



UOHSX002VNAQ

PŘESED A PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R160/2009/VZ-11065/2010/310-ASc

V Brně dne: 27.7.2010

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 3.11.2009 zadavatelem -

- **Českou republikou – Ministerstvem zemědělství**, se sídlem Těšnov 17, 117 05 Praha 1, IČ 00020478, ve správním řízení na základě plné moci ze dne 4.9.2009 zastoupeným JUDr. Vilémem Podešvou, advokátem, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4, IČ 69703477,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.10.2009, č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-12164/2009/510/HOd, o přezkoumání úkonů zadavatele, učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Systémová centralizace v rámci resortu Mze**“, dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 10.4.2009, kde dalším účastníkem správního řízení je vybraný uchazeč –

- **Telefónica O2 Czech Republic, a. s.**, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle, IČ 60193336, za niž jednájí Salvador Anglada Gonzales, předseda představenstva, a Ing. Juraj Šedivý, 1. místopředseda představenstva,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.10.2009, č.j. ÚOHS-S109/2009/VZ-12164/2009/510/HOd

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Česká republika – Ministerstvo zemědělství, se sídlem Těšnov 17, 117 05 Praha 1, IČ 00020478, ve správním řízení na základě plné moci ze dne 4.9.2009 zastoupená JUDr. Vilémem Podešvou, advokátem, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4, IČ 69703477 (dále jen „zadavatel“), zadala podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) na základě výzvy k jednání ze dne 10.4.2009 učiněné uchazeči Telefónica O2 Czech Republic, a. s., se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle, IČ 60193336, za níž jednájí Salvador Anglada Gonzales, předseda představenstva, a Ing. Juraj Šedivý, 1. místopředseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“) veřejnou zakázku „Systémová centralizace v rámci resortu Mze“ (dále jen „veřejná zakázka“), a to v jednacím řízení bez uveřejnění.
2. Z předložené zadávací dokumentace o dané veřejné zakázce Úřad zjistil, že zadavatel dne 24.4.2009 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo na plnění předmětné veřejné zakázky v ceně 199 000 000,- Kč bez DPH, jednalo se tak o částku ve výši 236 810 000,- Kč včetně DPH. Z předložené zadávací dokumentace a stanoviska zadavatele ke způsobu zadání veřejné zakázky ohledně použití jednacím řízení bez uveřejnění vyplynulo, že zadavatel jej odůvodnil návazností na předchozí realizované veřejné zakázky, a sice veřejnou zakázku „Služby správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“, zadané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 4.7.2007 pod evidenčním číslem 60008999, ve znění opravy uveřejněné dne 10.8.2007 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5.7.2007 pod evidenčním číslem 2007/S 127-155769, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 11.8.2007, a veřejnou zakázku „Rozšíření služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“, zadané v jednacím řízení bez uveřejnění pod evidenčním číslem 60023504, které byly plněny vybraným uchazečem. Zadavatel jej odůvodnil také nutností zasahování do autorských děl vytvořených v rámci plnění uvedených veřejných zakázek, přičemž podle odůvodnění použití jednacím řízení bez uveřejnění ve výzvě k jednání nelze oprávněně předpokládat, že vybraný uchazeč udělí souhlas k provádění změn v autorském díle jiným subjektem.

3. Jelikož po posouzení informací uvedených v tisku (Mladá fronta DNES) získal Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) v rámci předmětné veřejné zakázky pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední.
4. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-4968/2009/510/HOd ze dne 24.4.2009, ve kterém jej seznámil s pochybnostmi o zákonnosti postupu zadavatele. Usnesením č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-4969/2009/510/HOd ze dne 24.4.2009 pak Úřad stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – zaslání písemného stanoviska k volbě způsobu zadání veřejné zakázky a doložení kompletní dokumentace o veřejné zakázce, a dále podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu.
5. Dne 27.4.2009 bylo z moci úřední podle § 113 odst. 1 zákona zahájeno předmětné správní řízení, a to doručením oznámení o zahájení správního řízení zadavateli. Rozhodnutím ze dne 24.4.2009 č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-4971/2009/510/HOd o předběžném opatření Úřad uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v daném zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude dané správní řízení ukončeno. Vydání předběžného opatření Úřad odůvodnil pochybnostmi o souladu postupu zadavatele se zákonem v souvislosti s použitím jednacímho řízení bez uveřejnění podle § 23 zákona.

Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 15.10.2009 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-12164/2009/510/HOd, v němž konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem uzavřel smlouvu na plnění této veřejné zakázky. Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu ve smyslu ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za jehož spáchání uložil zadavateli pokutu ve výši 800 000,- Kč.
7. V první části odůvodnění rozhodnutí Úřad poukázal na příslušná ustanovení zákona, z nichž vyplývá, že jednacím řízení bez uveřejnění je typem uzavřeného zadávacímho řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců. Z obecného hlediska je použití jednacímho řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek, a to proto, aby tohoto typu zadávacímho řízení bylo využíváno jen za podmínek, kdy uspokojení potřeby zadavatele není (nebo nebylo) možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných uchazečů, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v § 23 zákona.
8. Úřad se v prvostupňovém rozhodnutí následně zabývá problematikou odůvodnění použití jednacímho řízení bez uveřejnění ve výzvě k jednání ze dne 10.4.2009. Úřad podotkl, že

zadavatel v předmětné výzvě k jednání konstatoval, že v daném případě byly splněny podmínky obsažené v ust. § 23 odst. 4 zákona, neboť veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů a důvodů ochrany výhradních práv autora pouze vybraným uchazečem. Úřad dále poznamenal, že z obsahu předmětné výzvy vyplývá, že zadavatel připustil plnění realizace veřejné zakázky jiným dodavatelem s tím, že by však byl vytvářen paralelní systém, který by z důvodu nevyužití systémových a aplikačních návazností na již realizované plnění neumožňoval dosažení požadovaných výsledků (aniž by zadavatel specifikoval, jakých výsledků by mělo být realizací veřejné zakázky dosaženo). Zadavatel tak dle Úřadu nevyloučil možnost plnění veřejné zakázky jiným dodavatelem, avšak s odlišným řešením dané veřejné zakázky v důsledku nevyužití některých systémových a aplikačních návazností. Ze strany zadavatele nelze připustit zvýhodnění jediného uchazeče v důsledku neodůvodněně omezující specifikace předmětu plnění veřejné zakázky neumožňující předložit jiné řešení. Podotkl, že ačkoli je stanovení předmětu veřejné zakázky zcela v kompetenci zadavatele, nelze stanovením technických podmínek připustit diskriminaci některých dodavatelů.

9. Zadavatel ve výzvě k jednání dle Úřadu konkrétním způsobem nspecifikoval, na které prvky plnění realizovaného v rámci veřejných zakázek „Služby správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“ a „Rozšíření služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“ (dále jen „předchozí veřejné zakázky“) bude navázáno, a které součásti těchto plnění, nezbytné pro realizaci dané veřejné zakázky, požívají ochrany podle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (dále jen „autorský zákon“). Z písemného zdůvodnění tak není zřejmé ani to, jakým způsobem by mělo být plnění veřejné zakázky navázáno na plnění realizované v rámci předchozích veřejných zakázek, a kterých autorských děl vytvořených v rámci realizace těchto veřejných zakázek se plnění veřejné zakázky bude týkat. Dle Úřadu z předložené dokumentace nevyplývá, že by zadavatel požádal vybraného uchazeče o udělení souhlasu k provádění změn autorských děl třetími subjekty.
10. Úřad se v další části odůvodnění napadeného rozhodnutí soustředil na odůvodnění použití jednacího řízení bez uveřejnění, tentokrát ve znaleckém posudku Ing. Ladislava Kolaříka, CSc. Ten ve znaleckém posudku ze dne 6.4.2009 mimo jiné uvádí, že projekt systémové centralizace zahrnuje z technologického hlediska čtyři klíčové oblasti. V souvislosti s první z nich uvedl, že jejím cílem je dosažení souladu s trendy bezpečného provozu informačních systémů, přičemž poptávané řešení je obecně považováno za standard vysokého zabezpečení. Uvedl, že pro nasazení této oblasti je nutné znát komplexní infrastrukturu prostředí a chování aplikací. Dle znalce je výběr vybraného uchazeče v této oblasti logickou formou jistoty požadovaného efektu v maximalistickém provedení. Hlavním cílem druhé oblasti „Přizpůsobení havarijních plánů a recovery postupů novým požadavkům na vyšší dostupnost systémů“ je dle posudku implementace opatření minimalizujících rizika pro uživatele IT systémů zadavatele v případě nedostupnosti některého ze systémů. Přizpůsobení havarijních plánů a recovery postupů změnám v IT prostředí Mze a novým požadavkům může z povahy věci efektivně zajistit pouze systémový integrátor, disponující znalostí tohoto prostředí, jehož provoz navíc zajišťuje, a jako jediný je schopen v požadovaném časovém rámci implementovat požadovaná opatření. V návaznosti na třetí

oblast uvedl znalec důvody potřeby optimalizace a redesignu IT prostředí zadavatele a dále předmět optimalizace. Konstatoval, že s ohledem na skutečnost, že optimalizaci může provádět jen tým expertů, kteří dané systémy důkladně znají a pokud možno i provozují, je výběr vybraného uchazeče jakožto stávajícího provozovatele zcela na místě. V souvislosti se čtvrtou oblastí pak specifikoval důvody, pro něž je nezbytné přizpůsobení monitoringu a dohledového systému s tím, že je nezbytné eliminovat chyby z neznalosti, neboť drobná chyba v konfiguraci může mít destruktivní dopad na provoz. Z tohoto důvodu je dle znalce správné, že má zadavatel pro činnost přizpůsobení monitoringu v úmyslu poptat jeho stávajícího provozovatele – vybraného uchazeče. U týmu, kterým disponuje, je podle něj nejmenší riziko výskytu chyby z neznalosti.

11. Znalec konstatoval, že zadavatel volí správný přístup, když má v úmyslu poptat realizaci analýzy od subjektu, který je nejlépe seznámen s prostředím. Závěrem doporučil rozhodnout o požadavku realizace u jediného správného dodavatele, a sice dosavadního systémového integrátora. Úřad k uvedenému doplnil, že z textu znaleckého posudku vyplývá, že znalec uvedl pro všechny klíčové oblasti realizace dané veřejné zakázky jako důvod pro nevyhnutelnost plnění pouze vybraným uchazečem neznalost IT prostředí zadavatele. K této argumentaci Úřad podotkl, že nelze připustit diskriminaci dodavatelů, kteří potřebné znalosti o IT prostředí zadavatele mohou získat dodatečně (např. během realizace veřejné zakázky) s tím, že v tom případě by měl zadavatel poskytnout dodavatelům patřičnou součinnost. Nevyloučil ani možnost, že jiní dodavatelé mohou disponovat zaměstnanci, kteří mají dostatečné zkušenosti a znalosti nezbytné pro realizaci dané veřejné zakázky.
12. Úřad se následně zabýval odůvodněním použití jednacního řízení bez uveřejnění, a to v právním stanovisku advokátní kanceláře Rowan Legal, s. r. o. V rámci stanoviska jeho zpracovatel specifikoval technické aspekty provedení plnění veřejné zakázky a uvedl, že do provozovaného systému není možné zasáhnout a odloučit z něj některou část bez porušení systému jako celku. V případě realizace veřejné zakázky jiným poskytovatelem než stávajícím by dle něj došlo k ohrožení a nevymahatelnosti SLA ze strany zadavatele. Podotkl, že rozšíření monitoringu, které zadavatel předpokládá, může být realizováno systémem, který má ve výlučné správě vybraný uchazeč s tím, že vlastní dohledový nástroj je ve vlastnictví vybraného uchazeče. Dle stanoviska má zadavatel s ohledem na technické a organizační provázanosti mezi jednotlivými úseky, systémy, subsystémy a jejich částmi za to, že vybraný uchazeč je jediný možný dodavatel uvedených služeb a činností. Dále poznamenal, že vybraný uchazeč je nositelem výhradních práv k autorským dílům vytvořených při realizaci předchozích veřejných zakázek. Těmito autorskými díly jsou dle něj především počítačové programy vytvořené pro implementaci těchto předchozích veřejných zakázek. Uvádí, že důležité části byly optimálně implementovány prostřednictvím vlastního programového kódu vybraného uchazeče s tím, že předmětem smlouvy na realizaci předchozích veřejných zakázek není poskytnutí zdrojových kódů k softwaru tvořícímu autorská díla a oprávnění zasahovat do jednotlivých autorských děl prováděním změn nad rámec zákonné licence, ani oprávnění poskytnout třetí osobě podlicenci k užití. Licence udělené k autorským dílům jsou dle zpracovatele dostatečné pro účely vyplývající ze smlouvy o poskytování služeb, nikoli pro účely realizace veřejné zakázky zadavatelem. Doplnil, že jelikož má dojít ke změně předchozího plnění poskytnutého zadavateli vybraným uchazečem, je k takové změně

nezbytný souhlas vybraného uchazeče. Dle jeho názoru nemá vybraný uchazeč právní povinnost poskytnout zadavateli dodatečné rozšíření oprávnění.

13. K uvedenému stanovisku Úřad konstatoval, že v případě volby jiného než jednacím řízení bez uveřejnění mohl zadavatel požadovat od dodavatelů jak využití stávajících technologií zadavatele, tak převzetí odpovědnosti za funkčnost dodávaného řešení i stávajícího vybavení zadavatele s tím, že požadavek na kompatibilitu se stávajícím vybavením a příslušnou odpovědnost za funkčnost systémů mohl zadavatel zahrnout do textu zadávací dokumentace a dalším dodavatelům tak umožnit ucházet se o veřejnou zakázku. Doplnil, že přestože již zadavatel disponuje určitým vybavením, na které chce navázat, nemůže ze zadávacího řízení vyloučit prvky soutěže jen z toho důvodu, že dodavatel stávajícího vybavení nese v současnosti odpovědnost za jeho funkčnost. Nelze vyloučit, že by uchazeči v případě nutnosti upravili plnění poskytnuté vybraným uchazečem, a to tak, aby mohli na stávající systém navázat. Z dokumentace o veřejné zakázce nevyplývá, zda je pro její realizaci skutečně nezbytná znalost konfigurací všech systémů zadavatele. Úřad dále poukázal na to, že se zpracovatel stanoviska nezabýval skutečností, zda jsou součástí plnění předchozích veřejných zakázek díla naplňující znaky autorského díla podle autorského zákona. Zpracovatel sice uvedl, čím se v konkrétním případě rozumí autorská díla, neuvedl však, v čem spočívá např. jejich jedinečnost. Není tudíž zřejmé, zda se skutečně jedná o autorská díla.
14. Pokud se jedná o odůvodnění jednacím řízení bez uveřejnění ve stanovisku advokátky Mgr. Radky Šimkové, Úřad v napadeném rozhodnutí poznamenal následující skutečnosti. Konstatoval, že zpracovatel tohoto stanoviska konkrétním způsobem nespécifikoval autorská díla, do nichž mělo být zasahováno. Dle Úřadu je zdůvodnění použití daného druhu zadávacího řízení nedostatečné i z toho důvodu, že nebyly definovány jak prvky vytvořené v rámci realizace předchozích veřejných zakázek, na něž by mělo být navázáno, tak ani případná autorská díla, do nichž by mělo být zasahováno. Úřad poté opakovaně podotkl, že se zpracovatel nezabýval otázkou, zda byla při realizaci předchozích veřejných zakázek skutečně vytvořena autorská díla ve smyslu autorského zákona s tím, že není zřejmé, zda zadavatel požádal vybraného uchazeče o rozšíření udělené licence na možnost změn autorského díla třetími subjekty.
15. Pokud se jedná o uložení pokuty zadavateli v důsledku naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterého se zadavatel dle Úřadu dopustil tím, že nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, vzal Úřad při stanovení její výše v potaz cenu veřejné zakázky, která v daném případě činí 236 810 000,- Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty tak činí částku ve výši 11 840 500,- Kč. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu. Podle zákona č. 475/2008 Sb., o státním rozpočtu České republiky na rok 2009, ve znění pozdějších předpisů, je na straně příjmů zadavatele na rok 2009 uvedena částka 21 665 718 000,- Kč. Stanovenou výši pokuty tak dle Úřadu nelze považovat za likvidační. Před uložení pokuty Úřad zjistil, že v daném případě je splněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona – a sice, že řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání lze zahájit do deseti let ode dne, kdy

bylo spácháno. Ke spáchání správního deliktu došlo uzavřením smlouvy dne 24.4.2009 a správní řízení bylo zahájeno dne 27.4.2009. Předmětná lhůta tedy byla zachována.

II. Námitky rozkladu

16. Úřad obdržel proti shora uvedenému rozhodnutí dne 3.11.2009 rozklad, v němž zadavatel napadá předmětné rozhodnutí v celém rozsahu. V podaném rozkladu v první řadě uvádí, že Úřad vycházel při vydání předmětného rozhodnutí z nesprávně zjištěného skutkového stavu s tím, že předmětnému rozhodnutí předcházely rovněž procesní vady správního řízení, což mělo za následek vydání nesprávného a nezákonného rozhodnutí.
17. Dále zadavatel konstatoval, že k použití jednacího řízení bez uveřejnění přistoupil z důvodů uvedených v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, což uvedl a zdůvodnil i ve výzvě k jednání. Zadání veřejné zakázky tak bylo dle něj provedeno zcela jasně, transparentně a nediskriminačně, jelikož vzhledem k důvodům dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona byl zájemce jediným dodavatelem, který mohl danou veřejnou zakázku splnit. Zadavatel následně podotkl, že Úřad posoudil předloženou zadávací dokumentaci zjevně nesprávně a v rozporu se zákonem.
18. Poté zadavatel zpochybňuje konstatování Úřadu, podle něhož z odůvodnění použití jednacího řízení bez uveřejnění ve výzvě k jednání není zřejmé, jakým způsobem by mělo být plnění veřejné zakázky navázáno na plnění realizované v rámci předchozích veřejných zakázek. Odůvodnění obsažené ve výzvě k jednání a v dokumentaci k dané veřejné zakázce považuje zadavatel za dostatečně konkrétní a transparentní s tím, že dle něj prokazuje důvody použití jednacího řízení bez uveřejnění.
19. Zadavatel dále podotýká, že odůvodnění použití jednacího řízení bez uveřejnění ve výzvě ke jednání konkrétně nespécifikuje, která autorská díla vytvořená v rámci těchto veřejných zakázek požívají ochrany podle autorského zákona a poté poukazuje na konstatování Úřadu, že z dokumentace nevyplývá, zda zadavatel požádal zájemce o udělení souhlasu k provádění změn autorských děl třetími subjekty dle autorského zákona. Uvádí, že tyto skutečnosti byly předmětem jednání mezi zadavatelem a zájemcem s tím, že je považoval za interní záležitost. S ohledem na všechny podklady, které Úřadu poskytl, nepředpokládal, že by Úřad takové informace k vydání rozhodnutí potřeboval. Podotkl, že Úřad si v průběhu správního řízení nevyžádal žádný doklad o jednání, jehož předmětem byly otázky udělení souhlasu k provádění změn autorských děl zájemce s tím, že zájemce mu souhlas k provádění změn autorských děl neudělil, což je podle něj zcela legitimní.
20. Pokud se jedná o technické důvody použití jednacího řízení bez uveřejnění, zadavatel zdůrazňuje, že Úřad nevyvrátil tvrzení uvedená ve znaleckém posudku Ing. Ladislava Kolaříka, CSc. (z kterého vyplývá, že z hlediska technologického řešení znalec doporučuje požadovat realizaci veřejné zakázky u dosavadního systémového integrátora, který provozuje prostředky, jichž se plnění týká) ani v právním stanovisku advokátní kanceláře Rowan Legal, s. r. o., a stanovisku advokátky Mgr. Radky Šimkové.

21. Dále zadavatel poukazuje na konstatování Úřadu, že i jiní dodavatelé mohou disponovat zaměstnanci, kteří mají dostatečné zkušenosti a znalosti nezbytné pro realizaci veřejné zakázky. Podotýká, že Úřad neprokázal, že skutečně existují dodavatelé, kteří disponují znalostmi a zkušenostmi nezbytnými pro realizaci dané veřejné zakázky. Doplňuje, že pokud Úřad pochyboval o technickém posouzení uvedeném v posudku Ing. Kolaříka, CSc. či jiných zadavatelem předložených podkladech, měl si od něj vyžádat další důkazy či si je opatřit sám. Konstatuje, že v případě pochybností měl Úřad v souladu s ust. § 56 správního řádu jmenovat znalce, který by sporné skutečnosti posoudil. Dále opětovně poukazuje na posudek advokátní kanceláře Rowan Legal, s. r. o., podle kterého budou v rámci plnění veřejné zakázky využívány technologie, které jsou ve výhradní správě zájemce – jediného subjektu oprávněného zasahovat do těchto technologií. Úřad dle zadavatele ani v tomto případě nepřihlédl ke skutečnostem uváděným ve stanovisku.
22. V další části rozkladu zadavatel podotýká, že z technické a smluvní dokumentace vyplývá, že zájemce je nositelem výhradních práv k autorským dílům vytvořeným v rámci realizace předchozích veřejných zakázek. Těmito autorskými díly jsou ve smyslu § 2 autorského zákona zejména počítačové programy a specifické části informačního systému. Namítá, že modifikace celého informačního systému je natolik specifickou činností, že nebylo předem známo, jaká konkrétní autorská díla vzniknou s tím, že Úřadu byly předloženy smlouvy na realizaci předchozích veřejných zakázek, které vytvoření autorských děl zájemce předpokládají (jejich výčet a specifikace je pak součástí dokumentace vytvořené spolu s uvedenými počítačovými programy). Namítá, že v případě, že Úřad považoval za nutné disponovat konkrétním výčtem autorských děl vznikajících v průběhu předchozích veřejných zakázek, měl si jej podle zadavatele vyžádat, což však před vydáním rozhodnutí neučinil. Doplňuje, že Úřadu předložil důkazy jednoznačně prokazující existenci důvodů ochrany výhradních práv zájemce a technických důvodů pro použití jednacního řízení bez uveřejnění.
23. Ke konstatování Úřadu, že zadavatel neprovedl šetření mezi dodavateli, které by prokázalo, že jiní dodavatelé nejsou schopni veřejnou zakázku plnit, zadavatel podotkl, že takové šetření nebyl povinen provést, neboť je nepochybné, že na trhu neexistuje subjekt, který by byl z technického hlediska schopen realizovat předmět plnění dané veřejné zakázky. V případě provedení takového šetření by stejně nebyl oprávněn poskytnout informace o zájemcem provozovaných stávajících informačních systémech, jelikož jsou předmětem ochrany jako obchodní tajemství a důvěrné informace. Doplňuje, že nedisponuje oprávněním poskytovat bez souhlasu zájemce třetím osobám licenční práva ke stávajícím autorským dílům tvořícím informační systém zadavatele. Zadavatel tudíž dle něj není oprávněn do těchto děl přímo, ani prostřednictvím třetích osob zasahovat v rozsahu dostatečném pro realizaci dané veřejné zakázky.
24. Zadavatel dále zpochybňuje konstatování Úřadu, který v prvostupňovém rozhodnutí zadavateli vytkl, že se právní stanovisko advokátní kanceláře Rowan Legal, s. r. o., nezabývalo otázkou, zda byla při plnění předchozích veřejných zakázek vytvořena autorská díla. Vzhledem k tomu, že předmětem plnění předchozích veřejných zakázek byly počítačové programy a specifické informační systémy, nevznikla o tomto zadavateli pochybnost (dle § 2

autorského zákona se za autorské dílo považuje počítačový program, je-li původní v tom smyslu, že je autorovým vlastním duševním výtvořem). Následně podotýká, že Úřad žádným způsobem nevyvrátil jeho odůvodnění použití jednacního řízení bez uveřejnění a nepotvrdil tak své konstatování, že zadavatel svým postupem porušil zákon.

25. Dle zadavatele se Úřad v průběhu předmětného správního řízení dopustil také procesních pochybení, která měla zásadní vliv na vydání rozhodnutí. Úřad si totiž dle jeho argumentace neopatrily všechny důkazy nezbytné pro vydání rozhodnutí. Dle jeho názoru navíc Úřad z textu znaleckého posudku a právních stanovisek vytrhává jednotlivé pasáže z kontextu s tím, že argumenty ve prospěch zadavatele nebere v potaz. Dodává, že nezohlednění znaleckého posudku a dvou odborných stanovisek nelze považovat za řádné zjištění skutkového stavu ze strany Úřadu. Doplňuje, že pokud měl Úřad pochybnosti o tvrzeních uvedených v posudku a stanoviscích, byl povinen obstarat si jiné důkazy (např. nový znalecký posudek), což neučinil. Podotýká, že na základě judikatury Ústavního soudu nemohou hodnocení soudu (a dle zadavatele ani Úřadu) podléhat odborné znalecké závěry ve smyslu jejich správnosti, soud může hodnotit přesvědčivost posudku co do jeho úplnosti ve vztahu k zadání s tím, že aby Úřad mohl znalecké posudky sám zhodnotit, musel by být odborníkem v oboru IT technologií a práv duševního vlastnictví, což dle něj z povahy věci není.

Závěr rozkladu

26. Z uvedených důvodů zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a vrátil věc Úřadu k dalšímu řízení v I. stupni a současně vyslovil závazný právní názor, jímž bude Úřad při svém novém rozhodování vázán.

Doplnění rozkladu

27. Dne 21.1.2010 obdržel Úřad od zadavatele znalecký posudek vypracovaný prof. Ing. Vladimírem Smejkaem, CSc., LL.M., z něhož vyplývá, že v rámci předchozího plnění veřejné zakázky na "Služby správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací" a veřejné zakázky na "Rozšíření služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací" byly vytvořeny počítačové programy nebo byly modifikovány počítačové programy vytvořené v rámci plnění veřejné zakázky "Implementace technického řešení Cross Compliance v resortu Mze", resp. Veřejné zakázky "Provozní podpora systému Cross Compliance, interního externího portálu a komunikačního rozhraní ESB" a dále byla vytvořena dokumentace, přičemž toto plnění má charakter děl chráněných autorským zákonem. Dále ze znaleckého posudku vyplývá, že zadavatel získal právo výhradního a časově, územně ani jinak neomezeného užití uvedených děl, nikoliv však jiná práva nad rámec užití, zejména právo vykonávat majetkové právo či poskytovat tato autorská díla třetím osobám. Závěrem je uvedeno, že aby mohla být zadána navazující veřejná zakázka "Systémová centralizace v rámci resortu Mze" bylo možno postupovat zásadně ve dvou variantách.

III. Řízení o rozkladu

Stanovisko předsedy Úřadu

28. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
29. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
30. Úřad tím, že ve svém rozhodnutí č.j. ÚOHS-S109/2009/VZ-12164/2009/510/HOd ze dne 15.10.2009 konstatoval nesplnění zákonných povinností zadavatele, v důsledku čehož se dopustil správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona s tím, že za tento delikt uložil zadavateli pokutu ve výši 800 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

IV. K námitkám rozkladu

31. S výše uvedenou argumentací zadavatele obsaženou v jeho námitkách se nelze v žádném případě ztotožnit. K tvrzení zadavatele, podle něhož je vyloučeno, aby danou veřejnou zakázku realizoval jiný dodavatel, uvádím, že zadavatel tato svá tvrzení nepodložil žádnými důkazy, které by prokazovaly, že jiní dodavatelé nejsou schopni veřejnou zakázku plnit. Zdůrazňuji, že dokumentace o veřejné zakázce neobsahuje doklady, které by průkazným způsobem dokladovaly důvody zadání veřejné zakázky podle § 23 zákona a soulad postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění se zákonem. Zadavatel v dokumentaci o veřejné zakázce předložil doklady, na základě nichž rozhodl o použití jednacím řízení bez uveřejnění – tj. znalecký posudek Ing. Ladislava Kolaříka, CSc., právní stanovisko advokátní kanceláře Rowan Legal, s. r. o. a stanovisko advokátky Mgr. Radky Šimkové a následně i znalecký posudek prof. Ing. Vladimíra Smejkal, CSc., LL.M. Je však nutné konstatovat, že i když tyto doklady vypovídají o návaznosti na předchozí veřejné zakázky, neprokazují, že by danou veřejnou zakázku nemohl realizovat jiný dodavatel. Následující argumentace bude vycházet jak z podkladů předložených v rámci prvostupňového řízení, tak i ze znaleckého posudku předloženého v rámci druhostupňového řízení (nutno dodat, že tento posudek byl dodán, až po lhůtě, kterou si sám zadavatel pro předložení tohoto posudku stanovil). Současně mám za nutné konstatovat, že posledně zmíněný posudek neuvádí, žádné nové skutečnosti či argumentaci, neb pouze podporuje zadavatelem již uvedenou argumentaci a posudek vypracovaný Ing. Ladislavem Kolaříkem. Z toho důvodu bude následující odůvodnění

vycházet zejména z podkladů provedených v rámci prvostupňového řízení s přihlédnutím ke znaleckému posudku předloženém po podaném rozkladu.

32. Pokud se jedná o problematiku případných autorských práv k dílům vytvořeným v rámci realizace předchozích veřejných zakázek, zdůrazňuji, že není zřejmé, na základě jakých skutečností dospěl zadavatel k závěru, že se v daném případě jedná o autorská díla dle autorského zákona, když smlouvy na plnění předchozích veřejných zakázek vytvoření autorského díla automaticky nepředpokládají. Přestože jednotlivá ustanovení smlouvy, jejímž předmětem jsou „služby správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“ připouštějí, že v rámci realizace díla může vzniknout autorské dílo chráněné autorským zákonem, není v nich konkrétně specifikováno, o která díla se v rámci celého plnění dané veřejné zakázky jedná. Ani z dokumentace o veřejné zakázce nevyplývá, které části dodaných systémů lze označit za autorské dílo podle autorského zákona a zda se zadavatel zabýval otázkou, jestli byly v rámci realizace předchozích veřejných zakázek vybraným uchazečem vytvořeny takové prvky, které naplňují definici autorského díla dle § 2 autorského zákona. Z tohoto důvodu se ztotožňuji se závěrem Úřadu, že zadavatelem nebyly předloženy takové důkazy, které by prokazovaly, že v rámci plnění veřejné zakázky bude zasahováno do autorských děl vytvořených během realizace předchozích veřejných zakázek. Proto je třeba zpochybnit argumentaci zadavatele, podle níž mohla být veřejná zakázka splněna pouze určitým dodavatelem z důvodu ochrany výhradních práv a obstat tak nemůže ani námitka poukazující na to, že si Úřad nevyžádal výčet autorských děl vytvořených v průběhu realizace předchozích veřejných zakázek.
33. V případě, že by Úřad hypoteticky přistoupil na závěr, že díla vzniklá při realizaci předchozích veřejných zakázek požívají ochrany dle autorského zákona a jedná se tak o díla autorská, lze s ohledem na obsah smluv (licenčních ujednání) na stávající programové vybavení podotknout, že v daném případě zájemce neposkytl zadavateli právo na spojení svého „autorského díla“ – počítačového programu s jiným „autorským dílem“ – počítačovým programem (takové oprávnění navíc musí být v textu licenční smlouvy výslovně stanoveno, odvodit jej nelze ani výkladem textu předmětných smluv). Konstatuji, že pokud by díla vzniklá při realizaci předchozích veřejných zakázek požívala autorskoprávní ochrany dle autorského zákona, mohly by být dány důvody vyplývající z ochrany autorských práv, které by bránily tomu, aby předmětnou veřejnou zakázku mohl realizovat odlišný dodavatel, než který realizoval předchozí veřejné zakázky. V tomto případě by však byly problematické nevhodné a nevýhodné smlouvy na stávající programové vybavení, které zadavatel uzavřel v rámci předchozích veřejných zakázek. Ze znaleckého posudku, který na žádost Úřadu vypracoval soudní znalec JUDr. Bohumír Štědroň, Ph.D., LL.M., vyplývá, že při budování nákladnějších informačních systémů v hodnotě cca 50 milionů a více by si státní organizace vždy měla smluvně vyhradit právo mimo jiné ke změně a další úpravě tohoto informačního systému, a to i jiným, na původním dodavateli nezávislým subjektem. Na základě výše uvedených skutečností proto zdůrazňuji, že pokud licenční smlouva neobsahuje ustanovení o možnosti další úpravy a změny informačního systému, výrazným způsobem se zhorší postavení státní organizace při aktualizaci a podpoře takového systému a zároveň se sníží možnost zajistit bezpečné fungování informačního systému, negativní ekonomické důsledky nepočítaje. V této souvislosti je vhodné podotknout, že i kdyby díla vzniklá při realizaci

předchozích veřejných zakázek byla „označena“ za díla autorská, mohl zadavatel postupovat tak, že by zadání předmětné veřejné zakázky upravil tím způsobem, aby nebylo nutné využít předchozích děl (chráněných autorským zákonem), a to i bez podstatné změny výsledného plnění veřejné zakázky za předpokladu, že by v rámci takového postupu nahradil celé původní stávající programové vybavení. V tom případě by zadavatel nepotřeboval svolení nositele autorských práv stávajícího programového vybavení ke změně a zpracování původního autorského díla, poněvadž by je nepoužil. Je zřejmé, že i když by daný postup nemusel být ekonomicky nejvýhodnější, nedošlo by v jeho důsledku k porušení zákona (a zásady zákazu diskriminace).

34. Akceptovat nelze ani námitku zadavatele zpochybňující konstatování Úřadu, že z odůvodnění použití jednacímho řízení bez uveřejnění ve výzvě k jednání není zřejmé, jak by mělo být plnění veřejné zakázky navázáno na plnění realizované v rámci předchozích veřejných zakázek. Opakovaně konstatuji, že zadavatel ve výzvě k jednání nspecifikoval, na které prvky plnění realizovaného v rámci předchozích veřejných zakázek bude navazováno. Z toho důvodu není odůvodnění obsažené ve výzvě k jednání a v dokumentaci k veřejné zakázce dostatečně konkrétní a transparentní, a proto nemůže sloužit jako podklad prokazující důvody použití zvoleného druhu zadávacímho řízení.
35. Pokud se jedná o technické důvody použití jednacímho řízení bez uveřejnění, zcela se ztotožňuji s argumentací Úřadu uvedenou v jeho prvostupňovém rozhodnutí. Soudní znalec Ing. Ladislav Kolařík, CSc. (shodně se závěry prof. Ing. Vladimíra Smejkal, CSc., LL.M.), uvedl pro všechny klíčové oblasti realizace veřejné zakázky jako důvod pro nevyhnutelnost plnění pouze vybraným uchazečem neznalost IT prostředí zadavatele. Opakovaně tedy konstatuji, že nelze připustit diskriminaci dodavatelů, kteří potřebné znalosti o IT prostředí zadavatele mohou získat dodatečně – tedy během realizace dané veřejné zakázky s tím, že zadavatel by měl k tomu poskytnout dodavatelům patřičnou součinnost. K obsahu právního stanoviska společnosti Rowan Legal, s. r. o., podotýkám, že v případě volby jiného než jednacímho řízení bez uveřejnění mohl zadavatel od dodavatelů požadovat jak využití stávajících technologií zadavatele, tak převzetí odpovědnosti za funkčnost dodávaného řešení i stávajícího vybavení zadavatele s tím, že odpovědnost původního dodavatele by zanikla. Je zřejmé, že požadavek na kompatibilitu se stávajícím vybavením a odpovědnost za funkčnost dotčených systémů mohl zadavatel zahrnout do textu zadávací dokumentace a umožnit tak dalším dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku. S výše uvedeným konstatováním se ztotožnil i soudní znalec JUDr. Bohumír Štědroň, Ph.D., LL.M. K tvrzení advokátní kanceláře Rowan Legal, s. r. o., že je nemožné, aby jiná osoba odlišná od vybraného uchazeče mohla disponovat komplexní znalostí všech konfigurací jednotlivých systémů, opakovaně uvádím, že nelze vyloučit možnost, že i jiní dodavatelé mohou disponovat zaměstnanci, kteří mají dostatečné zkušenosti a znalosti pro realizaci veřejné zakázky. Z dokumentace o dané veřejné zakázce totiž nevyplývá, zda je pro její realizaci nezbytná znalost konfigurací všech systémů zadavatele. S námitkou zadavatele, že Úřad nepřihlédl ke skutečnostem uváděným ve stanovisku této advokátní kanceláře, se vzhledem k výše uvedenému nemohu ztotožnit. K obsahu stanoviska advokátky Mgr. Radky Šimkové opakovaně podotýkám, že její zdůvodnění použití daného druhu zadávacímho řízení je nedostatečné, jelikož v něm nebyly definovány prvky vytvořené při realizaci předchozích veřejných zakázek, na něž by mělo být

navázáno. V reakci na výše uvedené skutečnosti v návaznosti na znalecký posudek JUDr. Bohumíra Štědrone, Ph.D., LL.M., podotýkám, že dodavatelem předložený informační systém by neměl být postaven na platformě jediné softwarové společnosti nerespektující technologickou neutralitu – otevřenost pro všechny dodavatele s tím, že by měl spočívat v tzv. otevřeném formátu, který nemá právní omezení na jeho používání. Primárním cílem je zde garance dlouhodobého přístupu k údajům bez současné nebo budoucí nejistoty ohledně legálních práv či technické specifikace.

36. Pokud se jedná o námitku zadavatele poukazující na skutečnost, že Úřad byl v reakci na své pochybnosti o tvrzeních uvedených v předloženém znaleckém posudku a ve stanoviscích povinen zadat vypracování vlastního (revizního) znaleckého posudku, je třeba konstatovat, že je zcela na zvážení Úřadu, zda pro účely vypracování svého rozhodnutí využije institutu ustanovení znalce či nikoliv. Žádné ustanovení správního řádu totiž nestanovuje takovou zadavatelem deklarovanou povinnost. V této souvislosti pak zdůrazňuji, že v průběhu předmětného správního řízení nenavrhl žádný z účastníků řízení, aby si Úřad vypracování znaleckého posudku vyžádal. Podkladem pro vydání rozhodnutí byla v daném případě kompletní dokumentace o veřejné zakázce (a to včetně dokumentací o souvisejících veřejných zakázkách, právních stanovisek a znaleckého posudku jakožto součásti dokumentace předložené zadavatelem). Úřad měl tedy dostatek podkladů, aby mohl v dané věci erudovaným způsobem rozhodnout. Přes uvedené skutečnosti Úřad v rámci rozkladového řízení využil své zákonné možnosti a zadal vypracování vlastního znaleckého posudku, jehož autorem je výše citovaný soudní znalec JUDr. Bohumír Štědroň, Ph.D., LL.M.
37. S argumentací zadavatele, podle které nebyl povinen provést šetření mezi dodavateli, neboť je nepochybné, že na trhu neexistuje subjekt, který by byl z technického hlediska schopen realizovat předmět plnění dané veřejné zakázky, se nelze ztotožnit. Je vhodné deklarovat, že i když zadavatel neměl zákonnou povinnost takové šetření provést, s ohledem na Úřadem uvedené skutečnosti by to však bylo žádoucí s tím, že jím zadavatel mohl případně vyvrátit závěr Úřadu, že danou veřejnou zakázku mohl realizovat i dodavatel odlišný od vybraného uchazeče. Dále zpochybňuji konstatování zadavatele, že není oprávněn poskytnout informace o stávajících informačních systémech, jelikož jsou předmětem ochrany jako obchodní tajemství. Ze zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, jednoznačně vyplývá povinnost „veřejných institucí“ poskytovat informace uvedeného charakteru.
38. Ztotožnit se nelze ani s argumentací zadavatele, podle níž Úřad nevzal v potaz skutečnosti uvedené ve znaleckém posudku s tím, že svá tvrzení neopřel o relevantní důkazy. K této argumentaci podotýkám, že znalecký posudek předložený v rámci dokumentace o veřejné zakázce nebyl Úřadem v předmětném správním řízení odmítnut. Za tvrzení postrádající patřičnou právní relevanci Úřad označil pouze tvrzení obsažená ve znaleckém posudku, která se týkají smluvních aspektů, neboť zpracovatel předmětného znaleckého posudku – Ing. Ladislav Kolařík, CSc., není znalcem v oboru právo. Ostatní argumenty byly Úřadem akceptovány a následně z nich byly vyvozeny adekvátní stěžejní závěry.

39. Co se týká výše pokuty, považuji za vhodné konstatovat, že v daném případě se jednalo o veřejnou zakázku, za kterou mohl Úřad zadavateli uložit pokutu až do výše 11 840 500,- Kč. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl ke všem okolnostem daného případu. Vzhledem k tomu, že pokuta byla stanovena v dolní hranici možné sazby, neshledal jsem důvody pro její snížení. Navíc zadavatel ve svém rozkladu neuvedl žádné relevantní námitky, které by mohly vést ke snížení uložené pokuty.

V. Závěr

40. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
41. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

- JUDr. Vilém Podešva, advokát, Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4
- Telefónica O2 Czech Republic, a. s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce, nebo časový údaj na obálce datové zprávy