



UOHSX0043RH5

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé

V Brně dne: 12. dubna 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 13. 5. 2011 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – hlavní město Praha, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1, zast. doc. MUDr. Bohuslavem Svobodou, CSc., primátorem, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 3. 10. 2011 Mgr. Ing. Janem Kroftou, advokátem, se sídlem Břehová 208/8, 110 00 Praha 1,
- vybraný uchazeč – GORDIC spol. s r.o., IČ 47903783, se sídlem Erbenova 4, 586 01 Jihlava, za niž jedná Ing. Jaromír Řezáč, jednatel, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 31. 8. 2011 JUDr. Milanem Zápotočným, advokátem, se sídlem Telečská 7, 586 01 Jihlava,

ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s uzavřením

- smlouvy o dílo č. DIL/66/02/000676/2010 ze dne 1. 9. 2010,
- smlouvy na dodávku programového produktu, převod práv k jeho užití na kupujícího č. INO/66/02/000678/2010 ze dne 1. 9. 2010,
- smlouvy o poskytování podpory programového vybavení jednotného ekonomického systému (JES) pro hlavní město Prahu č. INO/66/02/000677/2010 ze dne 1. 9. 2010,

ve veřejné zakázce „Jednotný ekonomický systém JES“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona na základě výzvy k jednání ze dne 14. 7. 2010,

**rozhodl takto:**

I.

Zadavatel – hlavní město Praha, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1 – se při zadávání veřejné zakázky „Jednotný ekonomický systém JES“ dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když veřejnou zakázku „Jednotný ekonomický systém JES“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvy s vybraným uchazečem.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – hlavní město Praha, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1 – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

**pokuta ve výši 5 000 000,- Kč (pět milionů korun českých).**

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

1. Zadavatel hlavní město Praha, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1, zast. doc. MUDr. Bohuslavem Svobodou, CSc., primátorem, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 3. 10. 2011 Mgr. Ing. Janem Kroftou, advokátem, se sídlem Břehová 208/8, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), zahájil na základě výzvy k jednání ze dne 14. 7. 2010 jednacím řízením bez uveřejnění (dále také jen „JŘBU“) podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), za účelem zadání veřejné zakázky „Jednotný ekonomický systém JES“ (dále jen „veřejná zakázka“ nebo „JES“).
2. Na základě podnětu k přezkoumání postupu zadavatele v předmětné veřejné zakázce si Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) od zadavatele vyžádal veškerou dokumentaci související se zadáním předmětné veřejné zakázky. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil následující skutečnosti.

### Zadávací řízení

3. Zadavatel v bodě 1 výzvy k jednání ze dne 14. 7. 2010 vymezil předmět veřejné zakázky jako realizaci dodávek a poskytnutí služeb souvisejících s plošnou implementací systému GINIS Enterprise, který komplexně pokrývá všechny oblasti ekonomických procesů. Zadavatel uvedl, že v rámci veřejné zakázky budou dodány potřebné licence GINIS Enterprise (upgrade stávajících licencí GINIS a Win UCR), přičemž paralelně bude vytvořen sehrávací portál pro on-line aktualizaci dat. Dále proběhne rozšíření implementace v potřebném rozsahu funkčnosti na Magistrátu hlavního města Prahy, městských částí 2, 3, 5, 7, 10, 12, 13, 17, 18,

18, 22 a Technické správě komunikací hlavního města Prahy. Na zbývajících městských částech (4, 6, 8, 9, 11, 14, 15, 16, 19, 20, 21) a Městské policii hlavního města Prahy bude proveden upgrade stávajícího systému na kvalitativně nový ekonomický informační systém GINIS Enterprise. Na městské části Praha 1, kde je jako primární systém provozován SAP a Win UCR je používán pro vykazování dat směrem k Magistrátu hlavního města Prahy, bude implementován GINIS Enterprise v míře nutné k zajištění pořízení kompatibilních dat. U městských částí Praha 23 až 57 bude ekonomický systém upgradován na GINIS Enterprise formou hostingu. Součástí implementace v každém subjektu bude zpracování analýzy, implementace a testování systému, školení uživatelů a spuštění systému do ostrého provozu.

4. Zadavatel dále uvedl, že předmět veřejné zakázky zahrnuje rovněž vytvoření jednotně zajišťované podpory pro všechny subjekty hlavního města Prahy, které budou zahrnuty do projektu JES. Základní páteří systému podpory bude vytvoření centralizovaného service – desku, který bude k dispozici uživatelům GINIS Enterprise a bude zajišťovat komunikaci mezi uživateli a dodavatelem systému. K dispozici bude jednotná platforma pro předávání podnětů, požadavků na řešení chybových a nestandardních stavů, námětů dalšího rozvoje atd.
5. Na základě provedeného jednacího řízení bez uveřejnění rozhodl zadavatel dne 17. 8. 2010 o výběru nejhodnější nabídky uchazeče GORDIC spol. s r.o., IČ 47903783, se sídlem Erbenova 4, 586 01 Jihlava, za niž jedná Ing. Jaromír Řezáč, jednatel, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 31. 8. 2011 JUDr. Milanem Zápotočným, advokátem, se sídlem Telečská 7, 586 01 Jihlava (dále jen „vybraný uchazeč“ nebo „GORDIC“). Dne 1. 9. 2010 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem následující smlouvy v celkové hodnotě 538 600 000,- Kč bez DPH (646 320 000,- Kč vč. DPH) na realizaci předmětu veřejné zakázky:
  - smlouva o dílo č. DIL/66/02/000676/2010, přičemž cena za dílo byla stanovena ve výši 159 600 000,- Kč bez DPH (191 520 000,- Kč vč. DPH),
  - smlouva na dodávku programového produktu, převod práv k jeho užití na kupujícího č. INO/66/02/000678/2010, přičemž cena za poskytování služeb byla stanovena ve výši 230 000 000,- Kč bez DPH (276 000 000,- Kč vč. DPH),
  - smlouva o poskytování podpory programového vybavení jednotného ekonomického systému (JES) pro hlavní město Prahu č. INO/66/02/000677/2010, přičemž cena za poskytování služeb byla stanovena ve výši 149 000 000,- Kč bez DPH (178 800 000,- Kč vč. DPH).

#### **Průběh správního řízení**

6. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě posouzení dokumentace o šetřené veřejné zakázce získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, resp. zda byly naplněny podmínky pro jeho použití, zahájil správní řízení z moci úřední.
7. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - vybraný uchazeč.

8. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S364/2011/VZ-13017/2011/540/VKu ze dne 18. 8. 2011, v němž seznámil účastníky řízení s výše uvedenými skutečnostmi. Usnesením č. j. ÚOHS-P652/2010/VZ-13047/2011/540/VKu ze dne 18. 8. 2011 stanovil účastníkům lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dne 24. 8. 2011, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvním z účastníků řízení, bylo podle ust. § 113 zákona zahájeno správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona v souvislosti s porušením ust. § 21 odst. 2 zákona v návaznosti na porušení ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky pro jeho použití.

#### **Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 12. 9. 2011**

9. Dne 12. 9. 2011 obdržel Úřad od vybraného uchazeče vyjádření, v němž konstatuje, že ekonomický systém na platformě produktů Win UCR vybraného uchazeče je v hlavním městě Praha budován již od roku 1992. V roce 1998 došlo k významnější inovaci a na Magistrátu hlavního města Prahy a několika organizacích byl zaveden pokročilejší produkt systém GINIS. Tento systém byl dále modernizován a to konkrétně na Magistrátu hlavního města Prahy, 10 městských částech, Technické správě komunikací hlavního města Prahy (dále též „TSK“) a Městské knihovně. K této modernizaci však docházelo samostatně a v různém rozsahu, čímž nastaly mezi systémy jednotlivých organizací technologické rozdíly. V oblasti vedení účetnictví, rozpočtu a souvisejících ekonomických agend byl tak v roce 2010 na Magistrátu, Městské části Praha 10 a TSK provozován systém „GINIS“. Na ostatních městských částech (s výjimkou Městské části Praha 1) a Městské policii hlavního města Prahy byl používán systém „Win UCR“. Oba výše uvedené programy („GINIS“ a „Win UCR“) pocházejí od vybraného uchazeče a jsou podle názoru vybraného uchazeče chráněny podle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (dále jen „autorský zákon“) jako dílo literární. Vybraný uchazeč uvádí, že je výhradním vykonavatelem majetkových práv k těmto počítačovým programům i k veškeré dokumentaci, přičemž má dále výhradní právo nastavovat, udržovat, upravovat a zejména rozšiřovat (úplatně dodávat kopie a poskytovat licence k užití) tyto programy. Vybraný uchazeč dodává, že neudělil svolení k jakékoli změně nebo jakémukoliv jinému zásahu do svého díla, neudělil ani svolení k zpracování či jiné změně díla.
10. Dále vybraný uchazeč odkazuje na znalecký posudek a stanoviska, které si zadavatel před zahájením zadávacího řízení nechal vypracovat, z nichž dle jeho názoru vyplývalo, že předmětná veřejná zakázka mohla být zadána v jednacím řízení bez uveřejnění. V daném případě to podle vybraného uchazeče pak byl pouze on, kterému příslušela ochrana výhradních práv k rozšiřovanému dřívějšímu technickému řešení. Technické důvody k použití jednacím řízení bez uveřejnění následně dle vybraného uchazeče spočívaly zejména v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility plánovaného plnění s majetkem, který zadavatel pořídil již dříve, přičemž tento požadavek byl navíc odůvodněn technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší finanční náklady na straně zadavatele nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného majetku. Takové technické důvody jsou podle vybraného uchazeče typické především pro oblast informačních technologií.

11. Vybraný uchazeč se odvolává na komentářovou literaturu, podle níž je technické důvody možné spatřovat např. v situaci, kdy zadavatel již disponuje nějakým plněním, které mu bylo dříve poskytnuto, a poptává plnění, jehož dodání by mělo za následek nekompatibilitu s dříve poskytnutým plněním, pokud by bylo poskytnuto dodavatelem odlišným od toho, který mu poskytl původní. Typicky se tak podle vybraného uchazeče může jednat o požadavek zadavatele na rozšíření či úpravu jeho existujícího informačního systému, přičemž jedinou osobou, která je z technického hlediska schopna toto rozšíření provést, je vzhledem ke své nezastupitelné detailní znalosti tohoto systému, dodavatel tohoto informačního systému. Zde je podle vybraného uchazeče navíc nutné uvažovat též o právech autorských vztahujících se k tomuto informačnímu systému, kdy veřejná zakázka může být z dalších důvodů, a to z důvodů ochrany výhradních práv, splněna pouze jediným dodavatelem. Tyto důvody je podle vybraného uchazeče možné spatřovat v situaci, kdy zadavatel požaduje úpravu dříve dodaného plnění, které je autorským dílem ve smyslu autorského zákona a které předpokládá zásah do autorských práv. Zadavatel však podle vybraného uchazeče nedisponuje potřebnými oprávněními (tedy právy zasahovat a měnit tento systém, které by mohl poskytnout třetí osobě), a tudíž jedinou osobou, která je z hlediska ochrany výhradních práv oprávněna toto rozšíření či úpravu provést, je dodavatel tohoto informačního systému. Vybraný uchazeč dále uvádí, že příkladem použití výjimky (tedy zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění) je podle komentářové literatury např. veřejná zakázka na rozšíření zakázkového softwaru (původního, originálního softwaru), kdy za standardních podmínek nemůže realizovat toto rozšíření nikdo jiný než ten, kdo jej vytvořil.
12. Dle názoru vybraného uchazeče postupoval zadavatel v souladu s platnou a účinnou právní úpravou s důrazem na zásadu hospodárnosti a účelovosti nakládání s veřejnými prostředky. Z popisu předmětu plnění veřejné zakázky vyplývá, že předběžná kalkulace nákladů na jeho vybudování zahrnuje cenu licencí za systém GINIS Enterprise, která je oproti běžné ceně ponížena o hodnotu licence za systémy „GINIS“ a „Win UCR“, které již zadavatel používá a v tomto ohledu je tak podle vybraného uchazeče zřejmé, že zadavatel na minimum snížil finanční náklady související s plněním veřejné zakázky při respektování hodnoty již dříve pořízeného majetku. Zde je na místě podle názoru vybraného uchazeče vycházet i z ekonomického posouzení, které bylo zpracováno pro účely rozhodování Zastupitelstva hlavního města Prahy. Jestliže toto ekonomické posouzení deklaruje ekonomickou nevýhodnost dodávky systému JES jiným dodavatelem než vybraným uchazečem, je splněna premisa, že jiné než navržené řešení dodávky vybraného uchazeče by vyvolalo nepochybně vyšší finanční náklady na straně zadavatele.
13. S odkazem na výše uvedené vybraný uchazeč uvádí, že použití jednacím řízení bez uveřejnění bylo v tomto případě odůvodněno a je v naprostém souladu s právní úpravou zákona a současně dodává, že předmět správního řízení byl ze strany Úřadu definován velmi abstraktně, a proto se k předmětu probíhajícího řízení nemohl vyjádřit konkrétněji.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 7. 10. 2011 a 10. 10. 2011**

14. Dne 11. 10. 2011 a 12. 10. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, v nichž je ve vztahu k oprávněnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění uvedena v podstatě identická argumentace, jakou uvedl ve svém vyjádření vybraný uchazeč. Zadavatel zakládá oprávněnost jeho postupu taktéž především o závěry vyplývající ze stanovisek a znaleckého

posudku, které si nechal vypracovat před zahájením zadávacího řízení. Neslučitelnost provozních problémů spojených s dodávkou částečně nového systému od jiného dodavatele než vybraného uchazeče byla dle zadavatele prokázána zejména analýzou technického poradce. Uvedenou analýzou bylo podle názoru zadavatele blíže prokázáno, že nelze snadno s ohledem na komplexnost již používaného řešení nebo technická omezení vlastní systémům GINIS nebo Win UCR dosáhnout interoperability se systémy třetích stran, čímž došlo k naplnění další premisy, tj. značného rizika nefunkčnosti již pořízeného majetku. Kombinace naplnění uvedených premis byla podle zadavatele v daném případě důvodem pro zadání veřejné zakázky postupem v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Existence výhradních práv byla v případě veřejné zakázky podle zadavatele odůvodněna skutečností, že rozšíření funkcionalit systému GINIS na GINIS Enterprise mohlo být poskytnuto pouze vybraným uchazečem, a to s ohledem na výhradní výkon majetkových práv ve smyslu autorského zákona k předchozímu systému. Obdobně nebylo možné poptávat jednotnou službu technické podpory, neboť s ohledem na proprietární charakter systému GINIS Enterprise nebyl žádný jiný poskytovatel schopen zajistit servis tohoto systému.

15. S ohledem na shora uvedené se zadavatel domnívá, že v případě zadání veřejné zakázky byly naplněny důvody umožňující použití jednacím řízení bez uveřejnění a v tomto směru tedy nemohlo dojít k naplnění skutkové podstaty správního deliktu ve smyslu ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Současně zadavatel uvádí, že Úřad v daném případě blíže nespécifikoval, jakého porušení zákona se měl údajně zadavatel dopustit a v tomto ohledu je proto dle jeho tvrzení limitováno jeho stanovisko.

### **Závěry Úřadu**

16. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, vyjádření zadavatele a vybraného uchazeče a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
17. Podle ust. § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v ust. § 22 a 23 zákona rovněž jednacím řízení s uveřejněním nebo jednacím řízení bez uveřejnění.
18. Podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
19. Z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel zadal veřejnou zakázku „Jednotný ekonomický systém JES“ v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona na základě výzvy k jednání ze dne 14. 7. 2010.
20. Předmět veřejné zakázky vymezil zadavatel v bodě 1 výzvy k jednání ze dne 14. 7. 2010 jako realizaci dodávek a poskytnutí služeb souvisejících s plošnou implementací systému GINIS Enterprise, který komplexně pokrývá všechny oblasti ekonomických procesů. Zadavatel uvedl, že v rámci veřejné zakázky budou dodány potřebné licence GINIS Enterprise (upgrade

stávajících licencí GINIS a Win UCR), přičemž paralelně bude vytvořen sehrávací portál pro on-line aktualizaci dat. Dále mělo proběhnout rozšíření implementace v potřebném rozsahu funkčnosti na Magistrátu hlavního města Prahy, městských částí 2, 3, 5, 7, 10, 12, 13, 17, 18, 18, 22 a TSK. Na zbývajících městských částech (4, 6, 8, 9, 11, 14, 15, 16, 19, 20, 21) a Městské policii hlavního města Prahy měl být proveden upgrade stávajícího systému na kvalitativně nový ekonomický informační systém GINIS Enterprise. Na městské části Praha 1, kde byl jako primární systém provozován SAP a Win UCR byl používán pro vykazování dat směrem k Magistrátu hlavního města Prahy, měl být implementován GINIS Enterprise v míře nutné k zajištění pořízení kompatibilních dat. U městských částí Praha 23 až 57 měl být ekonomický systém upgradován na GINIS Enterprise formou hostingu. Součástí implementace v každém subjektu mělo být zpracování analýzy, implementace a testování systému, školení uživatelů a spuštění systému do ostrého provozu.

21. Zadavatel dále uvedl, že předmět veřejné zakázky měl zahrnovat rovněž vytvoření jednotně zajišťované podpory pro všechny subjekty hlavního města Prahy, které měly být zahrnuty do projektu jednotného ekonomického systému. Základní páteří systému podpory mělo být vytvoření centralizovaného service - desku, který měl být k dispozici uživatelům GINIS Enterprise a měl zajišťovat komunikaci mezi uživateli a dodavatelem systému. K dispozici měla být jednotná platforma pro předávání podnětů, požadavků na řešení chybových a nestandardních stavů, námětů dalšího rozvoje atd.
22. Dne 1. 9. 2010 uzavřel zadavatel v rámci předmětného zadávacího řízení s vybraným uchazečem následující smlouvy v celkové hodnotě 538 600 000,- Kč bez DPH (646 320 000,- Kč vč. DPH) na realizaci předmětu veřejné zakázky:
  - smlouva o dílo č. DIL/66/02/000676/2010, přičemž cena za dílo byla stanovena ve výši 159 600 000,- Kč bez DPH (191 520 000,- Kč vč. DPH),
  - smlouva na dodávku programového produktu, převod práv k jeho užití na kupujícího č. INO/66/02/000678/2010, přičemž cena za poskytování služeb byla stanovena ve výši 230 000 000,- Kč bez DPH (276 000 000,- Kč vč. DPH),
  - smlouva o poskytování podpory programového vybavení jednotného ekonomického systému (JES) pro hlavní město Prahu č. INO/66/02/000677/2010, přičemž cena za poskytování služeb byla stanovena ve výši 149 000 000,- Kč bez DPH (178 800 000,- Kč vč. DPH).
23. Úřad v obecné rovině konstatuje, že jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, 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 ust. § 23 zákona. V šetřeném případě směřuje argumentace zadavatele k použití § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. možnosti splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem z technických důvodů, především však z důvodu ochrany výhradních práv.

24. Aplikace uvedeného ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. O použití příslušného druhu zadávacího řízení rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Je na zadavateli, aby prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. V neposlední řadě je zadavatel rovněž povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacím řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná. V této souvislosti odkazuje Úřad na rozhodovací praxi Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“), např. rozsudek C–385/02 ze dne 14. 9. 2004 (Evropská komise vs. Itálie), ve kterém ESD konstatoval, že ustanovení, která povolují výjimky z pravidel při zadávání veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává (viz články č. 19 a č. 20 rozsudku).
25. Úřad konstatuje, že prokázání existence důvodu pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona není z obecného hlediska vázáno pouze na předložení listiny ve formě dokladu (např. ochranná známka, užitný vzor, patent, licence), ale tyto objektivní důvody musí skutečně existovat, podmínky pro aplikaci citovaného ustanovení zákona musí být naplněny fakticky.
26. Nutnost uzavření smluvního vztahu právě s vybraným uchazečem v jednacím řízení bez uveřejnění odůvodňuje zadavatel skutečností, že se jedná o upgrade a sjednocení ekonomického systému, který je již v nějaké podobě implementován a používán. V této souvislosti odkazuje zejména na následující dokumenty:
- „Právní posudek JUDr. Milana Zápotočného, advokáta, ze dne 7. 5. 2007,
  - „Důvodová zpráva Jednotný ekonomický systém (JES)“,
  - „Právní vyjádření k postupu zadavatele formou jednacím řízení bez uveřejnění – Jednotný ekonomický systém JES“ zpracované advokátní kanceláří HAVEL & HOLÁSEK s.r.o. dne 27. 5. 2010,
  - znalecký posudek Ing. René Pitáka ze dne 4. 6. 2010,
  - „Právní stanovisko k možnosti zadání veřejné zakázky „Jednotný ekonomický systém JES“ prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění“ zpracované společností Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o. dne 1. 6. 2010,
  - „Prohlášení k postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění a vypracování zadávací dokumentace externím právním poradcem“ zpracované společností Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o. ze dne 8. 6. 2010,
  - „Stanovisko k ekonomickému a technickému posouzení projektového záměru JES“ zpracované společností Deloitte Advisory s.r.o. dne 23. 6. 2010.
27. K uvedenému Úřad uvádí, že přezkum zadávání veřejných zakázek v oblasti informačních technologií realizovaných na základě jednacím řízení bez uveřejnění lze založit na rozhodovací praxi Úřadu, jelikož daná problematika již byla pravomocně



rozhodnuta např. v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S108/2009/VZ-12163/2009/510/Hod ze dne 15. 10. 2009, které bylo potvrzeno druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R159/2009/VZ-11166/2010/310-ASc ze dne 22. 7. 2010, nebo v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S336/2010/VZ-15782/2010/510/Hod ze dne 21. 3. 2011, které bylo potvrzeno druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R74,75/2011/VZ-17614/2011/310-ASc ze dne 9. 11. 2011 (rozhodnutím č. j. OÚHS-R74,75/2011/VZ-20728/2011/310/Jma ze dne 23. 12. 2011 došlo ke změně tohoto rozhodnutí týkající se výše uložené pokuty). V obou zmíněných případech Úřad dospěl k závěru, že veřejné zakázky neměly být zadávány v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. 23 odst. 4 písm. a) zákona, jelikož nebyly splněny podmínky vyplývající z tohoto ustanovení zákona pro tento druh zadávacího řízení. V daném případě Úřad proto využil závěrů uvedených v těchto rozhodnutích a aplikoval je v rámci přezkumu postupu zadavatele v předmětném zadávacím řízení.

28. Zadavatel zakládá obhajobu svého postupu především na podkladech, které nashromáždil před zahájením zadávacího řízení za účelem ověření možnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění. Dle jeho názoru z nich jednoznačně vyplývá, že v daném případě byly dány jak technické důvody, tak důvody vyplývající z autorských práv, kterými ve vztahu k stávajícímu vybavení zadavatele disponoval vybraný uchazeč. K jednotlivým zadavatelem odkazovaným dokumentům Úřad uvádí následující.

*Právní posudek JUDr. Milana Zápotočného, advokáta, ze dne 7. 5. 2007*

29. V rámci tohoto posudku byl JUDr. Milan Zápotočný dotázán vybraným uchazečem, zda je možné postupovat při zadání veřejné zakázky pro uzavření smlouvy o podpoře, případně upgrade Win UCR na GINIS podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona v jednacím řízení bez uveřejnění a učinit výzvu k jednání jednomu zájemci, za jakých podmínek lze postupovat podle výše uvedeného dotazu, jaké jsou náležitosti výzvy (příp. usnesení orgánu samosprávy při vypisování této výzvy) a zda jsou vytvořeny podmínky pro případné upgrade ze smluv o převodu práv k užívání Win UCR. Z právního rozboru JUDr. Milana Zápotočného vyplynulo, že při zadání veřejné zakázky pro uzavření smlouvy o podpoře, případně upgrade Win UCR na GINIS lze postupovat podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona v jednacím řízení bez uveřejnění a učinit výzvu k jednání jednomu zájemci, pokud lze „podporu“ specifikovat zejména ve smyslu inovace a s ní spojených úprav stávajícího programu. Uvedený závěr byl založen především na důvodech vyplývajících z ochrany autorských práv vybraného uchazeče k produktu Win UCR.
30. K tomuto právnímu posudku Úřad uvádí, že zpracovaný právní rozbor byl zpracován na základě žádosti vybraného uchazeče a nikoliv zadavatele, především se však posuzovaný stav vztahoval k předcházející implementaci systému GINIS na systém Win UCR u zadavatele. Šlo tedy o částečné rozšíření stávajícího systému zadavatele předcházející šetřené veřejné zakázce, a proto nelze tento právní rozbor považovat za relevantní, jelikož se vztahuje k jiné situaci, a tudíž z něj nelze vyvozovat automatickou aplikaci daných závěrů pro přezkoumávaný případ. V přezkoumávaném případě totiž došlo nejen k rozšíření systému, ale v některých částech i nahrazení stávajícího systému, což bude rozebráno dále. Stěžejní záležitostí však zůstává skutečnost, že tento právní rozbor se nevztahoval k analýze možného postupu zadavatele v přezkoumávaném zadávacím řízení, a proto jej nelze akceptovat jako důkaz oprávněnosti postupu zadavatele. Úřad však současně upozorňuje, že z tohoto právního rozboru vyplývá, že postup v jednacím řízení bez uveřejnění byl doporučen pouze

s ohledem na ochranu autorských práv vybraného uchazeče a nelze jej tudíž ani považovat za odbornou technickou analýzu systémového prostředí zadavatele.

*Důvodová zpráva Jednotný ekonomický systém (JES)*

31. Tato zpráva byla zpracována na základě usnesení č. 408 Rady hlavního města Prahy ze dne 19. 3. 2010 jako podklad pro jednání zastupitelstva hlavního města Prahy. V této zprávě je popsán historický vývoj implementace stávajícího systému zadavatele, přičemž s ohledem na roztržitost a vzájemnou nižší propojenost zadavatelem spravovaných agend, je doporučován systém GINIS Enterprise, jako produkt sjednocující stávající účetní a rozpočtové systémy zadavatele v jeden celek, jehož nespornou výhodou měla být ochrana předchozích investic zadavatele. Z této zprávy vyplývá, že cílem zavedení jednotného ekonomického systému GINIS Enterprise mělo být rozšíření implementace v potřebném rozsahu funkčnosti na Magistrátu hlavního města Prahy, městských částech 2, 3, 5, 7, 10, 12, 13, 17, 18, 22 a TSK. Na zbývajících městských částech a Městské policii hl. m. Prahy měl být proveden upgrade stávajícího systému na kvalitativně nový ekonomický informační systém GINIS Enterprise. Na Městské části Praha 1, kde byl jako primární systém provozován SAP a Win UCR bylo používáno pro vykazování dat směrem k Magistrátu hlavního města Prahy, měl být implementován GINIS Enterprise v míře nutné k zajištění pořízení kompatibilních dat. U městských částí 23-57 měl být ekonomický systém upgradován na GINIS Enterprise formou hostingu. V další části textu jsou rozebrány přínosy implementace systému, finanční vyjádření a popis postupů vedoucích k dosažení cílového stavu.
32. K uvedené důvodové zprávě Úřad uvádí, že předmětný dokument je pouze popisným materiálem charakterizujícím výhody a potřebnost nového ekonomického systému, resp. implementace systému GINIS Enterprise, a to zejména z hlediska ekonomického, avšak neobsahuje žádnou zmínku o potřebnosti, resp. důvodech pro zadání veřejné zakázky na tento systém v režimu jednacího řízení bez uveřejnění, a z tohoto důvodu považuje Úřad i tento dokument za irelevantní ve vztahu k prokazování oprávněnosti postupu zadavatele v předmětné veřejné zakázce v jednacím řízení bez uveřejnění. Jako zásadní sdělení vyplývající z této zprávy však Úřad považuje informaci, že implementací produktu GINIS Enterprise mělo dojít k rozšíření stávajícího systému pouze u části subjektů, přičemž u ostatních mělo dojít buď k náhradě stávajícího systému tímto novým řešením, nebo měla být požadovaná funkčnost zajištěna formou hostingu.

*Právní vyjádření k postupu zadavatele formou jednacího řízení bez uveřejnění – „Jednotný ekonomický systém JES“ zpracované advokátní kanceláří HAVEL & HOLÁSEK s.r.o. dne 27. 5. 2010*

33. Tato právní analýza byla zpracována na základě požadavku zadavatele za účelem posouzení podkladů připravované předmětné veřejné zakázky a záměru zadavatele zadat tuto veřejnou zakázku formou jednacího řízení bez uveřejnění. Tento právní rozbor je zaměřen jak na oblast technického rozhraní stávajícího a poptávaného systému, tak na otázku autorsko-právní a jejích důsledků pro postup zadavatele v předmětném zadávacím řízení s ohledem na podmínky vyplývající ze zákona o veřejných zakázkách. Ve vztahu k technickým důvodům pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je v tomto právním vyjádření uveden následující text:

„Při posuzování zakázky a možnosti jejího splnění jediným dodavatelem je potřeba předně zvážit technickou možnost navázání na stávající systém. Na svých webových stránkách popisuje výrobce systém GINIS jako systém otevřený, založený na mezinárodně uznávaných standardech. Tento popis sám o sobě naznačuje, že systém GINIS by měl být propojitelný s libovolným software. Za projev uvedené propojitelnosti lze považovat realizaci zakázky „Analýza, realizace a pilotní implementace rozhraní PROXIO/AGENDIO-GINIS-sociální dávky (E.AGE/ZAV)“ společností GORDIC v roce 2009, během níž mělo být vytvořeno rozhraní pro přenos údajů mezi oběma systémy, přičemž rozumíme, že fakticky šlo o otestování realizace součásti plánovaného JES. Dále z popisu této zakázky vyplývá, že systém GINIS pracuje s databázovými nástroji třetích stran. Lze tedy předpokládat, že při kvalitním zdokumentování datových struktur lze k databázi přistupovat prostřednictvím jakéhokoliv adekvátního software. Zároveň je třeba brát v potaz riziko nefunkčnosti nových anebo stávajících komponent z důvodu nekompatibility v budoucnu provozovaných systémů (což opět není otázkou právní, ale skutkovou). Pokud stávající smluvní vztahy mezi zadavatelem a GORDIC upravují povinnost společnosti GORDIC dostatečně dokumentovat technické řešení a tuto dokumentaci v odpovídající kvalitě předat zadavateli, a GORDIC tuto povinnost řádně splní, lze toto riziko minimalizovat. Takovéto ujednání je upraveno ve smluvní dokumentaci, která nám byla poskytnuta. K posouzení otázky možnosti plnění zakázky jiným dodavatelem je dále relevantní ekonomická stránka zakázky, tj. srovnání nákladů na realizaci zakázky stávajícím a jiným dodavatelem. Ačkoli se nemůžeme vyjadřovat v rámci právního posouzení ani k finančním dopadům způsobu realizace zakázky a výhodnosti navrhaného řešení, z předložených dokumentů vyplývají následující relevantní skutečnosti: Jiný dodavatel než GORDIC by musel pro integraci stávajících systémů vytvořit tři typy rozhraní – jedno pro převod dat ze systému Win UCR, druhé pro převod ze systému GINIS a třetí pro převod ze systému PROXIO/AGENDIO. Dodávka společnosti GORDIC je v tomto o jeden element jednodušší, neboť systém GINIS je již u zadavatele používán, resp. o dva elementy za předpokladu, že systém Win UCR má být nahrazen také systémem GINIS. Dále odpadá potřeba zajistit proškolení uživatelů, pokud ke změně systému nedojde. Možnost tvorby příslušných rozhraní mezi rozdílným software pochopitelně závisí na možnosti tento rozdílný software navzájem propojovat. Z popisu JES vyplývá, že předběžná kalkulace nákladů na jeho vybudování zahrnuje cenu licencí za systém GINIS Enterprise, která je však oproti běžné ceně ponížena o hodnotu licence za systémy GINIS a Win UCR, které již zadavatel používá – v tomto ohledu je zřejmé, že dochází k výraznému snížení finančních nákladů při respektování hodnoty již pořízeného majetku. **Z výše uvedeného vyplývá, že existují argumenty jak pro tvrzení, že z technických důvodů může systém JES dodat i jiný dodavatel, tak pro závěr, že neslučitelnost nebo nevyhnutelnost provozních problémů spojených s dodávkou částečně nového systému od jiného dodavatele je důvodem pro použití JŘBU.** Posouzení, které argumenty převažují, závisí zejména na jejich ekonomickém posouzení, přičemž relevantní je zároveň i technické posouzení otázky, nakolik je stávající systém otevřený a nakolik umožňuje bezproblémově dosáhnout interoperability se systémy třetích stran. Zde je na místě vycházet z ekonomického posouzení, které bylo zpracováno pro účely rozhodování Zastupitelstva hlavního města Prahy. Jestliže toto ekonomické posouzení dokládá ekonomickou nevýhodnost dodávky systému JES jiným dodavatelem než společností GORDIC a naopak dokumentuje možné úspory při oslovení společnosti GORDIC, je splněna premisa, že jiné než navržené řešení dodávky společnosti GORDIC by vyvolalo nepochybně

*vyšší finanční náklady na straně zadavatele. Obdobně pokud analýza technického poradce dospěla k závěru, že nelze snadno s ohledem na komplexnost již používaného řešení nebo technická omezení vlastní systémům GINIS nebo WIN UCR dosáhnout interoperability se systémy třetích stran, je možné poukázat na splnění další premisy, tj. značného rizika nefunkčnosti již pořízeného majetku. Kombinace naplnění těchto premis v daném případě je důvodem pro zadání zakázky postupem v JŘBU.“*

34. Ve vztahu k důvodům pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění vyplývajícím z ochrany výhradních práv je v tomto právním rozboru uveden následující text:

*„Při posuzování možnosti plnění zakázky jiným dodavatelem je tak základní otázkou, zda lze integrovat stávající software s jiným systémem bez zásahu do práv chráněných autorským právem, resp. zda lze za splnění těchto podmínek dosáhnout požadované funkcionality. Z dostupných dokumentů týkajících se provozovaných systémů (např. smlouva č. D/40/000337/2 ze dne 24.6.1999) vyplývá, že společnost GORDIC výslovně neomezuje uživatele systému v případných drobných úpravách díla - toto oprávnění pro uživatele tedy v mezích stanovených limitů vyplývá přímo z autorského zákona (dále jen „AutZ“ pozn. Úřadu), jak je detailněji rozvedeno níže. Systém GINIS je dle prohlášení společnosti GORDIC autorským dílem souborným, tj. kromě software v sobě zahrnuje i další díla chráněná zákonem. Těmito dalšími díly může být konkrétní architektura integrovaného systému – vzhledem k tomu, že tato architektura odpovídá velice specifickým požadavkům zadavatele, je nutné zvážit, zda dané dílo není možno považovat za tzv. dílo vytvořené na objednávku. Dle § 61 AutZ platí, že autor u díla na objednávku poskytl licenci k účelu vyplývajícimu ze smlouvy, není-li sjednáno jinak. Z předložených dokumentů k systému GINIS vyplývá, že účelem dodávky je zhotovení a instalace software, poskytnutí licence k jeho použití. Za explicitně neupravený účel s ohledem na celkový kontext uzavřené smlouvy, jímž je poskytnutí softwaru ekonomickému subjektu pro jeho vnitřní potřeby v souladu s příslušnými právními předpisy a s cílem podpoření jeho činností, je nutné považovat využití tohoto softwaru v prostředí umožňujícím jeho vzájemné propojení (předmětem dodávky je více modulů, které spolu souvisí a logicky mohou navazovat na jiné moduly) s jiným softwarem. Ve vztahu k softwarovým částem systému GINIS je pak nutné doplnit, že dle § 66 odst. 1 písm. e) AutZ je uživatel oprávněn zasahovat do počítačového programu za účelem dosažení vzájemného funkčního propojení nezávisle vytvořeného počítačového programu s jinými počítačovými programy. Z předložených podkladů nevyplývá, že by GORDIC měl v úmyslu toto právo omezit. Například ve smlouvě č. D/40/000337/2 ze dne 24.6. 1999 se v článku XI odst. 2 uvádí: „zhotovitel se zavazuje je (zdrojové formy počítačových programů) předat objednateli v případě ukončení své činnosti. Ačkoli u tohoto ustanovení není jednoznačné, zda se má týkat pouze případů ukončení činnosti dle dané smlouvy nebo ukončení obchodní činnosti GORDIC jako takové, je mu možné rozumět tak, že explicitně nederoguje ustanovení § 66 odst. 1 písm. e) AutZ, z něhož vyplývá možnost úpravy programu za účelem zajištění interoperability; ostatně dle komentářů vyloučení práva vyplývajících z § 66 odst. 1 písm. e) AutZ ani není smluvně možné. Pro úplnost uvedme, že novější verze licenčního ujednání společnosti GORDIC, jak nám byla poskytnuta, již výslovně omezuje zpětnou analýzu, dekompilaci a převod ze strojového kódu (reverse engineering), na druhou stranu však opět výslovně nezakazuje možnost uživatele usilovat o funkční propojení s jiným softwarem a ani, jak jsme uvedli výše, tak v souladu s platným právem činit nemůže. Tento závěr nemění ani čestné prohlášení, neboť to pouze deklaruje oprávnění společnosti GORDIC*

s dílem nakládat (z titulu zaměstnaneckého díla, kdy ekonomická práva k autorským dílům zaměstnanců vykonává zaměstnavatel); výhradní právo nastavovat, udržovat a v případě potřeby i upravovat je taktéž deklarováno pouze ve vztahu k autorům díla, což nebrání společnosti GORDIC udělit licenci dalším osobám (včetně uživatelům) a toto své výhradní právo omezit. Ze zkoumaných dokumentů nevyplývá, že by společnost GORDIC udělila přímo oprávnění dodávaný software upravovat, avšak ani z nich nevyplývá jiné ujednání, které by uživatelům bránilo v omezené míře dodané autorské dílo upravovat v souladu s příslušnými ustanoveními AutZ. Ve vztahu k systému JES můžeme tedy na základě výše uvedeného a s přihlédnutím k možným jiným způsobům řešení zmíněným v předchozím bodě říci, že **neexistují jednoznačně vymezená výhradní práva, která by dodávkou JES (definovanou funkčními požadavky) měla být dotčena, a to za předpokladu, že by dodávka spočívala technicky výhradně v úpravě stávajícího počítačového programu nezbytné pro zajištění interoperability s dalšími programy a dále v dodávce či vytvoření programu jiného.** Pro vyloučení pochybností uvádíme, že tento závěr tedy nelze použít například pro případ, že by dodávka spočívala také v jiné úpravě systému GINIS nad rámec zajištění jeho interoperability s dalšími systémy. Je zřejmé, že systém GINIS může dodat pouze společnost GORDIC, na druhou stranu však software plnící stejné funkce může dodat kterýkoliv jiný dodavatel za předpokladu, že následně bude zajištěno vytvoření adekvátního rozhraní. Ochrana výhradních práv tedy nemůže být sama o sobě důvodem pro použití JŘBU, není-li současně jednoznačně prokázáno, že je potřeba zasáhnout do stávajícího autorského díla společnosti GORDIC a že jedině jeho úpravou nad rámec zajištění jeho interoperability s dalšími systémy bude dosaženo požadované funkcionality v rámci JES. Splnění právě uvedené podmínky lze určitě potvrdit v případě rozšíření funkcionalit systému GINIS na GINIS Enterprise, neboť je zřejmé, že tuto část plnění může poskytnout pouze společnost GORDIC. Obdobně by nebylo možné poptávat jednotnou službu technické podpory, neboť s ohledem na proprietární charakter systému GINIS Enterprise není žádný jiný poskytovatel schopen zajistit servis tohoto systému. U ostatních částí plánovaného systému JES lze však z právního pohledu připustit alternativní řešení, takže je nutné posuzovat i otázky technických a ekonomických důvodů, jak jsou uvedeny výše. V těchto případech však nelze dospět k použití JŘBU z důvodu ochrany výhradních práv. Ve vztahu k ochraně výhradních práv je možné konstatovat, že v případě systému GINIS zde výhradní práva dodavatele existují a v některých aspektech zcela jistě neumožňují zadavateli libovolně s užívanými systémy nakládat, včetně jeho rozvoje. To se týká zejména části zakázky, která má spočívat v rozšíření funkcionalit systému GINIS na GINIS Enterprise a v zajištění jednotné služby podpory. **V souladu s platnou právní úpravou a s ohledem na povahu některých dodávek a služeb pro účely JES je ale možné identifikovat řešení, pomocí nichž lze fakticky dosáhnout obdobných výsledků i prostřednictvím jiných řešení a jiných dodavatelů. U těchto částí plnění je zásadní technické a ekonomické zhodnocení.** Za předpokladu, že tato posouzení správně dokládají ekonomickou nevýhodnost dodávky systému JES jiným dodavatelem než společností GORDIC a naopak dokumentují výrazné úspory při realizaci zakázky společností GORDIC a rizika interoperability se systémy třetích stran (s ohledem na komplexnost již používaného řešení nebo technická omezení stávajících systémů), pak lze dospět k závěru, že použití JŘBU je v tomto případě odůvodněno a je v souladu s právní úpravou zákona.“

35. Jako doporučení zadavateli je pak uveden následující výčet postupů, které měl zadavatel dle tohoto vyjádření učinit, aby případné použití jednacího řízení bez uveřejnění a jeho odůvodnění bylo obhajitelné a zároveň přezkoumatelné ze strany Úřadu.

*„Použití zadávacího řízení formou JŘBU musí být řádně odůvodněno v dokumentech týkajících se zadání veřejné zakázky a podloženo odborným vyjádřením z technického a ekonomického pohledu, aby byl zřejmý jeho právní podklad a odůvodnění bylo přezkoumatelné Úřadem. V odůvodnění bude namísto rozlišovat mezi částí plnění, na kterou se nutně vztahuje ochrana výhradních práv, a částí plnění, u kterých se uplatní technické důvody. Pro vyloučení pochybností uvádíme, že pokud by součástí plnění měly být běžně dostupné služby a dodávky (zejm. dodávka hardware a běžných licencí), bylo by tyto plnění nutné zadat v obecně použitelném druhu zadávacího řízení. S ohledem na ekonomické hodnocení řešení, které je relevantní pro rozhodnutí o technických důvodech pro použití JŘBU, by měla smlouva s dodavatelem (a) co se týče ceny plnění být objektivně odůvodnitelná s ohledem na aktuální podmínky na trhu a (b) zahrnovat pouze taková ujednání, která pro zadavatele v budoucnu v případě navazujících nebo souvisejících plnění nebudou představovat překážku alternativním řešením. Licenční ujednání dodavatele by rozhodně neměly omezovat zadavatele nad rámec zákonné úpravy AutZ ani nad rámec licenčních ujednání obvyklých pro tento druh plnění, a odpovídat dosavadnímu standardu. To se týká i stanovení povinnosti dodavatele dostatečně dokumentovat technické řešení a tuto dokumentaci v odpovídající kvalitě předat zadavateli. V rámci právní jistoty ve vztahu k platnosti smlouvy, která má být s dodavatelem v JŘBU uzavřena, a jejímu plnění, jakož i v zájmu transparentnosti postupu zadavatele doporučujeme provést dobrovolné uveřejnění o záměru uzavřít smlouvu s dodavatelem v JŘBU“.*

36. K uvedenému Úřad uvádí, že předmětná analýza jasně poukázala na rizika spojená s použitím jednacího řízení bez uveřejnění, resp. identifikovala problémové okruhy, které měl zadavatel vyřešit před zahájením zadávacího řízení za účelem ověření si oprávněnosti takového postupu. Z daného rozboru však zejména vyplývá, že jak technické důvody, tak i autorskoprávní nebyly v daném případě jednoznačně potvrzeny, ba naopak byly v tomto stanovisku uvedeny pochybnosti o existenci těchto důvodů.

*Znalecký posudek Ing. René Pitáka ze dne 4. 6. 2010*

37. Tento znalecký posudek byl zpracován na základě požadavku zadavatele ze dne 17. 5. 2010, přičemž jeho účelem bylo posouzení možnosti vyhlášení zadávacího řízení na realizaci projektu jednotného ekonomického systému prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění. Na str. 2 v rámci omezujících podmínek zpracování znaleckého posudku bylo uvedeno, že tento posudek neřeší právní otázky související s předmětem posudku a výhradně se zaměřuje na ekonomické a věcné souvislosti, které jsou předmětem jeho zadání. Jak vyplývá z evidence znalců a tlumočnicků vedené Ministerstvem spravedlnosti České republiky, autor posudku je soudním znalcem v oborech doprava (doprava městská, doprava silniční), ekonomika (ceny a odhady motorových vozidel, ceny a odhady MOV – strojů a strojního zařízení, zemědělské techniky, výpočetní a zabezpečovací techniky, elektrotechniky) a strojírenství (strojírenství všeobecné – autoopravárenství).
38. Předmětný posudek se věnuje analýze funkčnosti jednotlivých agend systému GINIS, přičemž tento rozbor obsahuje především popisnou část tohoto produktu. Ve vztahu

k předmětu zadání autor posudku dospěl k závěru, že plošná implementace jiného systému než GINIS Enterprise od vybraného uchazeče by byla spojena s daleko větší technickou obtížností při provádění předmětu plnění a dle tohoto posudku bylo možné předpokládat, že by měla za následek vyšší finanční náklady zadavatele s ohledem na již vynaložené investice do ekonomických systémů. Dále pak autor posudku uvádí, že plnění předmětu této veřejné zakázky jiným subjektem by bylo spojeno s technickou neslučitelností, provozními problémy a problémy garanční funkčnosti. Autor posudku proto konstatuje, že vyhlášení zadávacího řízení na realizaci projektu jednotného ekonomického systému prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění je možné a doporučené z důvodu ochrany výhradních práv, neboť vybraný uchazeč je jediným vlastníkem autorských práv k systému GINIS.

39. K uvedenému posudku má Úřad několik podstatných výhrad, které považuje za zásadní ve vztahu k jeho akceptaci jako dokumentu, na jehož základě zadavatel dovozuje oprávněnost svého postupu.
40. Především se Úřad domnívá, že výrok autora posudku nelze akceptovat již z toho důvodu, že s ohledem na jeho oborovou působnost nebyl kompetentní k vyslovení závěrů dotýkajících se posouzení právních otázek souvisejících s oblastí ochrany autorských práv. Tuto skutečnost mimo jiné potvrzuje omezení uvedené v úvodu tohoto posudku, v němž autor sám uvádí, že tento posudek neřeší právní otázky související s předmětem posudku. Z tohoto důvodu považuje Úřad závěr autora posudku týkající se posouzení možnosti postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění s ohledem na podmínky vyplývající z ochrany autorských práv v návaznosti na výše uvedené za laický, a tudíž za nedostatečně průkazný. Současně se Úřad domnívá, že autor posudku žádným věrohodným způsobem nedoložil ani technické důvody, o kterých se taktéž zmiňuje jako o důvodu možných komplikací při uzavření smlouvy zadavatele s jiným dodavatelem než s vybraným uchazečem, jelikož posudek je koncipován spíše jako popis produktu z hlediska jeho funkčních dispozic, avšak nezahrnuje žádnou dílčí informaci týkající se technických omezení v případě jeho propojení s jinými systémy. Naopak lze konstatovat, že například v bodu 3.1.3 Rozhraní GINIS integrační platforma, je v rámci popisu technologie XML uvedeno, že: *„důsledné využití schopnosti XML přenášet samopopisná data na platformově neutrálním základě zaručuje komponentám integrační platformy GINIS otevřenost a konzistentnost datových přenosů“*, což spíše poukazuje na opačný stav věci. S ohledem na celkový obsah předmětného posudku považuje Úřad závěry z něho vyplývající za nedoložené a pro účely Úřadu v rámci přezkumu za neakceptovatelné.

*Právní stanovisko k možnosti zadání veřejné zakázky „Jednotný ekonomický systém JES“ prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění zpracované společností Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o. ze dne 1. 6. 2010*

41. Toto právní stanovisko bylo taktéž zpracováno za účelem posouzení možnosti zadání předmětné veřejné zakázky na jednotný ekonomický systém prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění. Jak vyplývá z obdržených podkladů, tento materiál je identický jako výše uvedený znalecký posudek Ing. René Pitáka, resp. mimo tento posudek neobsahuje žádné jiné podstatné informace, a proto je nutné z hlediska zhodnocení technických důvodů pro postup zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění v předmětném zadávacím řízení dospět ke stejnému závěru jako u výše uvedeného posudku, a to, že tyto důvody nejsou v předmětném stanovisku žádným způsobem věcně popsány. Ve vztahu k posouzení oblasti

ochrany autorských práv vybraného uchazeče je v tomto stanovisku konstatováno, že „aplikační programový systém „GINIS®“ je souborným autorským dílem a společnost GORDIC spol. s r.o. je výhradním vykonavatelem majetkových práv k celému aplikačnímu programovému systému „GINIS®“ i k veškeré dokumentaci k systému „GINIS®“; společnost GORDIC spol. s r.o. má výhradní právo aplikační programový systém „GINIS®“ i veškerou dokumentaci k systému „GINIS®“ nastavovat, udržovat, upravovat a zejména rozšiřovat (úplatně dodávat kopie a poskytovat licence k užití) ve vztahu k budoucím uživatelům“ a proto i tyto skutečnosti byly zpracovatelem stanoviska shledány jako důvod, proč může být tato veřejná zakázka realizována pouze jedním dodavatelem, a to vybraným uchazečem. V tomto ohledu považuje Úřad toto stanovisko za podstatnou argumentaci, ke které se dále v textu vyjádří.

*Prohlášení k postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění a vypracování zadávací dokumentace externím právním poradcem zpracované společností Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o. ze dne 8. 6. 2010*

42. Tento dokument v podstatě navazuje na zpracované stanovisko ze dne 1. 6. 2010, přičemž hlavním sdělením je prohlášení společnosti Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o., že předmětná veřejná zakázka je zadávána v souladu se zákonem. S ohledem na charakter tohoto důkazu nepovažuje Úřad za nutné se k němu jakkoliv vyjadřovat, jelikož nemá žádnou vypovídací hodnotu ve vztahu k šetřeným skutečnostem, ale pouze dokládá přesvědčení Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o., o zákonnosti postupu zadavatele.

*Stanovisko k ekonomickému a technickému posouzení projektového záměru JES zpracované společností Deloitte Advisory s.r.o. dne 23. 6. 2010*

43. V úvodu tohoto písemného materiálu je uvedeno, že se jedná o stanovisko k ekonomickému a technickému posouzení projektového záměru zadavatele na jednotný ekonomický systém, které bylo zpracováno v návaznosti na objednávku poradenských služeb a to s ohledem na záměr zadavatele oslovit jediného uchazeče k realizaci předmětu veřejné zakázky. Zpracovatel vymezil stanovené cíle zpracovaného stanoviska následovně:

- Celkově posoudit projektový záměr JES (dále také „záměr“) z hlediska ekonomického a věcného,
- Zhodnotit zamýšlené řešení z hlediska adekvátnosti podpory klíčových ekonomických procesů,
- Posoudit zamýšlené řešení z hlediska provázanosti a komplexnosti pokrytých ekonomických agend,
- Zhodnotit soulad zamýšleného řešení s Informační strategií Magistrátu,
- Zhodnotit adekvátnost řešení z hlediska nových požadavků státu na účetnictví veřejné správy,
- Verifikovat navrhované řešení z hlediska potřeb a požadavků klíčových uživatelů IS.
- Zhodnotit deklarované přínosy navrhovaného řešení,
- Vymezit případná rizika a definovat doporučení k jejich eliminaci.



44. V rámci stanoviska jsou popsány nedostatky současného systému a následně pak přínosy navrhovaného řešení jednotného ekonomického systému GINIS Enterprise. Jako dílčí závěr 1 zpracovatel stanoviska uvedl, že záměrem deklarované přínosy a jejich realizace jsou podmíněny zavedením unifikovaných postupů napříč všemi zapojenými organizacemi, pokrytím všech požadovaných funkcí, sjednocením provádění pokrytých agend, implementací ve všech městských částech a dalších organizacích, a počítá s aktualizací platných metodik, poskytováním mimořádných opravných balíčků, upgradem nakoupených licencí softwaru v souladu se změnami legislativy, kontrolou funkcionalit po realizaci upgrade a updatem aktivit, poskytováním nezbytných konzultací spojených s interpretací nových legislativních opatření, a to jako součásti základní podpory jednotného ekonomického systému vybudovaného jednotně na společné platformě GINIS. Jako dílčí závěr 2 je uvedeno, že jednotný ekonomický systém vybudovaný jednotně na společné platformě GINIS představuje ochranu předchozích vynaložených investic, markantní úsporu investic oproti výstavbě nového systému a zúročuje dlouhodobou znalost produktů za strany uživatelů a dlouholetou znalost prostředí ze strany dodavatele. V závěru shrnuje zpracovatel stanoviska účel jeho zpracování, kterým měla být expertní rekapitulace technických a ekonomických aspektů záměru zavést jednotný ekonomický systém v hl. městě Praze a ve všech jeho subjektech, a to za použití jednotné a všem společné platformy GINIS, přičemž výslednou formulací je konstatace, že dosažení cílů uvedených v záměru a očekávaných přínosů navrhovaného řešení je právě podmíněno jednotností systému nasazeného v plné funkčnosti a ve všech zamýšlených organizacích.
45. K uvedenému Úřad uvádí, že z vymezených cílů předmětného stanoviska (nikoliv ze zadání) vyplývá, že tato analýza nepokrývala rozbor oprávněnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění v případě implementace systému GINIS Enterprise. Předmětné stanovisko se zaměřuje na vyhodnocení přínosu zavedení tohoto systému, a to především v rovině ekonomické, přičemž stěžejní část obsahu je věnována analýze potřebnosti uceleného řešení pro nápravu stávajících nedostatků systému. Tato skutečnost je zřejmá i ze závěrů vyplývajících z tohoto stanoviska. Právní a technická analýza možnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění je v tomto stanovisku de facto vyřešena odkazem na výše uvedený posudek zpracovaný advokátní kanceláří HAVEL & HOLÁSEK s.r.o. dne 27. 5. 2010. Současně Úřad konstatuje, že toto stanovisko bylo analýzou implementace konkrétního systému a nikoliv komparativním materiálem a vzhledem k tomu, že informace týkající se ekonomické výhodnosti implementace systému GINIS Enterprise v tomto stanovisku nejsou porovnány ve vztahu k ekonomickým údajům týkajícím se jiných variant, nelze považovat tuto analýzu ani z ekonomického hlediska za dostatečnou. A to taktéž s ohledem na skutečnost, že v tomto stanovisku byly celkové náklady implementace systému odhadnuty ve výši cca 390 mil. Kč, přičemž reálná výsledná cena dosáhla hodnoty takřka 540 mil. Kč bez DPH, což výrazným způsobem snižuje vypovídací hodnotu této analýzy o ekonomické výhodnosti poptávaného systému GINIS Enterprise. Pro úplnost však Úřad dodává, že pouze ekonomické důvody nemohou být důvodem pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. 23 odst. 4 písm. a) zákona.
46. Z tohoto důvodu Úřad dospěl k závěru, že ani tento dokument neobsahuje informace podstatné k odůvodnění postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na důvody technické a ochrany výhradních práv, které by mohly být akceptovatelné z hlediska použití postupu dle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Za důležitou informaci

vyplývající z tohoto stanoviska Úřad považuje skutečnost, že tato analýza počítala s možností, že stávající systém by mohl být nahrazen zcela jiným systémem.

47. S ohledem na výše uvedený rozbor jednotlivých důkazů, Úřad dospěl k závěru, že za relevantní dokumenty, které mají určitou argumentační průkaznost lze označit pouze právní vyjádření zpracované advokátní kanceláří HAVEL & HOLÁSEK s.r.o. dne 27. 5. 2010 a právní stanovisko zpracované společností Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o. dne 1. 6. 2010 týkající se důvodů ochrany autorských práv. Ostatní analýzy nelze pro účely přezkumu úkonů zadavatele považovat za akceptovatelné s ohledem na jejich nedostatečnou průkaznost nebo jejich irelevantnost.

#### **Technické důvody pro použití JŘBU**

48. Úřad v první řadě odkazuje na skutečnosti vyplývající z posudku zpracovaného advokátní kanceláří HAVEL & HOLÁSEK s.r.o. dne 27. 5. 2010, v němž je konstatováno, že v daném případě existují argumenty jak pro tvrzení, že z technických důvodů může systém JES dodat i jiný dodavatel, tak pro závěr, že neslučitelnost nebo nevyhnutelnost provozních problémů spojených s dodávkou částečně nového systému od jiného dodavatele je důvodem pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění. Dále je zde uvedeno, že posouzení, které argumenty převažují, závisí zejména na jejich ekonomickém posouzení, přičemž relevantní je zároveň i technické posouzení otázky, nakolik je stávající systém otevřený a nakolik umožňuje bezproblémově dosáhnout interoperability se systémy třetích stran.
49. Dle názoru Úřadu zadavatel před zahájením předmětného zadávacímho řízení, s ohledem na předložené důkazy, neprovedl požadovanou dostatečně průkaznou technickou analýzu a nedisponoval dostatečnými informacemi o tom, že existují takové technické důvody, pro které je nezbytné zadávat předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, což dokládá i skutečnost, že jako základní důvod pro takovýto postup byly dle dostupných podkladů rozhodnutí udávány zejména důvody ochrany autorských práv. Úřad považuje závěry vyplývající z předložených analýz týkajících se existence technických komplikací spojených s implementací jiného systému z věcného hlediska za nedostatečně argumentačně podložené, v určitých bodech dokonce prokazující opak tohoto tvrzení (viz bod 33. a 40. rozhodnutí), a proto na základě těchto okolností dospěl k závěru, že technické důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění v době zadávání ani v průběhu správního řízení nebyly doloženy. S ohledem na komplexnost řešené problematiky však Úřad považuje za nutné uvedení další podstatných okolností vztahujících se k přezkoumávanému případu.
50. Jak vyplývá z vyjádření obou účastníků správního řízení, byl v roce 2010 na Magistrátu, Městské části Praha 10 a TSK provozován systém „GINIS“ a na ostatních městských částech (s výjimkou Městské části Praha 1) a Městské policii hlavního města Prahy používán systém „Win UCR“. S ohledem na počet městských částí (57) je nutné konstatovat, že v roce 2010 disponovalo systémem GINIS velmi malé množství subjektů, u nichž následně došlo k implementaci systému GINIS Enterprise.
51. Jak dále vyplývá z důvodové zprávy, která je součástí usnesení Rady hlavního města Prahy č. 1258 ze dne 17. 8. 2010, cílem projektu jednotného ekonomického systému, v té podobě, která vzešla z předmětného zadávacímho řízení, byl upgrade „GINIS“ systému, náhrada aplikací

Win UCR“ a následně sehrávání dat pomocí výše citovaného portálu. Z uvedeného je zřejmé, že za rozšíření stávajícího systému by bylo možno pravděpodobně považovat pouze proces implementace nového systému GINIS Enterprise na stávající systém GINIS nikoliv však nahrazení systému Win UCR. O technických důvodech vedoucích zadavatele k zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění proto nelze hovořit v případě těch subjektů, u nichž došlo k nahrazení stávajícího systému systémem novým, jelikož takovýto postup by mohl být zvolen i v případě implementace systémů jiných dodavatelů. Toto je jedna ze zásadních skutečností, která dle Úřadu limitovala zadavatele v použití jednacím řízení bez uveřejnění pro implementaci nového systému jako celek pro všechny dotčené subjekty.

52. Z pohledu Úřadu proto pokud zadavatel argumentuje případnými technickými komplikacemi při implementaci jiného systému (které ani tak nebyly průkazně doloženy) než toho, který dodal vybraný uchazeč, je možné toto tvrzení vztáhnout pouze k dílčí části plnění. Již z tohoto důvodu proto Úřad považuje existenci technických důvodů pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění za nedoloženou, jelikož i kdyby existovaly tyto důvody ve vztahu k těm subjektům, u kterých mělo dojít k rozšíření systému, zcela jistě by neexistovaly u těch subjektů, u nichž mělo dojít k nahrazení stávajícího systému, jelikož podmínky plnění měly být v případě posuzování způsobu řešení implementace nového systému zachovány pro všechny stejně. Postup zadavatele, který na základě domnělého omezení týkajícího se rozšíření části stávajícího technického zařízení nahradil v nesoutěžním režimu zadávání ostatní části stávajícího vybavení, u kterých tato omezení neexistovala, považuje Úřad za neakceptovatelný, a to i přesto, že zadavatel poptával jeden funkční systémový celek pro všechny své subjekty, jelikož v daném případě zadavatel nebyl vázán povinností nadále využívat tu část technického zařízení, u které by případná omezení mohla existovat.
53. Jako varianta realizace jednotného ekonomického systému zadavatele totiž přicházela v úvahu i možnost zavedení zcela nového systému a vzhledem k tomu, že v daném případě došlo v převážné většině k nahrazení stávajícího systému, měla být tato implementace takto i chápána. Toto je zásadní moment, který měl být brán v potaz před zahájením předmětného zadávacího řízení, jelikož pokud by se zadavatel rozhodl pro tuto variantu, umožnilo by to celý systém vysoutěžít za rovných a pro zadavatele tak nejvýhodnějších podmínek. Úřad si je vědom toho, že je v dispozici zadavatele rozhodovat o svých obchodních strategiích, avšak v daném případě zadavatel stávající systém celý nerozšiřoval, ale de facto jej nahrazoval, a tudíž i jeho postup ve vztahu k zákonu měl této skutečnosti odpovídat. Pokud zadavatel chtěl zachovat své technické vybavení a jeho záměrem bylo pouze rozšíření jednotlivých částí stávajícího systému, měl tomu odpovídat i jeho následný postup, avšak v daném případě tato situace ve výsledku nenastala.
54. Přestože zadavatel předkládá analýzy týkající se ekonomické výhodnosti implementace systému vybraného uchazeče, nelze jejich výsledky akceptovat jednak z důvodu jejich nevyváženosti (dodávaný systém v nich není jakkoliv porovnáván s jinými variantami a dosažené výsledky týkající se celkových nákladů implementace systému neodpovídají výsledné realitě), jejich irelevantnosti (postup zadavatele podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona není podmiňován ekonomickými důvody), ale především s ohledem

na princip zadávání veřejných zakázek, tedy, že k výběru nejvhodnější nabídky slouží postup podle zákona a nikoliv zpracování ekonomických analýz.

55. Avšak i bez ohledu na tento popis okolností, jež v daném případě zpochybňuje možnost zadavatele použít jednací řízení bez uveřejnění k realizaci veřejné zakázky jako celku, Úřad, jak již bylo rozebráno výše, dospěl především k závěru, že zadavatel ve vztahu k odůvodnění svého postupu s ohledem na technické důvody zcela rezignoval jak na závěry vyplývající z výše uvedeného rozsudku C-385/02 ze dne 14. 9. 2004, ve kterém ESD konstatoval, že důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává, tak na závěry vyplývající ze stanoviska advokátní kanceláře HAVEL & HOLÁSEK s.r.o. ze dne 27. 5. 2010, ze kterých jasně vyplývalo, že zadavatel si před zahájením zadávacího řízení měl zjistit, zda takovéto důvody opravdu existují, a proto Úřad s ohledem na tyto skutečnosti nemůže akceptovat technické důvody pro postup zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění pro zadání předmětné veřejné zakázky jako oprávněné.

#### **Ochrana výhradních práv jako důvod pro použití JŘBU**

56. Ze stanoviska zpracovaného společností Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o. dne 1. 6. 2010 vyplývá, že zadavatel byl oprávněn postupovat při zadávání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, jelikož aplikační programový systém GINIS je souborným autorským dílem a vybraný uchazeč je výhradním vykonavatelem majetkových práv k celému aplikačnímu programovému systému GINIS i k veškeré dokumentaci k systému GINIS, přičemž vybraný uchazeč má výhradní právo aplikační programový systém GINIS i veškerou dokumentaci k systému GINIS nastavovat, udržovat, upravovat a zejména rozšiřovat (úplatně dodávat kopie a poskytovat licence k užití) ve vztahu k budoucím uživatelům.
57. Ze stanoviska zpracovaného advokátní kanceláří HAVEL & HOLÁSEK s.r.o. dne 27. 5. 2010, vyplývá, že neexistují jednoznačně vymezená výhradní práva, která by dodávkou JES (definovanou funkčními požadavky) měla být dotčena, a to za předpokladu, že by dodávka spočívala technicky výhradně v úpravě stávajícího počítačového programu nezbytné pro zajištění interoperability s dalšími programy a dále v dodávce či vytvoření programu jiného. Současně je v tomto stanovisku uvedeno, že ochrana výhradních práv nemůže být sama o sobě důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, není-li současně jednoznačně prokázáno, že je potřeba zasáhnout do stávajícího autorského díla vybraného uchazeče a že jedině jeho úpravou nad rámec zajištění jeho interoperability s dalšími systémy bude dosaženo požadované funkcionality v rámci JES. Dále z tohoto stanoviska vyplývá, že splnění předmětné podmínky ochrany autorských práv lze určitě potvrdit v případě rozšíření funkcionalit systému GINIS na GINIS Enterprise, neboť je zřejmé, že tuto část plnění může poskytnout pouze vybraný uchazeč, přičemž obdobně by nebylo možné poptávat jednotnou službu technické podpory, neboť s ohledem na proprietární charakter systému GINIS Enterprise není žádný jiný poskytovatel schopen zajistit servis tohoto systému, avšak u ostatních částí plánovaného systému JES lze z právního pohledu připustit alternativní řešení, takže je nutné posuzovat i otázky technických a ekonomických důvodů, jak jsou uvedeny výše.
58. Z uvedeného vyplývá evidentní nejednoznačnost v posouzení, zda v daném případě existovaly důvody ochrany výhradních práv. Přestože ze stanoviska společnosti Abbot Legal,

advokátní kancelář, s.r.o. ze dne 1. 6. 2010 vyplývá, že tyto důvody v době zadávání existovaly, stanovisko advokátní kanceláře HAVEL & HOLÁSEK s.r.o. ze dne 27. 5. 2010, tento závěr nepotvrzuje. Především je v tomto stanovisku uveden obdobný pohled na věc, jaký byl Úřadem popsán v případě technických důvodů, který rozlišuje mezi odlišnými částmi plnění, přičemž ve vztahu k těm částem, u kterých tyto důvody neexistují, bylo dle tohoto stanoviska zapotřebí ověřit otázky technických a ekonomických důvodů.

59. Vzhledem k tomu, že Úřadu byly předloženy předmětné stanoviska jako důkaz oprávněnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž tato oprávněnost v nich není jednoznačně deklarována, musí Úřad konstatovat, že ani tyto důkazy nejsou průkazným materiálem, na jehož základě by bylo možné akceptovat ochranu výhradních práv jako důvod pro použití jednacím řízení bez uveřejnění pro zadání předmětné veřejné zakázky.
60. Avšak za zásadní okolnost, která dokazuje, že v daném případě nemohou být tyto důvody považovány za uznatelné, považuje Úřad následující skutečnosti.
61. Ve vztahu k existenci důvodu ochrany autorských práv Úřad uvádí, že existenci podmínek, na základě nichž lze postupovat v jednacím řízení bez uveřejnění, nesmí zadavatel způsobit sám svým předchozím jednáním. Zadavatel se nemůže sám aktivně podílet na vytváření omezení, od nichž následně odvozuje možnost využití jednacím řízení bez uveřejnění. V této souvislosti lze odkázat na rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 3/2002-75 ze dne 5. 11. 2002, v němž soud konstatoval, že okolnosti, které by mohly odůvodňovat postup, kdy zadavatel osloví jednoho konkrétního zájemce, by nemohly vycházet ze stavu, kdy si zadavatel nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až bylo právně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolával se postupu dle daného ustanovení zákona. Podpůrně lze taktéž odkázat na výše uvedený rozsudek ESD C-385/02 ze dne 28. 10. 2002 Komise ES v. Italská republika, v němž ESD dospěl k závěru, že okolnosti, které opodstatňují použití jednacím řízení bez uveřejnění, nesmí být v žádném případě způsobené zadavatelem. Argumentace zadavatele, který zadal zakázky na dokončení stavby zadržovací nádrže na ochranu proti povodním v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu krajní naléhavosti, zde směřovala k tomu, že dodatečné veřejné zakázky zadal, aby zabránil nebezpečí vzniku povodní. Tuto argumentaci ESD odmítl s odůvodněním, že v daném případě nebyla naplněna podmínka krajně naléhavé události, kterou zadavatel nezpůsobil, neboť původní veřejné zakázky týkající se stavebních prací na ochranu před povodněmi byly zadány 10 až 15 let před zadáním dodatečných prací, přičemž zadavatel sám v původních podmínkách zadání stanovil, že provádění stavebních prací bude probíhat po položkách podle dostupných prostředků. Podle názoru ESD neprokazují tyto skutečnosti krajní naléhavost, neboť se jedná o stav, který způsobil sám zadavatel požadavkem na postupnou realizaci veřejné zakázky. Ačkoliv se v daném případě nejedná o věcně totožný charakter předmětu plnění veřejné zakázky, lze s ohledem na obdobnost důvodů, pro které byl postup v jednacím řízení bez uveřejnění v konkrétním případě řešeném ESD označen za neoprávněný, vycházet i ze závěrů předmětného rozsudku ESD.
62. V nyní šetřeném případě se tedy není možné odvolávat na omezení vyplývající z ochrany autorských práv (která ovšem taktéž nebyla prokázána), jež zadavatel sám způsobil tím, že si v rámci původního smluvního vztahu s vybraným uchazečem tyto podmínky neupravil vhodným způsobem. Okolnosti, které by za jiné situace mohly odůvodňovat aplikaci ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu ochrany výhradních práv, nemohou vycházet ze situace,

kdy si zadavatel nejprve sám vytvoří dané podmínky a teprve v okamžiku, kdy je právně obtížné je změnit, dovolává se oprávněnosti postupu podle výše citovaného ustanovení zákona. Důvody pro postup zadavatele podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona musí být dány objektivně, tedy nezávisle na vůli zadavatele. I z tohoto pohledu, pokud zadavatel dospěl k názoru, že původní smluvní podmínky byly upraveny omezujícím způsobem, bylo na místě, aby se zadavatel vyvázal z tohoto smluvního vztahu a poptával nový systém s upravenými podmínkami ve vztahu k ochraně autorských práv v rámci standardního zadávacího řízení umožňujícího soutěž mezi potencionálními dodavateli.

63. S ohledem na výše uvedené Úřad dospěl k názoru, že zadavatel ani v případě důvodů ochrany výhradních práv, nepředložil Úřadu dostatečně průkazné podklady prokazující jeho oprávněnost pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění při zadávání předmětné veřejné zakázky, přičemž, jak bylo uvedeno výše, okolnosti přezkoumávaného případu mu ani neumožňovaly takovéto důvody považovat za oprávněné.
64. Z výše uvedených skutečností tak vyplývá, že zadavatel před uzavřením výše uvedených smluv na plnění předmětné veřejné zakázky s vybraným uchazečem, nepostupoval v souladu se zákonem, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by splnil podmínky stanovené pro tento typ zadávacího řízení.
65. Předložená dokumentace o veřejné zakázce neobsahuje doklady, které by průkazným způsobem dokladovaly důvody zadání veřejné zakázky podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona a soulad postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění se zákonem. Přestože zadavatel předložil v rámci dokumentace o veřejné zakázce doklady, na základě nichž rozhodl o použití jednacím řízení bez uveřejnění (viz bod 26. odůvodnění rozhodnutí), dospěl Úřad k závěru, že tyto podklady dostatečným způsobem neprokazují, že by danou veřejnou zakázku nemohl realizovat jiný dodavatel. Z dokumentace o veřejné zakázce rovněž nevyplývá, že by zadavatel provedl jakékoli šetření mezi dodavateli o možnosti realizace předmětné veřejné zakázky.
66. Úřad dále uvádí, že zadavatel zadal předmětnou veřejnou zakázku postupem, který postrádá jakékoliv prvky otevřené soutěže o zakázku, která je obecně jedním z principů a cílů právní úpravy zadávání veřejných zakázek. Tím, že zadavatel zadal veřejnou zakázku jedinému uchazeči v jednacím řízení bez uveřejnění, znemožnil ostatním dodavatelům možnost účasti v zadávacím řízení, což mohlo podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
67. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku „Jednotný ekonomický systém JES“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a na tuto veřejnou zakázku uzavřel s vybraným uchazečem smlouvy specifikované v bodu 22. tohoto rozhodnutí, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů, kteří mohli zadavateli nabídnout výhodnější podmínky plnění. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

### **Ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení**

68. Podle ust. § 46 odst. 1 věty druhé správního řádu musí oznámení zahájení řízení z moci úřední obsahovat označení správního orgánu, předmět řízení, jméno, příjmení, funkci nebo služební číslo a podpis oprávněné úřední osoby.
69. Z citovaného ustanovení vyplývá, že jednou z náležitostí oznámení o zahájení správního řízení je i předmět řízení, tedy označení věci, která je předmětem řízení.
70. V daném případě bylo zahájení správního řízení účastníkům řízení oznámeno dopisem č. j. ÚOHS-S364/2011/VZ-13017/2011/540/VKu ze dne 24. 8. 2011, který zadavatel i vybraný uchazeč obdrželi shodně dne 24. 8. 2011. V oznámení o zahájení správního řízení Úřad mimo jiné uvedl, že je zahajováno ve věci možného spáchání správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem při uzavírání konkrétně specifikovaných smluvních vztahů v jednacích řízeních bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona. V textu tohoto dokumentu je současně uvedeno, že z dokumentace předložené zadavatelem Úřad zjistil, že předmětem plnění jsou dodávky a služby, u nichž vznikají pochybnosti, zda mohou být splněny z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze vybraným uchazečem, a zda tedy zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když uzavřel s vybraným uchazečem shora uvedené smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
71. S ohledem na výše uvedené skutečnosti se Úřad neztotožňuje s názorem účastníků správního řízení, že předmět správního řízení nebyl v oznámení o zahájení správního řízení dostatečně určitě vymezen. Z oznámení o zahájení správního řízení jednoznačně vyplývá, že Úřad zahájil správní řízení z důvodu pochybností o postupu zadavatele při uzavírání jednotlivých smluvních vztahů, které Úřad v oznámení jednoznačně vymezil, a to v jednacím řízení bez uveřejnění, resp. zda byly dány zákonné důvody pro takovýto postup zadavatele. Účastníci správního řízení byli z oznámení o zahájení správního řízení schopni objektivně zjistit, o čem bude v řízení rozhodováno, k jakým skutkům se mají vyjadřovat a navrhopvat důkazy, což dokládá i obsah vyjádření včetně znaleckých posudků, které v rámci vedeného správního řízení účastníci předložili. Z tohoto důvodu považuje Úřad informace o zahájeném správním řízení uvedené v předmětném oznámení o zahájení správního řízení za dostačující.

### **Uložení sankce**

72. Podle ust. § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že
- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku,
  - b) nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo ji splní v rozporu s § 146 nebo 147,
  - c) uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1, ačkoli je podle tohoto zákona povinen toto oznámení uveřejnit,
  - d) uzavře smlouvu na veřejnou zakázku v rozporu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 nebo § 111 odst. 5 anebo v rozporu s předběžným opatřením dle § 117 odst. 1,

- e) zruší zadávací řízení v rozporu s § 84,
- f) nepořídí nebo neuchová dokumentaci podle § 109 nebo 155, nebo
- g) odmítne námítky v rozporu s § 110 anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111.
73. Zadavatel se dopustil správního deliktu tím, že porušil ust. § 21 odst. 2 v návaznosti na porušení ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž k tomu byly splněny zákonem stanovené podmínky. Porušení zákona mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jelikož zadavatelem zvolený postup pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění zamezil v účasti jiných dodavatelů, přičemž v případě jejich účasti mohl zadavatel obdržet jiné vhodnější nabídky.
74. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvy s vybraným uchazečem na základě postupu, při němž nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
75. Podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
76. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta je v daném případě tvořena součtem smluvních cen vyplývajících z výše uvedených smluv č. DIL/66/02/000676/2010, č. INO/66/02/000678/2010 a č. INO/66/02/000677/2010 (viz bod 22. odůvodnění rozhodnutí) a činí celkem 646 320 000,- Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 32 316 000,- Kč.
77. Podle ust. § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezhájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
78. Před uložením pokuty Úřad tedy ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ust. § 121 odst. 3 zákona k uložení pokuty. V daném případě došlo ke spáchání správního deliktu uzavřením výše uvedených smluv dne 1. 9. 2010, z čehož je zřejmé, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
79. Podle ust. § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Byl-li uložen zákaz plnění smlouvy podle § 118 odst. 2, přihlédne se rovněž k tomu, v jakém rozsahu bylo již ze smlouvy plněno.
80. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu následující skutečnosti.
81. Z hlediska stupně závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu celkový kontext šetřeného případu. Zadavatel tím, že předmětnou veřejnou zakázku neoprávněně zadával v jednacím řízení bez uveřejnění, zamezil v účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení a zcela tak vyloučil soutěžní prostředí. Ve vztahu k závažnosti spáchaného správního deliktu tak nelze než uvést, že se v šetřeném případě jedná o delikt závažný, neboť postupem zadavatele došlo k eliminaci základního účelu procesu zadávání veřejné zakázky, kterým je zajištění spravedlivé soutěže o cenu v souladu se základními principy zadávání



vyplývajícími z ust. § 6 zákona, což je nutné považovat za přitěžující okolnost v postupu zadavatele. Pochybením zadavatele došlo k významnému omezení konkurenčního prostředí v daném zadávacím řízení, jelikož s ohledem na předmět plnění nelze předpokládat, že by na trhu neexistovali i jiní dodavatelé schopní zajistit zadavatelem požadované plnění. Následkem tohoto postupu byla skutečnost, že vybraný uchazeč nebyl vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídek a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, v čehož důsledku mohlo dojít k nehospodárnému využití veřejných prostředků,

82. Co se týče způsobu spáchání správního deliktu, Úřad uvádí, že nelze vyloučit, ale ani potvrdit úmysl obejít požadovaného postupu podle zákona, jelikož i když zadavatel vyvinul určité úsilí k získání podkladů legitimizujících jeho postup v návaznosti na naplnění podmínek vyplývajících z ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, takto získané materiály oprávněnost postupu v jednacím řízení dostatečně nepotvrzovaly a z tohoto důvodu nelze tyto skutečnosti zohlednit v rámci polehčujících ani přitěžujících okolností.
83. K okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán, Úřad uvádí, že v projednávaném případě z obdržených podkladů vyplývá, že při rozhodování o použití jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel jednal s úmyslem co nejúčinnější ochrany stávajících investic, přičemž za tímto účelem si nechal zpracovat i ekonomické analýzy potvrzující racionálnost zvoleného postupu implementace systému vybraného uchazeče. Ve vztahu k okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán, lze tedy podle Úřadu považovat tuto snahu zadavatele za určitou polehčující okolnost, jelikož jeho postup před zahájením předmětného zadávacího řízení nese alespoň určité prvky hospodárnosti při nakládání s veřejnými prostředky. Úřad k těmto okolnostem přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování o výši sankce. Jak ale vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, postup zadavatele i přes tento prvek hospodárnosti nebyl v souladu se zákonem, přičemž pochybení zadavatele mělo důsledek v omezení soutěžního prostředí, které je považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek. Úřad proto k výše uvedeným polehčujícím okolnostem uvádí, že je nelze považovat za okolnosti, které by „zhojily“ uvedené porušení zákona, jelikož pouze postup podle zákona je dostatečně průkazným procesem výběru nejvhodnější nabídky na předmět plnění veřejné zakázky.
84. Vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, má Úřad současně za to, že nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Úřad k uvedenému podotýká, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
85. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na náleží Ústavního soudu č. 405/2002 Sb. Dle uvedeného náleží je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z návrhu rozpočtu hlavního města Prahy pro rok 2012 umístěného na jeho internetových stránkách ([www.praha.eu](http://www.praha.eu)) Úřad zjistil, že příjmy hlavního města Prahy se pohybují v řádech desítek miliard Kč, návrh rozpočtu obsahuje na straně příjmů částku ve výši 37 247 051 tis. Kč. Vzhledem k této

skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

86. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce, a to funkci represivní a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k chování, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností šetřeného případu a uvážení všech argumentů, Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil její výši stanovenou v hodnotě 5 000 000,- Kč vzhledem k souvislostem případu a ve vztahu k výše uvedenému, a to zejména s ohledem na okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, jako dostačující, přičemž z tohoto důvodu akcentoval ve vztahu k zadavateli právě preventivní účinek uložené sankce.
87. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouvy na realizaci předmětné veřejné zakázky již byly uzavřeny a nápravy tedy nelze dosáhnout.
88. Pokuta uložená ve výroku II. tohoto rozhodnutí bude uhrazena na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

## 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, třída 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. Hlavní město Praha, Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1
2. Mgr. Ing. Jan Krofta, advokát, Břehová 208/8, 110 00 Praha 1
3. JUDr. Milan Zápotočný, advokát, se sídlem Telečská 7, 586 01 Jihlava

### Vypraveno dne:

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