

ČÁST ČTVRTÁ

JEDNACÍ ŘÍZENÍ BEZ UVEŘEJNĚNÍ V IT VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH ANEB MOŽNÁ KOLIZE HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE A EFEKTIVNÍHO, ÚČELNÉHO A HOSPODÁRNÉHO VYNAKLÁDÁNÍ VEŘEJNÝCH PROSTŘEDKŮ

V souladu s § 2 odst. 3 ZZVZ je zadavatel povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, není-li zákonem stanoveno jinak.¹⁸⁶

Zákon definuje celkem osm druhů zadávacího řízení jakožto procesního postupu zadavatele směřujícího k zadání veřejné zakázky vybranému dodavateli, a to:

- zjednodušené podlimitní řízení,
- otevřené řízení,
- užší řízení,
- jednací řízení bez uveřejnění,
- jednací řízení s uveřejněním,
- řízení o inovačním partnerství,
- koncesní řízení a
- řízení pro zadání veřejné zakázky ve zjednodušeném režimu.

Obecně lze druhy zadávacích řízení rozdělit na ty, které zadavatel může využít bez dalšího, a naopak na ty, k jejichž využití lze přistoupit pouze **za předpokladu splnění zákonem stanovených podmínek**. Jedním z nich je právě jednací řízení bez uveřejnění. Ještě předtím, než se zadavatel rozhodne tento druh zadávacího řízení využít, musí mít jistotu, že podmínky pro jeho použití jsou skutečně splněny. V opačném případě se totiž vystavuje riziku postihu, a to nejen ze strany Úřadu, ale též například finančního úřadu pro porušení rozpočtové kázně či poskytovatelů dotace v případě (spolu)financování předmětné veřejné zakázky z dotace.

Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny zákonem stanovené podmínky, představuje přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, za jehož spáchání hrozí pokuta až do 10 % ceny veřejné zakázky [viz § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ]. Vedle toho rovněž hrozí uložení zákazu plnit uzavřenou smlouvu na veřejnou zakázku [viz § 254 odst. 1 písm. a) ZZVZ].

¹⁸⁶ Výjimky z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení jsou zákonem stanoveny v § 29, § 30, § 31, § 158 až 160 (u sektorových veřejných zakázek), § 177, § 178 (u koncesí) a § 191 (u veřejných zakázek v oblasti obrany a bezpečnosti).

Právní předpis

§ 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ:

„Zadavatel se dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená [pozn. aut.: zákonem] pro zadání veřejné zakázky [...], přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele [...] a zadá veřejnou zakázku [...]“

V **jednacím řízení bez uveřejnění** prakticky **chybí prvek hospodářské soutěže**. Současně je pro tento druh zadávacího řízení typické, že je zde **nejnižší míra transparentnosti a veřejné kontroly**, neboť se v mnoha ohledech shoduje s běžným soukromoprávním kontraktačním procesem. Zadavatel vstupuje do smluvního vztahu s konkrétním předem vybraným dodavatelem¹⁸⁷ bez toho, aby měl povinnost předtím oslovit více dodavatelů, kteří mezi sebou budou o smluvní vztah „soutěžit“, jako je tomu v ostatních druzích zadávacího řízení.

V souladu s primárním účelem regulace zadávání veřejných zakázek, kterým je ochrana účinné hospodářské soutěže, je logické, že zákon striktně omezuje možnost využívání tohoto druhu zadávacího řízení. **Možnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je vázána na naplnění taxativně vymezených podmínek**. Při splnění těchto podmínek ze strany zadavatele je tak ono omezení hospodářské soutěže zákonem aprobováno. V souladu s ustálenou judikaturou, českou i evropskou, a rozhodovací praxí Úřadu je však nutno tyto podmínky vykládat **restriktivně**, přičemž **důkazní břemeno jejich naplnění nese zadavatel**.¹⁸⁸

Zákonné podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění **musejí být splněny v okamžiku zahájení jednacího řízení bez uveřejnění**. Zadavatel tedy již v okamžiku zahájení jednacího řízení bez uveřejnění musí mít postaveno najištěno, že jsou na jeho straně dány konkrétní specifické důvody, jež by měl umět přesně pojmenovat právě v okamžiku, kdy se rozhodne danou veřejnou zakázku zadávat v jednacím řízení bez uveřejnění, a současně by měl být schopen naplnění těchto důvodů i v budoucnu obhájit.

¹⁸⁷ Ačkoliv není vyloučeno, aby dodavatel i v jednacím řízení bez uveřejnění oslovil i více dodavatelů, v praxi je běžnější oslovení pouze jediného dodavatele.

¹⁸⁸ Srov. rozsudek SDEU ze dne 10. 3. 1987, C-199/85, *Komise proti Itálii*, rozsudek SDEU ze dne 28. 3. 1996, C-318/94, *Komise proti Německu*, rozsudek SDEU ze dne 3. 3. 2004, C-395/02, *Transport Service NV proti Belgii*; či rozsudky tuzemských správních soudů – např. rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 3. 10. 2013 č. j. 62 Af 48/2012-160, ze dne 13. 1. 2015 č. j. 62 Af 95/2013-74, ze dne 10. 7. 2014 č. j. 62 Af 93/2013-34, ze dne 28. 6. 2017 č. j. 31 Af 35/2015-80; a rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 11. 2015 č. j. 3 As 18/2015-32, ze dne 31. 8. 2016 č. j. 8 As 149/2014-68 a ze dne 11. 1. 2013 č. j. 5 Afs 42/2013-53, podle nichž důkazní břemeno ohledně existence okolností opravňujících k použití jednacího řízení bez uveřejnění leží na tom, kdo se jich dovolává.

Judikatura

KS v Brně 62 Afs 27/2018 ze dne 17. 10. 2019:

„Volí-li zadavatel výjimečný postup jež spočívá v uzavření smlouvy na veřejnou zakázku bez jakéhokoli nutného uveřejnění, to znamená bez reálné možnosti dodavatelů získat povědomí o zadávané veřejné zakázce, je to tedy právě on, kdo musí mít před zahájením takového postupu postaveno najisto, že jsou pro to naplněny konkrétní důvody. Za zadavatele tedy takové důvody vskutku nikdo (ÚOHS) sám domýšlet nemůže jednoduše již proto, že konkrétní okolnosti na straně zadavatele zpravidla nemůže znát.“

Zákon rozlišuje mezi obecnými a zvláštními podmínkami pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Předmětem dalšího pojednání budou s ohledem na jejich **uplatňování ve veřejných zakázkách v oblasti IT** právě obecné podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, které jsou upraveny v **§ 63 ZZVZ** a které se uplatní u všech druhů veřejných zakázek, tj. na dodávky, služby i stavební práce.¹⁸⁹

Jednou z podmínek umožňujících zadavateli využít jednací řízení bez uveřejnění (a jak bude dále uvedeno, právě v oblasti IT veřejných zakázek též často využívanou) je **existence výhradních práv, pro která je předmět konkrétní veřejné zakázky realizovatelný pouze určitým konkrétním dodavatelem** [viz § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ], a to dodavatelem, který je nositelem výhradních majetkových práv autorských k informačnímu systému, který pro zadavatele v minulosti vyvinul. Jakýkoliv jiný dodavatel, který není nositelem výhradních práv, není za předpokladu, že mu taková oprávnění nemůže garantovat zadavatel, způsobilý legálně předmět plnění realizovat, a zadavatel tak nemá jinou možnost než veřejnou zakázku zadat pouze a jedině dodavateli, kterému výhradní majetková práva náleží.

Právní předpis

§ 63 odst. 3 ZZVZ:

„Zadavatel může také použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť a) předmětem plnění veřejné zakázky je jedinečné umělecké dílo nebo výkon, b) z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž, nebo c) je to **nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví.**“

¹⁸⁹ Vedle toho jsou pak v § 64 ZZVZ upraveny zvláštní podmínky pro veřejné zakázky na dodávky, v § 65 ZZVZ pro veřejné zakázky na služby a v § 66 ZZVZ pro veřejné zakázky na stavební práce.

§ 63 odst. 4 ZZVZ:

„Podmínky podle odstavce 3 písm. b) a c) jsou splněny pouze v takovém případě, že nelze využít jiného postupu¹⁹⁰ a že zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.“

Právě při zadávání veřejných zakázek v oblasti informačních technologií vystává, zejména s ohledem na níže uvedenou sérii rozhodnutí Úřadu, v nichž bylo bez dalšího konstatováno pochybení jednotlivých zadavatelů spočívající v zadání IT veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění, otázka, zda nemohou dva zákonem chráněné zájmy, resp. principy ovládající právo veřejných zakázek, tj. ochrana hospodářské soutěže na straně jedné a efektivní, účelné a hospodárné vynakládání veřejných prostředků na straně druhé, za určitých okolností stát ve vzájemném rozporu.

Nemůže striktní dodržování pravidel zákona za určitých okolností vést napak k neefektivnímu, neúčelnému a nehospodárnému vynakládání veřejných prostředků? Je namístě prosazovat ochranu hospodářské soutěže i za cenu „plýtvání“ s veřejnými prostředky? Kterému z principů v takovém případě dát přednost? Existuje vůbec legální cesta, jak jeden z chráněných zájmů upřednostnit, zatímco druhý z principů bude upozaděn, aniž by se zadavatel současně vystavil riziku pochybení, za které bude následně potrestán, ať už v rovině právní, či politické? Intenzita pochybností o možném střetu základních principů ovládajících zadávání veřejných zakázek pak sílí zejména v souvislosti s úvahami nad možnostmi dalšího postupu těchto zadavatelů do budoucna, jednak při zadávání veřejných zakázek navazujících na stávající informační systémy a software, jednak při zadávání veřejných zakázek na dodávku zcela nových informačních systémů.¹⁹¹

I. FENOMÉN JMÉNEM VENDOR LOCK-IN¹⁹²

Pojem, který se danou problematikou line jako ona červená nit a mezi odbornou veřejností rezonuje již několik let, je tzv. vendor lock-in. Je to totiž právě vendor lock-in, který je příčinou toho, proč se zadavatelé tak často uchylují k zadávání IT veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění.

Vendor lock-in (rovněž označován jako tzv. **proprietární uzamčení**) je možno ve zkratce definovat jako **stav, kdy zadavatel nemůže změnit či zpřístupnit dílo (software) vytvořené dodavatelem bez jeho souhlasu, a to z důvodu existence**

¹⁹⁰ Projednávaná novela nahrazuje pojem „postup“ slovním spojením „přiměřené řešení“.

¹⁹¹ KÁNOVÁ, M. Kolize hospodářské soutěže a principů 3E – veřejné zakázky v oblasti IT. *Obchodní právo*. 2020, č. 4, s. 22–35.

¹⁹² Tamtéž.

autorských práv dodavatele k softwaru, kvůli čemuž se zadavatel ocitá ve stavu závislosti na službě konkrétního dodavatele. Jde přitom o definici tzv. právního vendor lock-in, o kterém primárně pojednává tato část. Vedle něj však existuje i technický či technologický vendor lock-in, o kterém se však příliš nehovoří, přestože může vést ke stejným či obdobným důsledkům jako ten právní.

Dostane-li se zadavatel do stavu „uzamčení“ (v důsledku právního vendor lock-in), tak jediným způsobem vymanění se ze závislosti na konkrétním dodavateli často bývá pořízení zcela nového informačního systému. Je to ovšem zpravidla velmi nákladné a současně velmi technicky a časově náročné řešení, při němž je nezbytné zajistit plynulý přechod na nový informační systém, včetně migrace dat. Zejména u systémů, které tvoří kritickou informační infrastrukturu státu či spadají do kategorie informačních systémů dotčených zákonem č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti, ve znění pozdějších předpisů. Zpravidla nebude přípustné, aby došlo k výpadku ve funkcionalitách zajišťovaných nahrazovaným systémem, a zadavatelé se tak zřejmě nevyhnou opět nákladnému paralelnímu provozu starého a nového systému.

Je nepochybné, že existence vendor lock-in je problémem a principiálně se jedná v oblasti IT zakázek o nežádoucí jev právě s ohledem na jeho průvodní jevy, jímž je potlačení soutěže. **Jeho existence je důsledkem nezkušenosti zadavatelů v minulosti** – veřejné zakázky v oblasti IT byly a stále ještě jsou s ohledem na složitost všech souvisejících práv, zejména autorských a licenčních, velmi se odlišujícími od jakýchkoliv jiných veřejných zakázek. Svou roli hrála taktéž absence dlouhodobé strategie pro využívání informačních systémů nejen na úrovni jednotlivých zadavatelů, ale i na úrovni centrální. Odhlédnout nelze ani od vyjednávací síly velkých a silných IT společností, o to více v minulosti, v době uzavírání původních smluv.

V žádném případě se však nejedná o jev, s nímž se bojuje pouze v České republice. Svědčí o tom mimo jiné existence sdělení Evropské komise k budování otevřených systémů informačních a komunikačních technologií prostřednictvím lepšího využití standardů při zadávání veřejných zakázek ze dne 25. 6. 2013.¹⁹³ Z praxe jsou již známy způsoby řešení tohoto problému v jiných státech. Za zmínku jistě stojí tzv. lotyšské řešení, kde byl již v roce 1995 přijat zákon o povinnosti dodavatelů odevzdat zdrojové kódy u každé veřejné zakázky financované z veřejných prostředků.¹⁹⁴ Na Islandu pak již vůbec neprobíhá soutěž o IT systém, namísto toho

¹⁹³ Srov. Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů. *Prevence závislosti na poskytovateli: budování otevřených systémů informačních a komunikačních technologií prostřednictvím lepšího využití standardů při zadávání veřejných zakázek.* COM/2013/0455 final. 25. 6. 2013.

¹⁹⁴ Srov. KRAČÚN, J. *Vendor lock-in v zadávání IT systémů* [prezentace]. Brno: Rok zkušeností s novým zákonem. 5. 10. 2017. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže.

se soutěží pracovní tým, který vypracuje návrh řešení, resp. technickou specifikaci, a následně tento tým nebo vybraný dodavatel zajistí realizaci technického řešení.¹⁹⁵ Ve Slovinsku v roce 2017 přistoupili k systémovému opatření spočívajícímu v centralizaci zadávání IT veřejných zakázek.¹⁹⁶

II. BOJ PROTI JEDNACÍMU ŘÍZENÍ BEZ UVEŘEJNĚNÍ V IT VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH¹⁹⁷

Boj proti jednacímu řízení bez uveřejnění v IT veřejných zakázkách, resp. boj proti vendor lock-in, v České republice zintenzivnil zhruba v **polovině roku 2016**, kdy se **Úřad** na základě podnětu od orgánů činných v trestním řízení učiněného v souvislosti s „kauzou Opencard“ **začal zabývat způsobem zadávání veřejných zakázek týkajících se informačních systémů**, resp. zakázkami na jejich rozvoj, vývoj, rozšíření, technickou a provozní podporu, zajištění provozu, rozšíření funkcionalit, zhodnocení, maintenance atd., a to **napříč celou veřejnou správou**.

Jednotlícím prvkem všech těchto zadavatelů a konkrétních veřejných zakázek bylo jejich zadání právě v jednácím řízení bez uveřejnění s odkazem na výhradní práva konkrétních dodavatelů k předmětným zadavateli využívaným informačním systémům, tedy právě s odkazem na § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, který obsahoval obdobnou úpravu jako současný § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ.

Výsledek tohoto šetření? Zahajování správních řízení z moci úřední, v jejichž rámci Úřad v průběhu druhé poloviny roku 2017 udělil 12 zadavatelům celkem 33 pokut v souhrnné výši 12 597 000 Kč. Hodnota dotčených přezkoumávaných veřejných zakázek přitom činila téměř jednu miliardu, konkrétně 979 162 218 Kč bez DPH.¹⁹⁸

Ve všech těchto případech tedy Úřad dovodil, že **podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění nebyly naplněny**, resp. **zadavatelé** jejich naplnění neprokázali, **neunesli důkazní břemeno**. Stěžejním argumentem přitom bylo, že zadavatelé se do situace, kdy museli přezkoumávané veřejné zakázky zadat konkrétnímu zadavateli, dostali svým vlastním jednáním, protože si svým vlastním jednáním vytvořili podmínky, které umožňovaly zadání těchto zakázek pouze konkrétnímu dodavateli.

¹⁹⁵ Tamtéž.

¹⁹⁶ Tamtéž.

¹⁹⁷ KÁŇOVÁ, M. Kolize hospodářské soutěže a principů 3E – veřejné zakázky v oblasti IT. *Obchodní právo*. 2020, č. 4, s. 22–35.

¹⁹⁸ Jedná se o údaje vycházející z údajů obsažených v rozhodnutích Úřadu, která jsou identifikována v poznámce pod čarou č. 30.

1. Kauza „Ministerstvo zemědělství“

Pro lepší pochopení všech souvislostí je nutné ještě dříve, než bude identifikován skutečný problém vyplývající z uvedených rozhodnutí Úřadu pro „potrestané“ zadavatele, pro něž je uložena pokuta, mimo jiné i s ohledem na její výši v konkrétních případech, zřejmě tím nejmenším, zrekapitulovat vývoj rozhodovací praxe v této oblasti.

O tom, že naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění s odkazem na § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ v oblasti informačních technologií bylo sporné prakticky vždy, svědčí **kauza týkající se Ministerstva zemědělství**, v jejímž rámci byla předmětem přezkumu ze strany Úřadu veřejná zakázka s názvem „Systémová centralizace v rámci resortu MZe“, přičemž tento proces měl navazovat na služby poskytované osloveným dodavatelem na základě jiné veřejné zakázky a mělo se tak jednat pouze o modifikaci a rozšíření stávající infrastruktury informačních technologií Ministerstva zemědělství.

Úřad v této kauze poprvé rozhodl již v říjnu 2009,¹⁹⁹ když konstatoval, že Ministerstvo zemědělství se v posuzované veřejné zakázce dopustilo správního deliktu,²⁰⁰ neboť nebyly naplněny podmínky pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Rozhodnutí Úřadu, stejně jako navazující rozhodnutí předsedy Úřadu,²⁰¹ však bylo zrušeno rozsudkem Krajského soudu v Brně v dubnu 2012,²⁰² který byl následně potvrzen Nejvyšším správním soudem v lednu 2013.²⁰³

Nejvyšší správní soud poté, co dovodil objektivní existenci výhradních práv, konstatoval, že zadavatel se musí zabývat rovněž ekonomickou stránkou věci, tj. **srovnáním nákladů na realizaci zakázky stávajícím a novým dodavatelem.**

Judikatura

NSS 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013:

„Protože cílem zákona je zejména zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelovosti nakládání s veřejnými prostředky, musí zadavatel dbát na to, aby se veřejné zadávání uskutečnilo za podmínek hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí. Zadavatel si musí zjistit **a ověřit, zda**, než použije jednací řízení bez uveřejnění, u kterého se upřednostňují jiné zájmy spíše než transparentní a hospodárné zadání veřejné zakázky, **nelze existenci výhradních práv za splnění podmínky ekonomické výhodnosti nepoužít nebo rozšířit tak, aby se již nejednalo o práva výhradní.**“

¹⁹⁹ Rozhodnutí Úřadu ze dne 15. 10. 2009 č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-12164/2009/510/HOD.

²⁰⁰ Za spáchání tohoto deliktu byla Ministerstvu zemědělství uložena pokuta 800 000 Kč.

²⁰¹ Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 27. 7. 2010 sp. zn. ÚOHS-R160/2009/VZ.

²⁰² Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2012 č. j. 62 Af 61/2010-332.

²⁰³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013 č. j. 5 Afs 42/2012-53.

Uvedeného mohl zadavatel dle Nejvyššího správního soudu dosáhnout dvěma způsoby – jedním je výstavba systému tzv. na zelené louce a druhým je odkoupení či rozšíření licence takovým způsobem, aby se o veřejnou zakázku mohl ucházet i jiný dodavatel. V posuzovaném případě byla první varianta shledána jako neekonomická, což Nejvyšší správní soud nijak nerozporoval. Druhá varianta pak nebyla fakticky možná, neboť stávající dodavatel odmítl udělit souhlas k zasahování do svého autorského díla.

Ačkoli Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že si zadavatel svým postupem v předcházející veřejné zakázce vytvořil určitá právní omezení (licenční ujednání), která neumožňují navázat na danou zakázku nikým jiným než původním dodavatelem, avšak akcentoval, že je nutno toto zadavatelovo chování posuzovat z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky.

Judikatura

NSS 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013:

„Pokud zadavatel bude požadovat například komentovaný zdrojový kód a povolení k tomu, aby dál mohl rozvíjet software pomocí třetí osoby či širší licenční oprávnění, tak bude zajisté předchozí veřejná zakázka finančně náročnější, protože dodavatel bude požadovat finanční prostředky navíc. Je proto otázkou účelnosti takto vynaložených veřejných prostředků, jestli je správné, aby si zadavatel vyhrazoval práva, o kterých nelze v době přípravy zadávacího řízení rozumně očekávat, že nastanou. Pokud v průběhu životnosti softwaru nastane z hlediska zadavatele objektivní změna (nová legislativa, nové manažerské rozhodnutí nadřízených orgánů), tak může nastat situace, kdy by vyloučení použití jednacích řízení bez upozornění fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software.“

Jelikož napadená rozhodnutí Úřadu, resp. předsedy Úřadu, byla postavena na závěrech, že zadavatel stav exkluzivity původního zadavatele sám způsobil, zabýval se Nejvyšší správní soud i touto otázkou. V této souvislosti zopakoval s odkazem na jiný rozsudek,²⁰⁴ že jednacím řízením bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Nicméně v souvislosti s konkrétním skutkovým stavem konstatoval, že je třeba velmi pečlivě **vážít, zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný.**

Nejvyšší správní soud mimo jiné poukazyval i na to, že **nebyla prokázána účelovost jednání zadavatele**, resp. jeho jednání *contra legem*, resp. *in fraudem legis*.

²⁰⁴ Rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 5. 11. 2002 č. j. 2 A 3/2002-75.

Judikatura

NSS 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013:

„V postupu zadavatele není možno shledávat účelovost a úmysl obejít zákon o veřejných zakázkách při zadávání návazných veřejných zakázek. Původní veřejné zakázky zadával zadavatel prokazatelně, aniž by měl vědomí o tom, že v budoucnu mu vznikne potřeba zadat dotčené veřejné zakázky. Rovněž je třeba zdůraznit, že stav exkluzivity nebyl vytvořen zadavatelem a nevznikl samoučelně, ale byl přirozenou součástí předmětu plnění, resp. neoddělitelným důsledkem toho, že v rámci předmětu plnění vznikala autorská díla ve smyslu § 2 autorského zákona.“

Soudy tedy v této kauze dle mého názoru ve světle skutkových okolností případu daly přednost principu efektivnosti, účelnosti a hospodárnosti. Současně je však třeba říci, že míru benevolence, kterou lze nalézt v argumentaci Nejvyššího správního soudu, v žádném případě nelze (mimo jiné i s ohledem na následný vývoj judikatury a rozhodovací praxe) vztáhnout k současným postupům zadavatelů, neboť úroveň obecného povědomí stejně jako legislativy věnující se oblasti IT je mnohem dále.

2. Kauza „Opencard“²⁰⁵

Další a velmi zásadní kauzou týkající se otázky jednacího řízení bez uveřejnění a výhradních majetkových práv je tzv. **kauza Opencard**. Jedná se o onu multifunkční čipovou kartu pro obyvatele a návštěvníky Prahy, s jejímž vývojem bylo započato už v roce 2006. Přestože, nebo právě proto, že již v roce 2015 veřejně dostupné zdroje uváděly, že Opencard stála hlavní město Prahu již 1,74 mld. Kč,²⁰⁶ byla tato červená plastová kartička nahrazena na počátku roku 2016 zelenou „lítačkou“. Opencard se již nevydává a platnost posledních z nich skončila v roce 2020.²⁰⁷

Mediálně velmi známé jsou trestněprávní dopady kauzy Opencard. Obžalování byli jak úředníci Magistrátu hl. města Prahy, tak jeho radní. Soudy ukládaly tresty odnětí svobody, pokuty a následně některé obžalované obžaloby zprostil. V souvislosti s kauzou Opencard dokonce vznikla parlamentní vyšetřovací komise.

²⁰⁵ KÁŇOVÁ, M. Kolize hospodářské soutěže a principů 3E – veřejné zakázky v oblasti IT. *Obchodní právo*. 2020, č. 4, s. 22–35.

²⁰⁶ Viz Investice a provoz karty Opencard stály hl. m. Prahu už 1,74 miliardy korun. *Praha.eu* [online]. 27. 4. 2015. Dostupné z: [https://www.praha.eu/jnp/cz/o_meste/magistrat/tiskovy_servis/tiskove_zpravy/investice_a_provoz_karty_opencard_staly\\$5465-export.html](https://www.praha.eu/jnp/cz/o_meste/magistrat/tiskovy_servis/tiskove_zpravy/investice_a_provoz_karty_opencard_staly$5465-export.html)

²⁰⁷ Srov. Opencard v pražské dopravě končí, město ji nezařadí do nového systému. *Idnes.cz* [online]. 12. 6. 2018. Dostupné z: https://www.idnes.cz/praha/zpravy/opencard-litacka-konec-mestska-hromadna-doprava.A180612_101133_praha-zpravy_nuc