



UOHSX0062TTI

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S109/2009/VZ-12160/2014/521/VSt

Brno: 9. června 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 27. 4. 2009, jehož pokračování bylo oznámeno dopisem ze dne 17. 10. 2013, a jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo zemědělství, IČO 00020478, Těšnov 17, 117 05 Praha 1, jež je ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 4. 9. 2009 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem ev. č. ČAK 11323, IČO 69703477, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,
- vybraný uchazeč – Telefónica O2 Czech Republic, a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Systémová centralizace v rámci resortu Mze“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 10. 4. 2009,

**rozhodl** takto:

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo zemědělství, IČO 00020478, Těšnov 17, 117 05 Praha 1 – **se** při zadávání veřejné zakázky „Systémová centralizace v rámci resortu Mze“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 10. 4. 2009 **správného deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) výše citovaného zákona, **nedopustil**.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika - Ministerstvo zemědělství, IČO 00020478, Těšnov 17, 117 05 Praha 1, jež je ve správní řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 4.9.2009 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem ev. č. ČAK 11323, IČO 69703477, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4 (dále jen „**zadavatel**“) – vyzval prostřednictvím výzvy k jednání ze dne 10. 4. 2009 uchazeče – Telefónica O2 Czech Republic, a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle (dále jen „**vybraný uchazeč**“) – k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ve věci veřejné zakázky „Systémová centralizace v rámci resortu Mze“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. V zadávací dokumentaci zadavatel jako osobu pověřenou výkonem zadavatelských činností označil advokátní kancelář ROWAN LEGAL s.r.o., IČO 28468414, se sídlem GEMINI CENTER, Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4.
3. Po vzájemných jednáních, která byla zdokumentována v protokolu o prvním jednání ze dne 17. 4. 2009, v protokolu o druhém jednání ze dne 22. 4. 2009 a v protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 24. 4. 2009, byla vybraným uchazečem předložena nabídka.
4. Dne 24. 4. 2009 zadavatel uzavřel na plnění předmětné veřejné zakázky s vybraným uchazečem smlouvu o dílo za cenu 199 000 000 Kč bez DPH (236 810 000 včetně DPH).

### II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ VČ. SOUDNÍHO PŘEZKUMU

5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, získal z tisku (Mladá fronta DNES) informace, podle nichž se zadavatel mohl dopustit závažného porušení zákona, a to v souvislosti se zadáváním předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Jelikož po posouzení informací uvedených v tisku získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem (tj., zda byly splněny všechny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění), zahájil správní řízení z moci úřední.
6. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou zadavatel a vybraný uchazeč.
7. 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. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-4969/2009/510/HOd ze dne 24. 4. 2009 stanovil 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.
8. Podle ustanovení § 113 zákona ve spojení s ustanovením § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 27. 4. 2009, kdy Úřad doručil zadavateli oznámení o zahájení řízení.

9. Rozhodnutím ze dne 24. 4. 2009 č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-4971/2009/510/HOd o předběžném opatření Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude specifikované správní řízení ukončeno. Vydání předběžného opatření Úřad odůvodnil pochybnostmi o souladu postupu zadavatele se zákonem v souvislosti s použitím jednacního řízení bez uveřejnění podle § 23 zákona.
10. Dne 27. 4. 2009 faxem a dne 4. 5. 2009 poštou obdržel Úřad vyjádření zadavatele a dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky, z níž zjistil, že s vybraným uchazečem již byla uzavřena smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky.
11. Dopisem č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-5755/2009/510/HOd ze dne 12. 5. 2009 Úřad zadavateli a vybranému uchazeči oznámil, že správní řízení je vedeno ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a to z důvodu uzavření smlouvy s vybraným uchazečem. Úřad dále usnesením č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-5756/2009/510/HOd ze dne 12. 5. 2009 stanovil, že kromě zadavatele je účastníkem řízení rovněž vybraný uchazeč a stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které jsou podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, a podle § 36 odst. 2 citovaného zákona v návaznosti na § 39 odst. 1 citovaného zákona oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko. Zadavateli byla stanovena lhůta k provedení úkonu – předložení dokumentace o veřejné „Služby správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“, zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 4. 7. 2007 pod ev. č. 60008999, ve znění opravy uveřejněné dne 10. 8. 2007, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 7. 2007 pod ev. č. [2007/S 127-155769, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 11. 8. 2007,](#) a dokumentace o veřejné zakázce „Rozšíření služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“, zadané v jednacím řízení bez uveřejnění pod ev. č. 60023504.
12. Dne 13. 7. 2009 obdržel Úřad od zadavatele žádost o informaci o stavu řízení.
13. Dne 27. 8. 2009 obdržel Úřad od zadavatele kopii dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo na plnění veřejné zakázky „Systémová centralizace v rámci resortu Mze“, který uzavřel s vybraným uchazečem za účelem změny etapizace realizace projektu Systémová centralizace v rámci resortu Ministerstva zemědělství. Z písemného vyjádření zadavatele, které Úřad obdržel dne 18. 9. 2009, nedošlo uzavřením tohoto dodatku podle zadavatele ke změně předmětu či ceny za realizaci výše uvedeného projektu, ani k jiným změnám, které by byly v rozporu se zněním zákona.
14. Usnesením č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-11119/2009/510/HOd ze dne 28. 8. 2009 Úřad prodloužil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
15. Usnesením č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-11736/2009/510/HOd ze dne 9. 9. 2009 Úřad na žádost zadavatele ze dne 3. 9. 2009 prodloužil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
16. Zadavatel nahlédl do správního spisu ve dnech 30. 7. 2009 a 1. 9. 2009. Protokoly o nahlížení jsou součástí správního spisu.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 27. 4. 2009**

17. Zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že problematika realizace systémové centralizace v prostředí zadavatele je popsána projektovým záměrem, který úzce navazuje na již poskytovanou provozní a servisní podporu ICT infrastruktury zadavatele a na poskytovanou službu Systémová a Aplikační integrace, kterou zadavateli poskytuje vybraný uchazeč. Uvedenou veřejnou zakázku je podle sdělení zadavatele nezbytně nutné realizovat v souvislosti s dalšími projekty, a to Integrace webových portálů v rámci resortu MZe a Centralizace a konsolidace datových zdrojů resortu Mze.
18. Zadavatel ve svém vyjádření dále popsal předmět plnění veřejné zakázky „Služby správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“ a „Rozšíření služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“.
19. Podle vyjádření zadavatele by měla veřejná zakázka modifikovat a rozšiřovat stávající infrastrukturu IT, přičemž předmět veřejné zakázky úzce souvisí s již realizovanými veřejnými zakázkami – „Služby správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“ a „Rozšíření služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“.
20. Na základě technické a organizační provázanosti mezi jednotlivými úseky, systémy, subsystémy a jejich částmi zadavatel podle svého vyjádření dovodil, že vybraný uchazeč je jediným možným dodavatelem předmětných služeb a činností. Z technického hlediska považuje zadavatel za vyloučené, aby alternativní dodavatelé mohli získat odpovídající přístup ke všem systémům, aplikacím, datovému úložišti a provozovaným bezpečnostním prvkům sítě a mohli tak rozšiřovat a optimalizovat stávající serverové systémy, které jsou zčásti v majetku vybraného uchazeče. Za technicky nemožné považuje zadavatel rovněž možnost výběru jiné osoby odlišné od vybraného uchazeče, která by mohla disponovat komplexní znalostí všech konfigurací jednotlivých systémů.
21. K zadání dané veřejné zakázky zadavatel dále uvedl, že vybraný uchazeč je nositelem výhradních práv k autorským dílům vytvořeným v rámci realizace veřejné zakázky „Služby správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“ a „Rozšíření služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“. Jako tato autorská díla zadavatel označil zejména počítačové programy vytvořené pro implementaci „Služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“ a „Rozšíření služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“ a dále celou architekturu řešení bezpečnosti a systémové integrace s inovativním návrhem klíčových součástí jako např. systém autentizace či zesílenou ochranu informací a přístup do systému. Zadavatel v této souvislosti dodal, že důležité části byly optimálně implementovány prostřednictvím vlastního programového kódu vybraného uchazeče a došlo k uzpůsobení funkčnosti portálů pro potřeby resortu zadavatele.
22. S ohledem na znění 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 (dále jen „**autorský zákon**“), dospěl zadavatel k závěru, že předmětnou veřejnou zakázku nebylo možné zadat dodavateli odlišnému od vybraného uchazeče, neboť zadavatel nedisponuje dostatečně širokým oprávněním poskytovat bez souhlasu vybraného uchazeče třetím osobám uživatelská práva ke stávajícím autorským dílům. Zadavatel doplnil, že není oprávněn do těchto děl přímo, ani prostřednictvím třetích osob zasahovat.
23. Důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění tedy podle zadavatele odpovídají § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tzn., že veřejná zakázka může být plněna z technických důvodů

a z důvodů ochrany výhradních práv pouze určitým dodavatelem. Současně zadavatel oznámil, že dne 24. 4. 2009 uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem.

24. V závěru svého vyjádření zadavatel uvedl, že detailní odůvodnění použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona obsahují právní stanoviska, která byla pro specifické potřeby zadání předmětné veřejné zakázky vypracována advokátní kanceláří ROWAN LEGAL, s.r.o. a advokátní kanceláří Šimková & Partneři, a která zadavatel posílá v příloze svého vyjádření.

#### **Prvostupňové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-12164/2009/510/HOd ze dne 15. 10. 2009**

25. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 15. 10. 2009 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-12164/2009/510/HOd (dále jen „**původní prvostupňové rozhodnutí**“), v němž konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem uzavřel smlouvu na plnění této veřejné zakázky. Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu ve smyslu ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za jehož spáchání uložil zadavateli pokutu ve výši 800 000 Kč.
26. Proti výše uvedenému rozhodnutí podal zadavatel rozklad ze dne 3. 11. 2009, který předseda Úřadu svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R160/2009/VZ-11065/2010/310-ASc ze dne 22. 7. 2010 zamítl a původní prvostupňové rozhodnutí potvrdil.
27. Výše uvedené druhostupňové rozhodnutí předsedy bylo napadeno zadavatelem správní žalobou před Krajským soudem v Brně. Žalobou se zadavatel domáhal, aby Krajský soud v Brně zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R160/2009/VZ-11065/2010/310-ASc ze dne 22. 7. 2010, jakož i jemu předcházející rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-12164/2009/510/HOd ze dne 15. 10. 2009.
28. Rozsudkem Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2010-332 ze dne 26. 4. 2012 bylo zrušeno rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. ÚOHS-R160/2009/VZ-11065/2010/310-ASc ze dne 22. 7. 2010, jakož i rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-12164/2009/510/HOd ze dne 15. 10. 2009 a věc byla vrácena Úřadu k dalšímu řízení.

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

29. Krajský soud v citovaném rozsudku uvedl, že značná specifičnost a odbornost předmětu veřejné zakázky i zakázek předchozích vyžadovala odborné znalecké posouzení, přičemž závěry plynoucí z těchto posudků jsou dle soudu pro posouzení věci klíčové. V této souvislosti Krajský soud dále konstatoval, že z provedených znaleckých posudků (tj. znalecký posudek č. 2271/2009 vypracovaný dne 14. 1. 2010 Prof. Ing. Vladimírem Smejkalem, CSc., LL.M. a znalecký posudek č. 18/4/2010 vypracovaný dne 24. 3. 2010 JUDr. Bohumírem Štědrněm, Ph.D., LL.M.) vyplývá, že daná situace zadavatele opravňovala k zadání předmětné veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění.
30. Z výše uvedených znaleckých posudků dle názoru Krajského soudu jednoznačně vyplývá, že v rámci plnění předmětné veřejné zakázky bude zasaženo do autorských děl (počítačových programů, které jsou podle § 2 odst. 2 autorského zákona dílem, jsou-li původní v tom

smyslu, že jsou autorovým vlastním duševním výtvořem), vytvořených během realizace předchozích veřejných zakázek. Bez svolení vybraného uchazeče do těchto programů nelze zasahovat, přičemž ten tento souhlas zadavateli odmítl vydat. Je to tedy právě vybraný uchazeč, kdo je z důvodu ochrany výhradních práv (práv podle autorského zákona) schopen předmětnou veřejnou zakázku realizovat. Na základě výše uvedených skutečností Krajský soud dospěl k závěru, že podmínky zakotvené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění byly splněny.

31. K možnosti realizovat předmětnou veřejnou zakázku se zvýšenými náklady, avšak jiným dodavatelem, Krajský soud v rozsudku uvedl, že v daném případě by zvýšené náklady spočívaly v tom, že by dodavatel musel znovu dodat plnění, které již zadavatel má (už je jednou zaplatil a používá je), a tudíž by takový postup byl dle názoru soudu v rozporu s cílem zákona, kterým mimo jiné je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Krajský soud v této souvislosti dále dodal, že *„byť považuje zajišťování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí za důležité, nemůže se tak dít způsobem, který by nabádal zadavatele k nehospodárnému a neúčelnému vynakládání veřejných prostředků (v daném případě na plnění, které již zadavatel k dispozici má a již předtím na jeho opatření veřejné prostředky vynaložil)“*.
32. K výkladu, který v šetřeném případě zaujal Úřad (a sice, že veřejnou zakázkou mohl realizovat i jiný dodavatel, byť se zvýšenými náklady, a proto nebyly naplněny podmínky obsažené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro použití jednacím řízení bez uveřejnění) soud konstatoval, že ve světle výše uvedeného výkladu Úřadu by došlo k značnému omezení, ne-li úplnému vyloučení užití § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Podle soudu by totiž *„téměř vždy bylo možné zadat zakázku takovým způsobem, aby zakázka nenavazovala na již dříve poskytnuté plnění, ale aby v rámci této zakázky bylo poptáváno takové plnění znovu. Tím by však docházelo k nehospodárnému a neefektivnímu vynakládání veřejných prostředků, neboť by bylo velké množství plnění placeno opakovaně“*.
33. K postupu zadavatele v předchozích veřejných zakázkách Krajský soud v obecné rovině uvádí, že statní organizace by si měla při budování nákladnějších informačních systémů, jejichž vývoj navíc kompletně financuje, smluvně vyhradit mj. právo ke změně a další úpravě informačního systému, a to i jiným než původním dodavatelem. Dále však soud dodává, že případný nevhodný postup zadavatele v předcházejících veřejných zakázkách ve smyslu výše uvedeném se v probíhajícím řízení nemůže nijak projevit, neboť Úřad netvrdí, že by zadavatel svým nevhodným chováním v předchozích veřejných zakázkách porušil zákon. Současně také dle názoru soudu nelze dovozovat situaci, že by si zadavatel současnou situaci svým nevhodným chováním v předchozích veřejných zakázkách připravil tak, aby nyní posuzovanou veřejnou zakázku mohl zadávat v jednacím řízení bez uveřejnění.
34. Z rozsudku Krajského soudu v Brně dále vyplývá, že důvody, které zadavatele opravňují k zadání zakázky formou jednacím řízení bez uveřejnění, jsou důvody objektivními, a navíc nezávislými na tom, nakolik podrobně je zadavatel ve výzvě k jednání specifikuje. Zákon totiž zadavateli nestanoví povinnost, aby ve výzvě k jednání či v jakémkoli jiném dokumentu popsal důvody, které ho k využití tohoto způsobu zadání veřejné zakázky vedou. Nicméně tyto důvody musí být zadavatel schopen vysvětlit a obhájit v řízení před Úřadem. Dále v této souvislosti soud doplnil, že přestože zákon výslovně nevyžaduje, aby výzva k jednání obsahovala důvody opravňující zadavatele k použití jednacím řízení bez uveřejnění,

je s ohledem na požadavek transparentnosti zadávacího řízení vhodné, aby je zadavatel ve výzvě k jednání uvedl, což zadavatel dle názoru soudu v šetřeném případě učinil.

35. K otázce zda zadavatel ve výzvě k jednání (v rámci zdůvodnění použití jednacích řízení bez uveřejnění) vyloučil možnost plnění zakázky jiným dodavatelem, Krajský soud (s odkazem na konkrétní formulace z výzvy k jednání) uvedl, že zadavatel ve výzvě k jednání poukázal na to, že pokud by veřejnou zakázku realizoval jiný dodavatel, byly by vytvářeny systémy již vytvořené, což by mohlo způsobit horší funkčnost požadovaného plnění a bylo by to nevhodné. Dále zadavatel dle názoru soudu ve výzvě k jednání vyloučil možnost poskytnutí zakázky jiným dodavatelem z důvodu zásady do autorských děl vybraného uchazeče.
36. Krajský soud dále konstatoval, že skutečnost, že v předchozích veřejných zakázkách bylo vytvořeno autorské dílo, do něhož bude při realizaci předmětné veřejné zakázky zasazeno, jednoznačně vyplývá ze znaleckého posudku Prof. Ing. Vladimíra Smejka CSc., LL.M., který zadavatel Úřadu předložil.
37. Proti výše uvedenému rozsudku Krajského soudu v Brně podal Úřad kasační stížnost, která byla rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013 zamítnuta.

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

38. Nejvyšší správní soud se v citovaném rozsudku ztotožnil se závěrem Krajského soudu v Brně týkajícího se posouzení otázky, zda zadavatel naplnil zákonné podmínky pro užití jednacích řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
39. Námitku Úřadu spočívající v neexistenci či neprokázání výhradních práv, do kterých má plnění předmětné veřejné zakázky zasahovat, Nejvyšší správní soud odmítl, neboť dle jeho názoru zadavatel předložil argumenty, proč byl oprávněn použít jednacích řízení bez uveřejnění, a tudíž alespoň po formální stránce došlo k naplnění podmínek stanovených v § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
40. K podmínkám postupu podle výše uvedeného ustanovení soud dále uvedl, že se jedná o „*skutečnost, kdy existuje pouze jeden dodavatel, který je schopen veřejnou zakázku splnit; tento stav se přitom posuzuje k okamžiku zahájení zadávacího řízení. Výše citované ustanovení vychází tedy z předpokladu, že předmět veřejné zakázky je natolik specifický, že může být realizován pouze jedním dodavatelem - a to především z technických důvodů, resp. z důvodu ochrany výhradních práv. Ochrana výhradních práv připadá v úvahu zejména v situaci, kdy zadavatel získal v minulosti licenční oprávnění, které je nezbytné pro pořízení dalšího plnění, a dodavatel nemá vůli udělit autorskoprávní nebo jinou licenci jiné osobě, která by plnění mohla zadavateli poskytnout Rovněž technické důvody, které má cit ustanovení na mysli, mohou spočívat např. v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility, v požadavku odůvodněném také technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění (zde informačního systému). Důvodem pro aplikaci tohoto ustanovení je skutečný a prokazatelný stav technické neslučitelnosti či provozních problémů, které by vznikly z důvodu změny dodavatele*“. Dále soud konstatoval, že uvedené je typické mimo jiné i pro oblast informačních technologií, a tudíž předmětnou veřejnou zakázku lze dle

názoru soudu považovat za specializovanou veřejnou zakázku, u níž lze postup, který uplatnil zadavatel, sledovat opodstatněným.

41. Nejvyšší správní soud dále konstatoval, že jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Naopak v případě, kdy by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. V této souvislosti Nejvyšší správní soud odkázal na dřívější rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 3/2002 – 75 ze dne 5. 11. 2002.
42. K postupu zadavatele v šetřeném případě v kontextu s případem řešeným ve výše uvedeném rozsudku Vrchního soudu v Olomouci Nejvyšší správní soud uvedl, že je nutné *„velmi pečlivě vážit, zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný, neboť předmět veřejné zakázky zde je nepoměrně složitější, resp. jedná se o zakázku specializovanou“*.
43. Nejvyšší správní soud dále konstatoval, že na postup zadavatele v předchozích veřejných zakázkách, kdy připustil vytvoření určitého právního omezení (licenčního ujednání), na základě kterého není možné na plnění vzniklé v předchozích veřejných zakázkách navázat nikým jiným než stávajícím dodavatelem, je nutné nazírat *„z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. 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 jednacího řízení bez upozornění fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software.“* V souvislosti s výše uvedeným Nejvyšší správní soud také poukázal na proměnlivost úkonů zadavatele a uvedl, že *„pokud zadavatel připravuje software tak, aby software splnil v dané chvíli objektivně stanovené úkoly a byl po uplynutí určité doby životnosti vyřazen, zajisté tomu přizpůsobí i zadávací podmínky.“* Dle názoru soudu tedy nelze konstatovat, že by zadavatel nenaplnil materiální podmínku ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, když si v přechodí veřejné zakázce sám vytvořil právní omezení.
44. Dále Nejvyšší správní soud konstatoval, že nebyla prokázána účelovost jednání zadavatele ani úmysl obejít zákon při zadávání návazných veřejných zakázek. Původní veřejné zakázky zadavatel dle názoru soudu zadával, aniž by měl vědomí o tom, že v budoucnu mu vznikne potřeba zadat šetřenou veřejnou zakázku. Rovněž Nejvyšší správní soud zdůraznil, že stav exkluzivity nebyl vytvořen zadavatelem a nevznikl samoúčelně, ale byl přirozenou součástí předmětu plnění předchozích veřejných zakázek, resp. byl důsledkem toho, že v rámci předmětu plnění vznikla autorská díla ve smyslu ustanovení § 2 autorského zákona.
45. S ohledem na právní závěry Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu bylo zrušeno rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. ÚOHS-R160/2009/VZ-11065/2010/310-ASc ze dne



22. 7. 2010, jakož i rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-12164/2009/510/HOd ze dne 15. 10. 2009 a věc byla vrácena Úřadu k dalšímu řízení.

#### **Pokračování správního řízení**

46. Úřad oznámil účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-20188/2013/521/VSt ze dne 17. 10. 2013 pokračování správního řízení a zároveň jim usnesením č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-20257/2013/521/VSt ze dne 17. 10. 2013 stanovil lhůtu, ve které jsou oprávněni navrhnout důkazy a činit jiné návrhy a oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
47. Usnesením č. j. ÚOHS-S109/2009/VZ-20702/2013/521/VSt ze dne 23. 10. 2013 Úřad na žádost zadavatele lhůty stanovené výše citovaným usnesením prodloužil.

#### **Vyjádření zadavatele k pokračování správního řízení ze dne 29. 10. 2013**

48. Zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že nenavrhuje provedení nových důkazů, přičemž v plné míře odkázal na právní závěry rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2010-332 ze dne 26. 4. 2012, a rovněž na právní závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013. Dále zadavatel poukázal na skutečnost, že právní závěry formulované ve výše uvedených rozsudcích jsou pro Úřad závazné. Zadavatel poukázal zejména na skutečnost, že dle názoru obou soudů Úřad nesprávně vyhodnotil splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění.
49. V závěru svého vyjádření zadavatel rekapituluje, že v provedeném soudním přezkumu bylo najisto prokázáno, že byly naplněny důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, a současně, že se zadavatel nepodílel na jejich vzniku způsobem, který by bylo možno označit za účelový, a tedy contra legem, resp. in fraudem legis.
50. Na základě výše uvedeného tedy zadavatel navrhuje, aby Úřad předmětné správní řízení zastavil.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

51. Ve světle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2010-332 ze dne 26. 4. 2012 a rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013 a s přihlédnutím k jejich právním závěrům, Úřad na základě § 112 a následujících ustanovení zákona opětovně přezkoumal postup zadavatele a po zhodnocení všech podkladů (především dokumentace o veřejné zakázce, znaleckého posudku Prof. Ing. Vladimíra Smejkal, CSc., LL.M. ze dne 14. 1. 2010 a znaleckého posudku JUDr. Bohumíra Štědrone, Ph.D., LL.M. ze dne 24. 3. 2010) konstatuje, že zadavatel se při zadávání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nedopustil.
52. Podle § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednacím řízením s uveřejněním nebo jednacím řízením bez uveřejnění.
53. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

54. Předmět veřejné zakázky byl v článku 3. zadávací dokumentace specifikován jako „*provedení Systémové centralizace v rámci resortu Mze, která mimo jiné zahrnuje implementaci bezpečnostních mechanismů v portálových řešeních a síťové infrastruktury zadavatele, optimalizaci a následní redesign infrastruktury zadavatele na základě nových požadavků a implementace nových technologií*“. Dále zadavatel konstatoval, že „*účelem veřejné zakázky je vytvoření podmínek pro systémovou centralizaci v rámci resortu zadavatele. Plnění veřejné zakázky spočívá v posílení kapacity IT infrastruktury za účelem zajištění prostředí dostatečně kvalitního pro implementaci projektů v oblasti IT*“.
55. Ve výzvě k jednání ze dne 10. 4. 2009 zadavatel dále definoval předmět plnění (konkrétně uvedl, že „*plnění veřejné zakázky spočívá v posílení kapacity IT infrastruktury za účelem zajištění prostředí dostatečně kvalitního pro implementaci projektů v oblasti IT. Předmět veřejné zakázky obsahuje mj. implementaci bezpečnostních mechanismů v oblasti IT, redesign havarijních plánů a recovery postupů doplnění monitoringu a reportingu pro nové systémy*“). Dále zadavatel konstatoval, že „*plnění veřejné zakázky na systémovou centralizaci je úzce navázáno na plnění poskytnuté v rámci veřejných zakázek „Služby správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“ a „Rozšíření služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“ a že v případě plnění předmětné veřejné zakázky jiným dodavatelem nežli vybraným uchazečem „by byl vytvářen paralelní systém, který by z důvodu nevyužití systémových a aplikačních návazností na již realizované plnění neumožňoval dosažení požadovaných výsledků*“.
56. K použití jednacího řízení bez uveřejnění zadavatel ve výzvě k jednání ze dne 10. 4. 2009 dále uvedl, že „*veřejná zakázka na systémovou centralizaci zahrnuje též oprávnění k těm částem informačního systému, které jsou autorským dílem ve smyslu autorského zákona. Zájemce (tj. vybraný uchazeč) byl poskytovatelem dosavadních plnění, prostřednictvím kterých byl vytvořen a provozován systém HW v resortu Mze včetně poskytování služeb systémového integrátora. Vzhledem k tomu, že plnění veřejné zakázky na systémovou centralizaci bude vyžadovat provedení zásahů do již poskytnutých autorských děl, k čemuž je nezbytné získat souhlas vykonavatele autorského práva, jímž je zájemce, nelze oprávněně předpokládat, že zájemce udělí souhlas k provedení změn v autorském díle jiným subjektem*“.
57. Na základě uvedených skutečností zadavatel ve výzvě k jednání konstatoval, že byly splněny podmínky obsažené v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů a důvodů ochrany výhradních práv autora pouze vybraným uchazečem.
58. K jednacímu řízení bez uveřejnění Úřad v obecné rovině uvádí, že se jedná o typ uzavřeného zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců. Použití jednacího řízení bez uveřejnění je vázáno na splnění omezujících podmínek, a to proto, aby tohoto typu zadávacího řízení bylo využíváno jen za podmínek, kdy uspokojení potřeby zadavatele není (nebo nebylo) možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěží o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v § 23 zákona. V šetřeném případě argumentace zadavatele směřuje k podmínce uvedené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. v případě, kdy veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, a to z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodu

vyplývající zvláštního právního předpisu. Konkrétně zadavatel odkazuje na možnost splnit veřejnou zakázku pouze jedním dodavatelem z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních autorských práv.

59. K podmínce použití jednacího řízení bez uveřejnění uvedené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona Úřad dále dodává, že skutečnost, že je veřejnou zakázku schopen plnit pouze jeden dodavatel, je nutné posuzovat k okamžiku zahájení předmětného zadávacího řízení, přičemž je zřejmé, že výše uvedené ustanovení předpokládá, že předmět dané veřejné zakázky je natolik specifický, že může být realizován pouze konkrétním dodavatelem, a to právě především z důvodů technických nebo z důvodu ochrany výhradních práv. V této souvislosti Úřad dále odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013, ve kterém je uvedeno, že *„ochrana výhradních práv připadá v úvahu zejména v situaci, kdy zadavatel získal v minulosti licenční oprávnění, které je nezbytné pro pořízení dalšího plnění, a dodavatel nemá vůli udělit autorskoprávní nebo jinou licenci jiné osobě, která by plnění mohla zadavateli poskytnout Rovněž technické důvody, které má cit ustanovení na mysli, mohou spočívat např. v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility, v požadavku odůvodněném také technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění (zde informačního systému). Důvodem pro aplikaci tohoto ustanovení je skutečný a prokazatelný stav technické neslučitelnosti či provozních problémů, které by vznikly z důvodu změny dodavatele.“*
60. Úřad dále podotýká, že důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění musejí být důvody objektivními a nezávislými na vůli zadavatele. V případě, kdy by zadavatel sám svým záměrným postupem způsobil, že předmět veřejné zakázky musí být realizován pouze jedním konkrétním dodavatelem, porušil by zákon. Nadto Úřad konstatuje, že volba příslušného druhu zadávacího řízení je plně závislá na rozhodnutí zadavatele, který za zvolený způsob zadání veřejné zakázky nese podle zákona odpovědnost. V případě pochybností o zákonnosti jeho postupu při volbě druhu zadávacího řízení je to tedy zadavatel, který musí prokázat, že byly splněny všechny zákonné podmínky pro použití daného druhu zadávacího řízení, v šetřeném případě tedy pro použití jednacího řízení bez uveřejnění.
61. Ke zdůvodnění použití jednacího řízení bez uveřejnění zadavatel Úřadu v rámci správního řízení předložil (kromě dokumentace šetřené veřejné zakázky a dokumentace předchozích veřejných zakázek) následující dokumenty:
- Právní stanovisko advokátní kanceláře ROWAN LEGAL s.r.o., IČO 28468414, se sídlem GEMINI CENTER, Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4 s názvem *„Posouzení základních právních východisek realizace koncepce integrace informačních systémů resortu Ministerstva zemědělství a rozvoje zemědělských registrů prostřednictvím tří dílčích projektů“* ze dne 3. 4. 2009,
  - Stanovisko k zadání veřejných zakázek *„Systémová centralizace v rámci resortu Mze“* a *„Integrace webových portálů v rámci resortu MZe (Portál e-AGRI)“* ze dne 9. 4. 2009, zpracované Mgr. Radkou Šimkovou,
  - Znalecký posudek na posouzení technických aspektů projektů v rámci resortu Mze č. 100/03/2009 ze dne 30. 3. 2009 vypracovaný Ing. Ladislavem Kolaříkem, CSc.,

- Znalecký posudek s názvem „*Posouzení zadání veřejné zakázky „Systémová centralizace v rámci resortu MZe“ č. 2271/2009 ze dne 14. 1. 2010 vypracovaný Prof. Ing. Vladimírem Smejkaem, CSc., LL.M.*

62. Ve znaleckém posudku ze dne 14. 1. 2010 zpracovaném Prof. Ing. Vladimírem Smejkaem, CSc., LL.M., znalec konstatoval, že předmětná veřejná zakázka navazuje na předchozí plnění veřejných zakázek „*Služby správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací*“ a „*Rozšíření služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací*“, v rámci nichž byly vytvořeny počítačové programy nebo byly modifikovány počítačové programy vytvořené v rámci plnění veřejné zakázky veřejných zakázek „*Implementace technického řešení Cross Compliance resortu Mze*“ a „*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 znalec uvedl, že vykonavatel majetkových práv k dílům vzniklým při realizaci výše uvedených veřejných zakázek je vybraný uchazeč, přičemž zadavatel od něj nezískal právo vykonávat majetkové právo nebo poskytovat tato autorská díla třetím osobám. Nakonec znalec vyslovil dvě možné varianty řešení. První spočívá v tom, že veškeré plnění bude vytvořeno zcela znovu a nezávisle na původním řešení, přičemž v takovém případě lze obecně postupovat tak, že plnění bude zajištěno jiným dodavatelem, který by na dříve poskytnuté plnění (vytvořené vybraným uchazečem) legálním způsobem navázal a současně by spolupracoval s dodavatelem paralelně probíhajících veřejných zakázek „*Integrace webových portálů v rámci resortu MZe (Portál e-AGRI)*“ a „*Centralizace a konsolidace datových zdrojů resortu MZe*“. Takový postup však předpokládá, že by dodavatelé poskytující plnění v rámci předchozích veřejných zakázek (viz výše uvedené veřejné zakázky) museli souhlasit se zpřístupněním jejich duševního vlastnictví, jimiž jsou zdrojové kódy a databázové struktury, což jak uvedl znalec, není příliš pravděpodobné a pokud přece by se tak stalo, pak zřejmě za úplatu. Pokud by v rámci této varianty předchozí plnění využito nebylo, na nutnosti získat přístup ke zdrojovým kódům a databázovým strukturám to nic nemění, přičemž dle znalce by náklady na takové plnění provedené jiným dodavatelem byly ještě vyšší. Druhá varianta podle znalce spočívá v pokračování plnění veřejné zakázky s využitím předchozích plnění, přičemž se v daném případě předpokládá, že vybraný uchazeč (který má práva vztahující se k předchozímu plnění poskytnutému v rámci předchozích veřejných zakázek) naváže na dosavadní činnost a v maximální možné míře zohlední dosud poskytnuté plnění. Za jedinou správnou označil znalec právě druhou z uvedených variant, neboť ta je dle jeho názoru výrazně úspornější a také při ní bude dosaženo vyšší kvality plnění při zachování technických parametrů, neboť bude využito odzkoušené a provozně ověřené řešení. V závěru znaleckého posudku znalec mimo jiné konstatoval, že:

- a) „*v rámci přechodného plnění poskytovaného v rámci uvedených veřejných zakázek byla vytvořena díla požívající ochrany podle autorského zákona*“,
- b) „*aby mohlo být poskytnuto plnění v rámci veřejné zakázky, jejímž předmětem je „Systémová centralizace v rámci resortu Mze“, je třeba mít plný a neomezený přístup k těmto autorským dílům, včetně možnosti tato díla na úrovni zdrojového kódu modifikovat a/nebo spojovat s jinými autorskými díly*“,
- c) „*zcela jistě existují důvody vyplývající z ochrany autorských práv, které brání tomu, aby tuto veřejnou zakázku mohl realizovat odlišný dodavatel, než který realizoval*

veřejné zakázky na „Služby správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“, „Rozšíření služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“, „Implementace technického řešení Cross Compliance resortu Mze“ a „Provozní podporu systému Cross-Compliance, interního/externího portálu a komunikačního rozhraní ESB“. Vyplývá to z průřezového charakteru předmětné veřejné zakázky.“

- d) „co se týká technických důvodů, lze za ně považovat především nutný souběžný provoz obou řešení v případě postupu (ekonomicky nesmyslným) způsobem ve smyslu první výše uvedené varianty řešení. S největší pravděpodobností lze totiž konstatovat, že souběžný provoz předchozích systémů, vytvořených a implementovaných v rámci zakázek „Služby správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“ a „Rozšíření služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“ není slučitelný se současným budováním nového způsobu systémové centralizace v rámci resortu MZe v rámci nové veřejné zakázky.“,
- e) „vzhledem k průřezovému charakteru plnění v rámci veřejné zakázky „Systémová centralizace v rámci resortu MZe“ není vůbec možné, aby zadavatel mohl zadání veřejné zakázky upravit tak, aby nebylo nutné využití předchozích autorských děl (vyplývajících z realizace veřejných zakázek „Implementace technického řešení Cross Compliance resortu Mze“, „Provozní podporu systému Cross-Compliance, interního/externího portálu a komunikačního rozhraní ESB“, „Služby správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“ a „Rozšíření služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“, bez podstatné změny výsledného plnění veřejné zakázky. Úprava zadání veřejné zakázky tak, aby nebylo nutné využití předchozích autorských děl, by znamenala zadání zcela jiné veřejné zakázky, s jiným věcným plněním i jinými časovými i finančními předpoklady, což v daném případě předmětné veřejné zakázky nemá žádný smysl“.

63. K výše uvedenému Úřad podotýká, že z předloženého znaleckého posudku zpracovaného Prof. Ing. Vladimírem Smejkaem, CSc., LL.M. jednoznačně vyplývá, že v rámci předchozích veřejných zakázek byly vytvořeny počítačové programy a databáze, které jsou podle autorského zákona autorskými díly. Zadavatel si ve smlouvách na plnění předchozích veřejných zakázek však nevyhradil možnost vykonávat majetkové právo k těmto dílům nebo poskytovat tato autorská díla třetím osobám. Vzhledem ke skutečnosti, že předmět nyní zadávané veřejné zakázky na tato autorská díla navazuje a při jeho realizaci jsou nutné zásahy do plnění vytvořeného v rámci předchozích veřejných zakázek, jež požívá ochrany autorský právo, může předmětnou veřejnou zakázku realizovat pouze vybraný uchazeč. Také technické důvody (nemožnost souběžného provozu předchozích systémů se současným budováním nového způsobu systémové centralizace v rámci resortu zadavatele jiným dodavatelem) jsou důvodem pro zadání předmětné veřejné zakázky v zadavatelem zvoleném druhu zadávacího řízení (tj. v jednacím řízení bez uveřejnění). K možnosti zadavatele realizovat předmětnou veřejnou zakázku jiným dodavatelem bez využití původního řešení (viz první varianta řešení ve výše uvedeném znaleckém posudku) Úřad uvádí, že by se jednalo o postup značně nevhodný a neefektivní, neboť by zadavatel pořizoval plnění, která již jednou zakoupil. V takovém případě by tedy sice byla zajištěna hospodářská soutěž a konkurenční prostředí mezi dodavateli, ale došlo by k nevhodnému a neúčelnému vynakládání veřejných prostředků (zadavatel by platil za plnění, které již má a na něž již

jednou veřejné prostředky vynaložil). Takový postup zadavatele by byl v rozporu s cílem zákona, neboť i podle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008 je cílem zákona o veřejných zakázkách „*zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky*“. V souvislosti s možností zadavatele upravit zadání předmětné veřejné zakázky tak, aby nebylo nutné využití předchozích autorských děl (tj. počítačových programů a databází), a to bez podstatné změny výsledného plnění, Úřad plně odkazuje na výše uvedené závěry znaleckého posudku Prof. Ing. Vladimíra Smejkal, CSc., LL.M., ze kterých jednoznačně vyplývá, že vzhledem k průřezovému charakteru plnění předmětné veřejné zakázky nelze zadání veřejné zakázky upravit tak, aby nebylo nutné využití předchozích autorských děl a současně nedošlo k podstatné změně výsledného plnění, neboť v případě zadání předmětné veřejné zakázky bez využití dříve vytvořených autorských děl byl se jednalo o veřejnou zakázku s jiným věcným plněním.

64. Obdobné závěry jako z posudku výše citovaného plynou také ze znaleckého posudku JUDr. Bohumíra Štědrone, Ph.D., LL.M. ze dne 24. 3. 2010, jehož zpracování Úřad zadal v rámci rozkladového řízení (viz bod 26). Znalec v tomto posudku mimo jiné konstatoval, že:

a) *„zhotovitel (tj. vybraný uchazeč) neposkytl objednateli (tj. zadavateli) právo na spojení svého autorského díla (počítačového programu) s jiným autorským dílem (počítačovým programem)“*,

b) *„za předpokladu, že veřejná zakázka, jejímž předmětem je „Systémová centralizace v rámci resortu MZe“ má navazovat na stávající programové vybavení, potom existují důvody vyplývající z ochrany autorských práv, které brání tomu, aby tuto veřejnou zakázku mohl realizovat odlišný dodavatel, než který realizoval předchozí veřejné zakázky“*,

c) *„zadavatel mohl upravit zadání veřejné zakázky tak, aby nebylo nutné využít předchozích děl, a to bez podstatné změny výsledného plnění veřejné zakázky, za předpokladu, že by v rámci nového řešení nahradil celé původní stávající programové vybavení. Jedná se tedy o případ, kdy by zadavatel celé řešení vybudoval znovu. Takovýto postup se mi v daném případě jeví ale jako ekonomicky nevýhodný a to obzvláště vzhledem k již proinvestovaným prostředkům na stávající programové vybavení“*.

65. Úřad má za to, že z výše uvedeného znaleckého posudku, který si Úřad nechal zpracovat v rámci rozkladového řízení (stejně jako ze znaleckého posudku předloženého zadavatelem v rámci správního řízení) i rozsudků soudů jednoznačně vyplývá, že v předchozích veřejných zakázkách bylo vytvořeno autorské dílo a je tak prokázána objektivní existence výhradních práv, která nedovolují zadavateli libovolně nakládat s předchozími počítačovými systémy, na které by měla stávající veřejná zakázka navazovat. Pokud tedy má nyní zadávaná veřejná zakázka navazovat na stávající programové vybavení vytvořené v rámci předchozích veřejných zakázek (situace, kdy by zadavatel pořizoval veškeré programové vybavení znovu, byla již výše označena jako nevhodná z důvodu její ekonomické nehospodárnosti – viz bod 63) Úřad konstatuje, že existují objektivní důvody vyplývající z ochrany autorských práv, které brání tomu, aby veřejnou zakázku realizoval jiný dodavatel, než vybraný uchazeč. K možnosti úpravy zadávacích podmínek tak, aby nebylo nutné využít předchozích autorských děl Úřad dodává, že ačkoliv ve výše uvedených znaleckých posudcích jsou v této

otázce konstatovány rozdílné názory (Prof. Ing. Vladimír Smejkal, CSc., LL.M. uvedl, že úprava zadání tak, aby nebylo nutné využití předchozích autorských děl bez podstatné změny výsledného plnění není možná a JUDr. Bohumír Štědroň, Ph.D., LL.M. uvedl, že taková úprava možná je), oba znalci se nakonec shodují, že by se v případě výše uvedené úpravy zadání jednalo o postup ekonomicky nevýhodný, resp. neefektivní a nehospodárný, a tudíž Úřad možnost úpravy zadání veřejné zakázky tak, aby nebylo nutné navazovat na dříve vytvořená autorská díla považuje za postup, který by byl vzhledem k jeho ekonomické nevýhodnosti v rozporu se samotným cílem zákona (viz bod 63).

66. Na základě výše uvedených znaleckých posudků, resp. jejich závěrů a s odkazem na rozsudky Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2010-332 ze dne 26. 4. 2012 a Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013 Úřad konstatuje, že zadavatel splnil podmínku zakotvenou v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a tudíž byl oprávněn zadat předmětnou veřejnou zakázkou v jednacím řízení bez uveřejnění. V souladu s výše uvedenými skutečnostmi rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu, a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
Místopředsedkyně

### Obdrží

1. JUDr. Vilém Podešva, LL.M., advokát, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4
2. Telefónica O2 Czech Republic, a.s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4

### Vypraveno dne

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