hardwarových prostředků systému CMOS a upgrade Citect pro systém CMOS v rozsahu dále specifikovaném v odst. 3.1. Jestliže žalobce v konkrétnostech nevymezil (str. 13 vyjádření ze dne 13.1.2020), na jaké konkrétní změny systému CMOS dopadaly bezpečnostní požadavky, pak podle zdejšího soudu žalobce neosvědčil existenci objektivně neočekávatelných okolností, které podle žalobce měly vyvolat neočekávanou potřebu zadání dodatečného plnění. Podle zdejšího soudu tak nebyla splněna materiální podmínka pro postup podle § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ.

46. Žalovaný měl podle žalobce pochybit také tím, že nezohlednil povinnosti žalobce vyplývající z předpisů upravujících kybernetickou bezpečnost. Žalobce prokázal, že opatřením obecné povahy Národního úřadu pro kybernetickou bezpečnost byly některé informační a komunikační systémy žalobce určeny prvky kritické infrastruktury. Na žalobce tak nepochybně dopadaly povinnosti vyplývající z § 4 odst. 4 zákona o kybernetické bezpečnosti v rozhodném znění, tedy zohlednit požadavky vyplývající z bezpečnostních opatření při výběru dodavatele pro jeho informační nebo komunikační systém a tyto požadavky zahrnout do smlouvy, kterou s dodavatelem uzavřel. Zohlednění požadavků vyplývajících z bezpečnostních opatření v míře nezbytné pro splnění povinností podle tohoto zákona nelze považovat za nezákonné omezení hospodářské soutěže nebo neodůvodněnou překážku hospodářské soutěži. Ze zákona o kybernetické bezpečnosti plyne povinnost zadavatele zohlednit požadavky vyplývající z bezpečnostních opatření jednak při výběru dodavatele a také po výběru dodavatele zahrnutím vhodných povinností dodavatele a práv zadavatele. Namítá-li tedy žalobce, že prostřednictvím kritérií technické kvalifikace mohl ověřit kapacity dodavatele, a to i ve vztahu k zajištění důvěrnosti žalobcem případně poskytnutých informací, pouze zpětně či nanejvýš ke dni zadání veřejné zakázky, dává mu zdejší soud za pravdu. Tu je však třeba přihlédnout k tomu, že zákon o kybernetické bezpečnosti předvídá, že pro řádné zajištění bezpečnosti významných dat, se kterými dodavatel přijde do styku, je klíčové především zohlednění specifik vyplývajících z bezpečnostních opatření ve smlouvě. Potřebnou důvěrnost údajů lze totiž zajistit prostřednictvím povinnosti zachovávat mlčenlivost, aniž by bylo nutné porušit postupy v oblasti zadávání veřejných zakázek (rozsudek Soudní dvora ze dne 5.12.1989, Komise proti Itálii, C-3/88). Byť je tedy žalobce nepochybně povinen dbát na dodržování povinností vyplývajících ze zákona o kybernetické bezpečnosti, nelze z této okolnosti dovodit automatickou možnost zadávat veřejné zakázky související s kritickou informační infrastrukturou výlučně v rámci jednacího řízení bez uveřejnění. Nic specifického v této souvislosti přitom žalobce netvrdí.

47. Podle žalobce porušil žalovaný rovněž zákaz retroaktivity, a to tím, že vycházel z metodiky Národního úřadu pro kybernetickou bezpečnost ze dne 4.1.2019. Je pravdou, že žalovaný z této metodiky citoval a odkázal na její závěry (bod 182. prvostupňového rozhodnutí). Smyslem metodiky bylo nepochybně poskytnout interpretační vodítko ve vztahu k interakci mezi zákonem o kybernetické bezpečnosti a ZZVZ. Jestliže žalovaný na metodiku odkázal či z ní vycházel, není takový postup v rozporu se zákonem. Metodika nebyla součástí právní úpravy, pouze interpretovala dotčené právní předpisy, pročež nelze z odkazu na ni dovozovat žádnou (zakázanou) retroaktivní aplikaci práva. Smyslem odkazu na metodiku Národního úřadu pro kybernetickou bezpečnost bylo nejvýše posílit argumentaci žalovaného.

48. Obdobně smyslem odkazu na později vydaný rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 20.3.2018 ve věci C-187/16 bylo podle přesvědčení zdejšího soudu pouze podpoření argumentace žalovaného v tom smyslu, že výklad ZZVZ ze strany žalovaného byl správný. Ani odkazem na rozhodovací praxi soudu z doby po uskutečnění žalobcova přestupkového jednání tak samozřejmě žalovaný (zakázaně) retroaktivně nepostupoval.

49. Žalobce dále namítá, že upgrade či aktualizace informačních systémů naplňuje zásadu hospodárnosti; pořízení nových informačních systémů by podle žalobce bylo výrazně nákladnější a vedlo by ke zmaření dosud vynaložených prostředků do stávajících informačních systémů. Žalovaný dospěl k závěru, že vzhledem k množství navazujících smluv nelze dovozovat, že by jiný způsob realizace žalobcem požadovaných úprav (kupříkladu v otevřeném řízení) nebyl hospodárnější, byť klíčové konkluzi žalovaného zdejší soud rozumí tak, že hospodárnost (sama o sobě) nemůže odůvodnit zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. S tím zdejší soud bez výhrad souhlasí. Případná „nešikovnost“ či „nedostatek obezřetnosti“ zadavatele může být sice ve zcela výjimečných – a obvykle spíše hypotetických – případech vyvážena hlediskem hospodárnosti, je však v takovém případě na zadavateli, aby předložil komplexní analýzu či jinými důkazy prokázal, že dílčí zadávací řízení navazující na „nešikovný postup“ zadavatele je prokazatelně hospodárnější ve srovnání s novým zadáním veřejné zakázky „na zelené louce“ (bod 88. rozsudku zdejšího soudu č.j. 30 Af 19/2019-115 ze dne 18.2.2021). Taková ekonomická analýza sice nemusí mít nutně formu znaleckého posudku (bod 53. rozsudku zdejšího soudu č.j. 29 Af 12/2018-108 ze dne 21.12.2021), musí však být předložena. V nyní posuzované věci žalobce své tvrzení, že dílčí navazující smlouvy jsou i ve svém souhrnu pro žalobce výhodnější ve srovnání s „novým“ („otevřeným“) zadáním poptávaných služeb, neprokázal a vlastně se o to ani nepokusil. Odkazem na principy „3E“ nelze obcházet podmínky pro využití jednotlivých druhů zadávacích řízení, které omezují – a v případě jednacího řízení bez uveřejnění vedeného s jedním dodavatelem, jako tomu bylo v nyní posuzované věci, zcela vylučují – hospodářskou soutěž. Nadto podle zdejšího soudu stěží může být opakované a dlouhodobé (ve skutečnosti „nekonečné“) rozšiřování smluvního instrumentaria založeného smluvními vztahy s jedním dodavatelem z dlouhodobého pohledu pokládáno za hospodárné.

50. Ke zpochybnění prvku žalobcova zavinění, jež prostupuje celou žalobou, pak zdejší soud dodává, že splnění tohoto prvku (naplnění tohoto znaku přestupku) odpovídá způsobení (či udržování) stavu exkluzivity zadavatelem v situaci, kdy musel s ohledem na individuální okolnosti uzavírání předchozí smlouvy předpokládat nutnost uzavření smluv na navazující plnění (obdobně například rozsudek zdejšího soudu č.j. 62 Af 112/2013-131 ze dne 15.10.2015), což bylo ve všech jednotlivých shora popsaných případech splněno. Opačný závěr, než k jakému dospěl žalovaný, nelze ani z obecného pohledu v kontextu shora shrnutých skutkových poměrů nyní posuzované věci pokládat vůči žalobci za nespravedlivý.

51. Zdejší soud tedy sdílí veškeré nosné důvody napadeného rozhodnutí. Žalovaný podle zdejšího soudu aplikoval správný právní předpis, v jeho mezích správnou právní normu, přitom pochybení, jež by mělo vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, se nedopustil ani při její aplikaci na zjištěný skutkový stav. Zdejší soud tak neshledal žalobní argumentaci důvodnou a nad rámec uplatněných žalobních bodů nezjistil ani žádnou vadu, jež by atakovala zákonnost napadeného rozhodnutí a k níž by musel přihlížet z úřední povinnosti. Proto zdejší soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

52. Zdejší soud neshledal rovněž žádný důvod k navrhovanému upuštění od uložení trestu ve smyslu § 78 odst. 2 s.ř.s. Je-li tento požadavek opírán o stručný argument žalobce, že *„jednotlivé skutky se nestaly nebo nejsou přestupky“*, pak ze shora uvedeného plyne, že žádný z těchto předpokladů splněn není. Přesvědčení žalobce (vyjádřené v bodu 126. žaloby, patrně však jen ve vztahu k návrhu na přiznání odkladného účinku žalobě), že *„s přihlédnutím k jeho činnosti je pokuta nepřiměřeně vysoká“*, je s ohledem na výši pokuty (180 000 Kč) snad jen přesvědčením předstíraným; ani samotná výše pokuty upuštění od potrestání podle zdejšího soudu neodůvodňuje.

V. Náklady řízení

53. Výrok o nákladech řízení se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, a proto právo na náhradu nákladů řízení nemá. Úspěšný byl žalovaný, tomu však podle obsahu soudního spisu nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti, a proto bylo rozhodnuto, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává.

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 nejblíže 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 8. července 2022

David Raus v.r.
předseda senátu