



UOHSX005E8FO

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R97,102/2012/VZ-18595/2013/310/Mše

Brno 27. září 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 18. 4. 2012 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 19. 4. 2012) podaném zadavatelem –

- **Hlavní město Praha**, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 19. 3. 2010 JUDr. Karlem Muzikářem, advokátem, ev. č. ČAK 8185, advokátní kancelář WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o., se sídlem Křižovnické nám. 2/193, 110 00 Praha 1,

a dále o rozkladu ze dne 20. 4. 2012 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 23. 4. 2012) podaném zadavatelem –

- **Dopravní podnik hl. m. Prahy**, akciová společnost, IČ 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 20. 4. 2012 JUDr. Jiřím Brožem, advokátem, ev. č. ČAK 10435, se sídlem Palác Flóra, Budova A, Vinohradská 2828/151, 130 00 Praha 3,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S37/2010/VZ-5895/2010/540/LZa/VKu ze dne 4. 4. 2012, ve věci možného spáchání správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

zadavatelem **Hlavním městem Prahou**, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1, při uzavírání

smlouvy č. INO/40/05/001270/2007 na dodávku licence kartové aplikace parkování ze dne 26. 2. 2007,

smlouvy č. INO/40/05/001296/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 12. 4. 2007,

smlouvy č. INO/40/01/001386/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 31. 10. 2007,

smlouvy č. INO/40/01/001638/2008 o zajištění provozu PCKS ze dne 31. 7. 2008,

licenční smlouvy č. LIC/40/01/001650/2008 na SW SAM ze dne 31. 7. 2008,

smlouvy č. DIL/40/01/001652/2008 na rozšíření SKC o technologii MIFARE DES Fire ze dne 31. 7. 2008,

licenční smlouvy č. LIC/40/01/001651/2008 na ASW HSM - SKC ze dne 31. 7. 2008,

smlouvy č. INO/40/01/001831/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 2. 1. 2009,

smlouvy č. INO/40/01/001860/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 26. 2. 2009,

smlouvy č. INO/40/01/001966/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 25. 5. 2009,

v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona,

a ve věci možného spáchání správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem **Dopravním podnikem hl. m. Prahy**, akciovou společností, IČ 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, při uzavírání

smlouvy o dílo na dodávku software DOS k zajištění funkcionality dopravně odbavovacího systému ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE ze dne 15. 10. 2007,

smlouvy o dílo na dodávku software systému DOS, software SAM a ASW-HSM-DOS ze dne 15. 7. 2008, ke které byl dne 15. 12. 2008 uzavřen dodatek č. 1, dne 22. 12. 2008 dodatek č. 2, a dne 12. 2. 2010 dodatek č. 3,

smlouvy o zřízení a provozu kontaktního místa DOS ze dne 31. 7. 2008,

smlouvy o poskytování služeb na zpracování technické dokumentace a konzultační služby při integračním projektu zavedení systému objednatele pro využívání čipových karet Opencard v systému Pražské integrované dopravy ze dne 15. 9. 2008,

v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona,

za účasti vybraného uchazeče –

- **HAGUESS, a.s.**, IČ 25085166, se sídlem Na Michovkách I. 686, 252 43 Průhonice,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S37/2010/VZ-5895/2010/540/LZa/VKu ze dne 4. 4. 2012

p o t v r z u j i

a podané rozklady

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil z moci úřední správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem – Hlavní město Praha, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 19. 3. 2010 JUDr. Karlem Muzikářem, advokátem, ev. č. ČAK 8185, advokátní kancelář WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o., se sídlem Křižovnické nám. 2/193, 110 00 Praha 1 (dále jen „**zadavatel hlavní město Praha**“) v souvislosti s uzavřením smlouvy č. INO/40/05/001270/2007 na dodávku licence kartové aplikace parkování ze dne 26. 2. 2007, smlouvy č. INO/40/05/001296/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 12. 4. 2007, smlouvy č. INO/40/01/001386/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 31. 10. 2007, smlouvy č. INO/40/01/001638/2008 o zajištění provozu PCKS ze dne 31. 7. 2008, licenční smlouvy č. LIC/40/01/001650/2008 na SW SAM ze dne 31. 7. 2008, smlouvy č. DIL/40/01/001652/2008 na rozšíření SKC o technologii MIFARE DES Fire ze dne 31. 7. 2008 licenční smlouvy č. LIC/40/01/001651/2008 na ASW HSM - SKC ze dne 31. 7. 2008, smlouvy č. INO/40/01/001831/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 2. 1. 2009, smlouvy č. INO/40/01/001860/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 26. 2. 2009, smlouvy č. INO/40/01/001966/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 25. 5. 2009, v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a dále zadavatelem – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČ 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9 (dále jen „**zadavatel Dopravní podnik hl. m. Praha**“ nebo též „**Dopravní podnik**“) podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, v souvislosti s uzavřením smlouvy o dílo na dodávku software DOS k zajištění funkcionality dopravně odbavovacího systému ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE ze dne 15. 10. 2007, smlouvy o dílo na dodávku software systému DOS, software SAM a ASW-HSM-DOS ze dne 15. 7. 2008, ke které byl dne 15. 12. 2008 uzavřen dodatek č. 1, dne 22. 12. 2008 dodatek č. 2, a dne 12. 2. 2010 dodatek č. 3, smlouvy o zřízení a provozu kontaktního místa DOS ze dne 31. 7. 2008, smlouvy o poskytování služeb na zpracování technické dokumentace a konzultační služby při integračním projektu zavedení systému objednatel pro využívání čipových karet Opencard v systému Pražské integrované dopravy ze dne 15. 9. 2008, v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Výše uvedené smlouvy byly uzavřeny mezi zadavatelem hlavní město Praha, případně zadavatelem Dopravní podnik hl. m. Praha na straně jedné a společnostmi HAGUESS, a.s. IČ 25085166, se sídlem Na Michovkách I. 686, 252 43 Průhonice (dále jen „**vybraný uchazeč**“ nebo „**HAGUESS**“).

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

II. Napadené rozhodnutí

2. Úřad posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů vydal dne 4. 4. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S37/2010/VZ-5895/2010/540/LZa/VKu (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval, že zadavatel hlavní město Praha, se dopustil správních deliktů podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že
- a) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když uzavřel smlouvu č. INO/40/05/001270/2007 na dodávku licence kartové aplikace parkování ze dne 26. 2. 2007 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona,
 - b) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když uzavřel smlouvu č. INO/40/05/001296/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 12. 4. 2007 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona,
 - c) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když uzavřel smlouvu č. INO/40/01/001386/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 31. 10. 2007 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona,
 - d) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když uzavřel smlouvu č. INO/40/01/001638/2008 o zajištění provozu PCKS ze dne 31. 7. 2008 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona,
 - e) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když uzavřel smlouvu č. INO/40/01/001831/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 2. 1. 2009 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona,
 - f) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když uzavřel smlouvu č. INO/40/01/001860/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 26. 2. 2009 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona,
 - g) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když uzavřel smlouvu č. INO/40/01/001966/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 25. 5. 2009 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona,
- přičemž tyto postupy zadavatele hlavního města Prahy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli hlavnímu městu Praze, pokutu ve výši 600 000,- Kč.
3. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí dospěl Úřad k závěru, že zadavatel Dopravní podnik hl. m. Prahy, se dopustil správních deliktů podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že
- a) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když uzavřel smlouvu o dílo na dodávku software DOS k zajištění funkcionality dopravně odbavovacího systému ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE ze dne 15. 10. 2007 aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona,

- b) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když uzavřel smlouvu o dílo v části týkající se dodávky software systému DOS ze dne 15. 7. 2008, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona,
 - c) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když dne 22. 12. 2008 uzavřel dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo ze dne 15. 7. 2008, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona,
 - d) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když dne 12. 2. 2010 uzavřel dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 15. 7. 2008, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
 - e) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu o zřízení a provozu kontaktního místa DOS ze dne 31. 7. 2008 aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,
 - f) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu o poskytování služeb na zpracování technické dokumentace a konzultační služby při integračním projektu zavedení systému objednatele pro využívání čipových karet Opencard v systému Pražské integrované dopravy ze dne 15. 9. 2008 aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona.
- Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku II. napadeného rozhodnutí byla zadavateli Dopravnímu podniku hl. m. Prahy, uložena pokuta ve výši 500 000,-Kč.

K postupu zadavatele hlavní město Praha

4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl Úřad, ohledně postupu zadavatele hlavní město Praha, k následujícím závěrům. Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že zadavatel hlavní město Praha zadal původní veřejnou zakázku v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 28. 6. 2006 pod ev. č. 50023676. Předmětem smlouvy o dílo uzavřené s vybraným uchazečem dne 27. 10. 2006 bylo
 - a) vytvoření specifikace řešení servisního kartového centra (dále též „SKC“),
 - b) vytvoření návrhu řešení vybraných kartových aplikací (parkování, knihovna atd.),
 - c) implementace systému včetně dodávky technických komponent (HW a SW) pro provoz SKC,
 - d) zajištění zkušebního provozu SKC
 - e) zajištění dodávky 50 tisíc hybridních čipových karet včetně produktové personalizace,
 - f) podpora a údržba implementovaného systému po dobu 4 let od ukončení zkušebního provozu SKC (dále jen „**původní smlouva o dílo**“ nebo též „**smlouva o dílo ze dne 27. 10. 2006**“).
5. Podle článku I.4 původní smlouvy o dílo bude poskytnutí práv, ke kterým vybraný uchazeč vykonává majetková autorská práva, předmětem zvláštní licenční smlouvy uzavřené mezi hlavním městem Prahou a vybraným uchazečem, jejíž vzor tvoří přílohu č. 7 smlouvy. Příloha č. 2 vzoru licenční smlouvy, uzavřené dne 6. 11. 2006 (dále jen „**licenční smlouva ze dne 6. 11. 2006**“) obsahuje mimo jiné následující ustanovení:

Hlavní město Praha se zavazuje používat software SKC tak, aby nedošlo k porušení či ohrožení autorských práv vybraného uchazeče.

Nabyvatel souhlasí s tím, že nesmí poskytnout software třetí osobě bezplatně ani za úplatu.

Převést oprávnění získané na základě této smlouvy na třetí osobu smí zadavatel pouze s předchozím písemným souhlasem vybraného uchazeče.

Součástí vybraným uchazečem poskytnuté licence nejsou zdrojové kódy k software SKC.

*Úprava software (aktualizace nebo též release) je dílem ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**autorský zákon**“) a požívá plné ochrany podle tohoto zákona. Všechny úpravy a aktualizace software SKC se považují za jeho nedílnou součást.*

Hlavní město Praha souhlasí s tím, že nesmí provádět žádné změny software SKC ani doprovodných souborů vyjma takových změn, které jsou prováděny obslužnými programy dodanými s instalací software SKC.

Hlavní město Praha není oprávněno zkoumat software SKC, studovat jej nebo zkoušet jeho fungování za účelem zjištění myšlenek a principů, na nichž je založen kterýkoliv prvek software SKC, jinak než v rámci obvyklého využívání programu. K jakýmkoliv úpravám, doplňkům a změnám software SKC nebo jeho doprovodné dokumentace, a to i když takové zásahy směřují k opravě zřejmé vady nebo jsou v souladu se zamýšleným účelem při jeho operativním využití hlavním městem Prahou, je hlavní město Praha oprávněno pouze na základě předchozího písemného souhlasu vybraného uchazeče.

Veškeré myšlenky a jejich vyjádření obsažené v licenčních produktech jsou zároveň předmětem obchodního tajemství vybraného uchazeče.

6. Úřad při posouzení oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona při uzavírání smluv uvedených ve výroku I. napadeného rozhodnutí, vycházel z názoru, 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 jednacího řízení bez uveřejnění. Úřad dospěl k závěru, že v projednávané věci nebyl zadavatel hlavní město Praha oprávněn odvolávat se na smluvní vztah s vybraným uchazečem ohledně ochrany autorských práv a licenčních podmínek. 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. Úřad v této souvislosti poukázal i na vyjádření zadavatele Hlavní město Praha, který ve svém vyjádření ze dne 12. 4. 2012 sám uvedl, že v roce 2010 uzavřel s vybraným uchazečem

dohodu o uvolnění licenčních podmínek k software SKC. Tato skutečnost dle Úřadu potvrzuje, že licenční podmínky mohly být již v licenční smlouvě ze dne 6. 11. 2006 sjednány pro zadavatele výhodnějším způsobem.

7. Úřad v napadeném rozhodnutí dále dospěl k závěru, že ani skutečnost, že v původní veřejné zakázce neproběhla řádná soutěž mezi více dodavateli, ale zadavatel hlavní město Praha posuzoval pouze nabídku vybraného uchazeče, zadavatele nezbavuje odpovědnosti za zadání veřejné zakázky. Zadavatel si navíc již v rámci původních podmínek zadání mohl možnost dispozice s autorskými právy do budoucna vyhradit. Úřad se neztotožnil ani s tvrzením zadavatele hlavní město Praha, že nemohl objektivně předpokládat, že provoz Pražského centra kartových služeb (dále jen „PCKS“) nebude moci zajistit vlastními silami.
8. Ke znaleckému posudku Ing. Kroupy Úřad uvedl, že byl vypracován pro zadavatele Dopravní podnik ve věci posouzení kartové aplikace dopravně odbavovacího systému (dále jen „DOS“) a možnosti jejího začlenění do PCKS, přičemž tento posudek se nevyjadřuje k možnému postupu zadavatele hlavního města Prahy při uzavírání dotčených smluv. Ze znaleckého posudku Ing. Pitáka č. 1 Úřad dospěl k závěru, že znalec nevyklučuje realizaci veřejných zakázek navazujících na řešení SKC jiným dodavatelem, ale pouze uvádí, že by takové řešení bylo technicky obtížné, a to z důvodu nemožnosti využití software a know-how vybraného uchazeče.
9. Ze znaleckého posudku Ing. Pitáka č. 2 vyplývá, že zajištění provozu PCKS a činností a služeb v rámci provozu SKC má přímou návaznost na využití software SKC. Rovněž fungování KAP bez využití software SKC není možné. Ing. Piták dále uvedl, že z technického hlediska (použití HW a SW) nebylo objektivně možné, aby KAP, MIFARE DESFire, SAM a ASW-HMS do SKC integroval jiný subjekt, než vybraný uchazeč. Řešení KAP si vyžádalo napojení přímo na software SKC i změny hardware SKC, proto bylo třeba programově upravit software SKC, přičemž zdrojovými kódy disponoval pouze vybraný uchazeč. Rovněž rozšíření SKC o technologii MIFARE DESFire, SAM a ASW-HMS znamená zásah do hardwarové konfigurace SKC a tedy rovněž do zdrojových kódů vybraného uchazeče. Na základě uvedeného znalec konstatoval, že z technických důvodů mohl integraci technologií MIFARE DESFire, SAM a ASWHMS do SKC provést pouze vybraný uchazeč. K uvedenému závěru znalce Úřad uvedl, že znalec zde evidentně zaměňuje technické důvody odůvodňující realizaci veřejných zakázek vybraným uchazečem s důvody vyplývajícími z ochrany jeho výhradních práv. Pokud by si zadavatel nesjednal omezující licenční podmínky, neexistovaly by ani „technické“ důvody uváděné znalcem.
10. K závěrům Ing. Pitáka, který ve znaleckém posudku č. 2 konstatoval, že smlouvu na dodávku licence KAP rozšiřující funkcionalitu SKC nebylo možné z technických důvodů uzavřít již v roce 2006 v rámci zadání původní veřejné zakázky na realizaci PCKS, Úřad uvedl, že obecně je možné připustit existenci situace, kdy zadavatel nemůže objektivně předpokládat, že v souvislosti se zadávanou veřejnou zakázkou bude muset v budoucnu realizovat další zadávací řízení. V nyní šetřeném případě však zadavatel hlavní město Praha schválil již dne 4. 10. 2005 informační strategii hlavního města Prahy do roku 2010 – „Cesta k e-Praze“, z níž vyplývá, že v letech 2006 až 2010 plánuje realizovat projekt na vytvoření multifunkční čipové

karty Pražana. Z usnesení Rady hlavního města Prahy č. 0708 ze dne 16. 5. 2006 vyplývá, že Rada hlavního města Prahy schválila projekt vybudování PCKS, s cílem poskytnout občanům hlavního města Prahy univerzální čipovou kartu Pražana využitelnou mimo jiné v oblastech dopravní infrastruktury, městských služeb, v turistickém ruchu, atd. a umožňující občanům bezhotovostně čerpat většinu městských služeb. V souvislosti s tímto záměrem rozhodlo hlavní město Praha vybudovat PCKS jako univerzální otevřené technologické prostředí pro poskytování městských služeb s využitím multifunkční čipové karty.

11. Úřad dále vycházel z toho, že v příloze č. 2 usnesení Rady hlavního města Prahy č. 0708 ze dne 16. 5. 2006 je SKC popsáno jako univerzální otevřené technologické prostředí, které se stane technologickým základem pro implementaci a integraci postupně všech kartových aplikací z různých oblastí městských a komerčních služeb, SKC bude zajišťovat postupný rozvoj služeb poskytovaných prostřednictvím čipové karty.
12. Na základě výše uvedeného dospěl Úřad k závěru, že zadavatel hlavní město Praha plánoval již v době zadání původní veřejné zakázky (její oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 28. 6. 2006) využití čipové karty při bezhotovostní úhradě většiny městských služeb, konkrétně i parkování v parkovacích zónách placeného stání v městských částech hlavního města Prahy. Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že za situace, kdy vytvoření návrhu řešení KAP ve vztahu k systému PCKS bylo již součástí předmětu plnění původní smlouvy o dílo ze dne 27. 10. 2006, nelze souhlasit s tvrzením zadavatele hlavního města Prahy, že potřebu implementace KAP nemohl objektivně předvídat.
13. S ohledem na výše uvedené dospěl Úřad k závěru, že zadavatel hlavní město Praha nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když veřejné zakázky na dodávku licence KAP a provozování PCKS zadal v jednacích řízeních bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a na tyto veřejné zakázky uzavřel s vybraným uchazečem smlouvy uvedené ve výroku I. napadeného rozhodnutí.

K postupu zadavatele Dopravní podnik města Prahy

14. V odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl Úřad, ohledně postupu zadavatele Dopravní podnik města Prahy, k následujícím závěrům. Z usnesení Rady hlavního města Prahy č. 0708 ze dne 16. 5. 2006 vyplývá, že Rada hlavního města Prahy schválila projekt vybudování PCKS s cílem poskytnout občanům hlavního města Prahy univerzální čipovou kartu Pražana (dále jen „UKP“). Jako jeden z hlavních cílů zavedení UKP bylo stanoveno, že karta umožní i akciovým společnostem s majetkovou účastí hlavního města Prahy zvyšovat a zjednodušovat obslužnost obyvatelstva a zároveň jim umožní získávat komplexní přehledy o čerpání všech druhů služeb. Rada hlavního města Prahy v bodě IV. citovaného usnesení požádala ředitele těchto akciových společností o zajištění nezbytné součinnosti při realizaci PCKS.
15. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí dále vyplývá, že dne 15. 10. 2007 uzavřel zadavatel Dopravní podnik hl. m. Prahy s vybraným uchazečem smlouvu o dílo, jejímž předmětem byla dodávka software k zajištění funkcionality DOS ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE.

Vzhledem k tomu, že cena plnění nedosahovala finančního limitu stanoveného pro nadlimitní veřejné zakázky u sektorového zadavatele, uzavřel Dopravní podnik danou smlouvu bez předchozího zadávacího řízení. V souladu s čl. 7.12. smlouvy o dílo ze dne 15. 10. 2007 je právo užití dodaného díla upraveno v licenční smlouvě, která je nedílnou součástí smlouvy o dílo jako její příloha č. 7. Dle čl. II bodů 1. a 2. licenční smlouvy je účelem této smlouvy úprava vzájemných práv a povinností v souvislosti s poskytnutím práv k užití software pro provoz DOS s využitím čipové karty, přičemž licence je poskytnuta pro využití v DOS v rozsahu vedení evidence pro maximálně 50 000 uživatelů čipových karet, při současném provozu 25 klientských stanic a 250 terminálových zařízení.

16. Dne 15. 7. 2008 uzavřel Dopravní podnik s vybraným uchazečem na základě jednacího řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona smlouvu o dílo na dodávku software systému DOS, software SAM a ASW-HSM-DOS. Ke smlouvě o dílo ze dne 15. 7. 2008 byly postupně uzavřeny tři dodatky. Předmětem dodatku č. 2 ze dne 22. 12. 2008 je rozšíření funkcionality systému DOS (např. zjednodušení uživatelského interface, funkcionality práce s datem narození, funkcionality poskytnutí slev, modul umožňující nahrávání kupónů zakoupených v e-shopu na kartu Opencard a další). Předmětem veřejné zakázky (uzavřené dodatkem č. 3) bylo rozšíření licence software DOS pro maximálně 650 000 uživatelů evidovaných karet, dále změna finančního závazku Dopravního podniku vůči vybranému uchazeči a udělení nového typu licence Dopravnímu podniku hl. města Prahy a.s.
17. Podle zjištění Úřadu uzavřel dne 31. 7. 2008 Dopravní podnik s vybraným uchazečem smlouvu o zřízení a provozu kontaktního místa DOS. Dne 15. 9. 2008 pak uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o poskytování služeb na zpracování technické dokumentace a konzultační služby při integračním projektu zavedení systému zadavatele pro využívání čipových karet Opencard v systému Pražské integrované dopravy v souvislosti s upgradem univerzálních výdejních strojků.
18. V souvislosti s výše uvedeným Úřad konstatoval, že návrh řešení kartové aplikace DOS nebyl součástí původní smlouvy uzavřené mezi hlavním městem Prahou a vybraným uchazečem dne 27. 10. 2006, neboť vybraný uchazeč se touto smlouvou zavázal k vytvoření návrhu využití čipové karty pouze ve vztahu ke kartovým aplikacím parkování, knihovna - čtenářský průkaz a přístup na portál hlavního města Prahy. Software k zajištění funkcionality DOS ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE se vybraný uchazeč zavázal vytvořit až na základě smlouvy uzavřené se zadavatelem Dopravním podnikem dne 15. 10. 2007. Úřad v této souvislosti poukázal na usnesení Rady hlavního města Prahy č. 0708 ze dne 16. 5. 2006, konkrétně jeho přílohu č. 2, která SKC definuje jako univerzální otevřené technologické prostředí, které se stane technologickým základem pro implementaci a integraci postupně všech kartových aplikací z různých oblastí městských a komerčních služeb. Úřad s ohledem na výše uvedené dospěl k závěru, že ve vztahu ke kartové aplikaci DOS nebyly mezi hlavním městem Prahou a vybraným uchazečem sjednány omezující podmínky, které by zadavatele Dopravní podnik nutily, aby veřejnou zakázku na software DOS zadal vybranému uchazeči.
19. Úřad dospěl k závěru, že Dopravní podnik byl od samého počátku seznámen s informační strategií hlavního města Prahy. Zadavateli Dopravnímu podniku bylo prokazatelně známo,

že multifunkční čipová karta má být využita mimo jiné i při čerpání služeb v městské hromadné dopravě. Výše uvedenými informacemi tedy zadavatel Dopravní podnik disponoval již v době, kdy uzavřel s vybraným uchazečem první ze smluv, ve vztahu k níž je vedeno správní řízení, tj. dne 15. 10. 2007. Zadavatel tedy již v době uzavření smlouvy o dílo ze dne 15. 10. 2007 na dodávku software k zajištění funkcionality DOS ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE prokazatelně věděl, že bude nutné zabezpečit více než tehdy sjednaných 50 000 licencí, přesto uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem pouze na tento počet a následně uzavíranými smluvními vztahy počet licencí postupně navýšoval až na konečných 650 000 kusů. Již vzhledem k této skutečnosti nelze považovat uzavření smlouvy o dílo ze dne 15. 10. 2007 bez předchozího zadávacího řízení a následný postup zadavatele při uzavírání navazujících smluvních vztahů, a to ať již v jednacích řízeních bez uveřejnění nebo zcela mimo režim zákona, za postup v souladu se zákonem.

20. Ve vztahu k existenci důvodu ochrany autorských práv Úřad konstatoval, 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. Úřad konstatoval, že zadavatel se nemůže odvolávat na povinnosti vyplývající pro něj ze smluvních vztahů, které sám uzavřel. Okolnosti, které by za jiné situace mohly odůvodňovat postup v jednacím řízení bez uveřejnění, případně postup zcela mimo režim 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 musí být podle Úřadu dány objektivně, tedy nezávisle na vůli zadavatele.
21. Úřad dále v odůvodnění dospěl k závěru, že licenční podmínky mohly být objektivně sjednány jiným způsobem, což potvrzuje i skutečnost, že dodatkem č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 15. 7. 2008 bylo zadavateli nově umožněno poskytnout třetí osobě podlicenci k software, čímž došlo k výraznému uvolnění licenčních podmínek.
22. S ohledem na výše uvedené dospěl Úřad k závěru, že zadavatel Dopravní podnik nedodržel postup, stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když veřejné zakázky týkající se dodávky a rozšíření software DOS, zřízení a provozu kontaktního místa DOS a poskytování služeb na zpracování technické dokumentace a konzultační služby při integračním projektu zavedení systému pro využívání čipových karet Opencard v systému Pražské integrované dopravy, zadal v jednacích řízeních bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 zákona, a na tyto veřejné zakázky uzavřel s vybraným uchazečem smlouvy uvedené ve výroku II. napadeného rozhodnutí.

III. Námitky rozkladu

Rozklad zadavatele Hlavní město Praha

23. Dne 19. 4. 2012 obdržel Úřad v zákonné lhůtě od zadavatele hlavní město Praha rozklad, kterým zadavatel napadá výrok I. a III. napadeného rozhodnutí. Zadavatel namítá, že Úřad nepřípustně směšuje podmínky stanovené zákonem pro konání jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv a z důvodu krajní naléhavosti. Podle

zadavatele byly v posuzovaném případě splněny podmínky pro uzavření smluv na dodávky licence KAP a zajištění provozu PCKS v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Zadavatel uvádí, že autorská práva HAGUESS k software SKC bránila tomu, aby byly příslušné zakázky zadány jinému dodavateli. V této souvislosti zadavatel poukazuje na to, že stejného názoru byl i Úřad, když na str. 14 napadeného rozhodnutí uvedl, že *„hlavní město Praha bylo na základě uzavřené licenční smlouvy při posuzování SKC skutečně omezeno jak co do možnosti zadávat provozování SKC třetímu subjektu, tak co do možnosti SKC dále rozvíjet“*.

24. Zadavatel má za to, že se Úřad dopouští nepřipustné extenzivní interpretace a v důsledku toho i aplikace zákona, neboť nedůvodně směšuje zákonem stanovené podmínky pro konání jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv a z důvodu krajní naléhavosti. Zadavatel poukazuje na to, že zatímco u jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu krajní naléhavosti (§ 23 odst. 4 písm. b) zákona) zákon výslovně požaduje, aby zadavatel svým jednáním příslušný krajně naléhavý případ nezpůsobil, u jednacím řízení bez uveřejnění, konaného z důvodu ochrany výhradních práv (§ 23 odst. 4 písm. a) zákona) taková podmínka stanovena není. Zadavatel má tedy za to, že zákonodárce dal jednoznačně najevo, že pro účely zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv je nerozhodné, zda se zadavatel na vzniku takových výhradních práv svým jednáním podílel či nikoli. S ohledem na to nemá podle zadavatele oporu v zákoně závěr Úřadu o tom, že zadavatel nebyl oprávněn příslušné smlouvy uzavřít v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť sám způsobil omezení vyplývající z ochrany autorských práv.
25. Podle zadavatele v podmínkách přezkoumávané veřejné zakázky nelze aplikovat závěry uvedené v rozsudku Soudního dvora EU ze dne 14. 9. 2004, C-85/02, neboť ačkoli zde Soudní dvůr EU vyslovil závěr, že okolnosti opodstatňující použití jednacím řízení bez uveřejnění nesmí být v žádném případě způsobeny zadavatelem, nicméně tak učinil výlučně ve vztahu ke krajní naléhavosti, jakožto důvodu pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění. Za nemístný označil zadavatel též odkaz Úřadu na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 5. 11. 2002, č. j. 2 A 3/2002-75, neboť tento dopadá na diametrálně odlišnou skutkovou situaci. Podle zadavatele jeho jednání nesměřovalo k obcházení zákona, jako tomu bylo v případě posuzovaném Vrchním soudem v Olomouci.
26. Zadavatel dále namítá, že Úřad nesprávně dovozuje, že zadavatel způsobil omezení vyplývající z ochrany autorských práv HAGUESS akceptací údajně nevýhodných licenčních podmínek, neboť tato omezení vyplývají přímo z autorského zákona. Zadavatel uvádí, že ochrana autorského práva k počítačovému programu je stanovena autorským zákonem. Podle zadavatele nelze pouhé zopakování zákonných ustanovení v textu smlouvy vnímat jako dobrovolnou akceptaci údajně nevýhodných podmínek.
27. Zadavatel namítá, že si nemohl vynucovat po držitelích autorských práv jakoukoli jejich modifikaci a to tím méně za situace, kdy licenční politika byla jedním z hodnotících kritérií a současně byla podána pouze jedna nabídka. Zadavatel sám konstatuje že HAGUESS mohl zadavateli licenci udělit i v širším rozsahu, tedy i v rozsahu, který by býval umožňoval zadání shora uvedených smluv na zajištění provozu PCKS a dodávku KAP třetím osobám. To však

podle zadavatele neznamena, že by bylo jeho povinností nebo že by jej k tomu zadavatel mohl jakkoli donutit.

28. Zadavatel uvádí, že licenční podmínky a jejich výhodnost učinil součástí hodnotícího kritéria „kvalita předkládaného koncepčního návrhu řešení SKC“, kterému přiřadil nejvyšší prioritu s váhou 40%. Zadavatel namítá, že skutečnost, že nabídku podal jediný uchazeč, a že tedy neproběhlo hodnocení jeho licenční politiky, nemůže být přičítána zadavateli, neboť tuto nemohl jakýmkoli způsobem ovlivnit.
29. Zadavatel namítá, že nemůže obstát argument Úřadu, že zadavatel měl za této situace zadávací řízení zrušit, jak mu to sice umožňoval, ale neukládal zákon. Zadavatel dále poukazuje na to, že v rozhodné době byla prokazatelně jediným subjektem na trhu, majícím zájem na plnění původní veřejné zakázky, společnost HAGUESS, neboť žádný jiný dodavatel se do otevřeného zadávacího řízení nepřihlásil. Zadavatel má za to, že pokud by si v zadávací dokumentaci stanovil přísné zadávací podmínky, existovalo by významné riziko, že neobdrží nabídku ani od HAGUESS, případně, že od něj obdrží nabídku, jež nebude akceptovatelná.
30. Zadavatel namítá, že Úřad nesprávně vychází z toho, že zadavatel měl potřebu budoucí dodávky KAP a zajištění provozu PCKS ze strany třetích osob rozpoznat již v době zadání původní veřejné zakázky. Zadavatel namítá, že co se týče materiálu „Informační strategie hlavního města Prahy do roku 2010, Cesta k e-Praze“ a dále usnesení Rady hl. m. Prahy ze dne č. 0708 ze dne 16. 5. 2006, jednalo se pouze o dokumenty koncepční povahy, ze kterých však nevyplývalo konkrétní obchodní a technické řešení projektu Opencard. Zadavatel uvádí, že při zadání veřejné zakázky měl pouze obecnou představu o možném budoucím rozvoji projektu Opencard, avšak neznal konkrétní způsob a podmínky jeho rozvoje a nemohl je tedy zohlednit v požadavcích na plnění původní zakázky.
31. Zadavatel dále uvádí, že od roku 2007 vedl s HAGUESS téměř nepřetržitě obchodní jednání směřující k uvolnění licenčních podmínek software SKC tak, aby provozovatelem SKC mohl být i jiný subjekt než zadavatel nebo HAGUESS. Dohody o uvolnění licenčních podmínek software SKC se podařilo dosáhnout v roce 2010. Zadavatel má za to, že mu nemůže být vytýkáno, že se HAGUESS dříve nechtěl vzdát svých autorských práv v dané oblasti. Z výše uvedeného zadavatel dovozuje, že ve smyslu § 121 odst. 1 zákona tímto vynaložil veškeré úsilí, které po něm lze požadovat, aby při uzavírání předmětných smluv zabránil porušení právní povinnosti, a s ohledem na to za správní delikt neodpovídá.
32. Dále zadavatel namítá, že Úřadem vytýkaná pochybení se vesměs týkají pouze původní zakázky, která však není předmětem přezkumu. Zadavatel má za to, že je nepřípustné, aby vadnost přezkoumávaných zakázek byla dovozována z případných vad jiné, jim předcházející zakázky (původní zakázky zadávané v otevřeném řízení), a to tím spíše, pokud tato zakázka sama o sobě není předmětem přezkumu.

Doplnění rozkladu zadavatele Hlavní město Praha ze dne 25. 4. 2013

33. V doplnění rozkladu zadavatel poukázal na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2012, č. j. 62 Af 61/2010 a na něj navazující rozsudek Nejvyššího správního soudu ze

dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012. Předmětná rozhodnutí podle zadavatele prokazují, že se zadavatel při uzavírání předmětných smluv nedopustil porušení zákona, a že napadené rozhodnutí je věcně nesprávné a nezákonné. V rámci rozkladu se pak zadavatel podrobně zaobírá dílčími právními závěry, k nimž správní soudy ve shora uvedených rozhodnutích dospěly. Zadavatel zejména poukazuje na závěr Krajského soudu v Brně, že v situaci, kdy v rámci plnění veřejné zakázky bude zasaženo do autorských děl vytvořených během realizace předchozích veřejných zakázek a bez souhlasu původního dodavatele těchto autorských děl (počítačových programů) nelze do příslušných autorských děl zasahovat, jsou splněny podmínky pro zadání takové zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, a to z důvodu ochrany výhradních práv. Zadavatel dále zdůrazňuje, že Úřadem tvrzený stav exkluzivity účelově nevyvolal a tento je pouze důsledkem specializovaného předmětu plnění.

Rozklad zadavatele Dopravního podniku hl. m. Prahy

34. Ve vztahu k závěrům Úřadu, vysloveným v souvislosti s výrokem II. napadeného rozhodnutí zadavatel namítá, že v rozporu s tím, co v odůvodnění napadeného rozhodnutí tvrdí Úřad, nemohl předvídat, jaké množství licencí bude na začátku projektu potřeba pořídit. Přestože mu bylo známo, kolik je držitelů papírových časových kupónů, nemohl předvídat, jaký bude zájem o kupony elektronické. Pokud by zadavatel nakoupil větší počet licencí, aniž by měl jistotu, že nakoupené licence budou mít své uživatele, jednal by v rozporu s péčí řádného hospodáře. Uzavření smlouvy o dílo, jejímž předmětem je nákup 50 000 licencí považuje zadavatel za nejvhodnější způsob, jak prověřit funkčnost požadovaného systému a zájem o jeho využívání.
35. Zadavatel poukazuje na to, že nemohl postupovat při zadávání veřejné zakázky v otevřeném řízení, když dopravní odbavovací systém měl být začleněn do stávajících systémů provozovaných zadavatelem hl. m. Prahou, kde již byl vybrán dodavatel.
36. Zadavatel dále namítá, že Úřad pouze odcitoval příslušná ustanovení licenční smlouvy, avšak již neuvedl, v čem spatřuje jejich nevýhodnost. Podle zadavatele není Úřad oprávněn vyjadřovat se k výhodnosti uzavřené smluvní dokumentace.
37. Zadavatel dále nesouhlasí se závěry Úřadu uvedenými v bodě 73 napadeného rozhodnutí, kde se uvádí, že ve vztahu ke kartové aplikaci DOS nebyly mezi hlavním městem Prahou a vybraným uchazečem sjednány omezující podmínky, které by zadavatele Dopravní podnik nutily, aby veřejnou zakázku na software DOS zadal vybranému uchazeči jako autorovi jejího řešení. Tento závěr považuje zadavatel za neodůvodněný a v rozporu s tím, co vyplývá ze znaleckého posudku Ing. Zdeňka Kroupy.
38. Úřad se podle zadavatele nikterak nevypořádal se závěry znaleckého posudku Ing. Zdeňka Kroupy, z něž vyplývá, že pokud měl dopravní odbavovací systém fungovat na platformě OpenCard, nemohl tuto službu pro zadavatele vykonávat jiný subjekt, než společnost HAGUESS. Zadavatel poukazuje na to, že DOS je podsystémem PCKS, jehož část SKC realizovala pro zadavatele hl. město Praha společnost HAGUESS. Podle zadavatele by jakékoli nové technologické řešení v sobě muselo zahrnovat zcela nový systém obsahující nejen podsystém odpovídající svou povahou kartové aplikaci DOS, kterou může poskytnout pouze

společnost HAGUESS, ale také kompletní systém obdobný PKCS. Přesto podle zadavatele Úřad v napadeném rozhodnutí tvrdí opak, a to i navzdory závěrům uvedeným ve znaleckém posudku Ing. Zdeňka Kroupy.

39. Další pochybení Úřadu zadavatel shledává v délce trvání správního řízení, kdy nebylo rozhodnuto ve lhůtách podle § 71 správního řádu. Zadavatel má za to, že nedodržení lhůt pro vydání rozhodnutí je důsledkem toho, že Úřad nenařídil ústní jednání, v jehož rámci mohla být vyjasněna specifika dané věci a tím urychlen průběh řízení.

Závěr rozkladů

Zadavatelé s poukazem na výše uvedené shodně žádají, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí, v jimi napadeném rozsahu, zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

40. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. správní řád, v platném znění (dále jen „**správní řád**“) věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

41. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
42. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j.: ÚOHS-S37/2010/VZ-5895/2010/540/LZa/VKu ze dne 4. 4. 2012, rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech uvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K rozkladu zadavatele hlavní město Praha

43. K námitce zadavatele, že Úřad nepřipustně směšuje podmínky stanovené zákonem pro konání jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv a z důvodu krajní naléhavosti, uvádím následující. Lze souhlasit se zadavatelem, že autorská práva HAGUESS k software SKC objektivně bránila tomu, aby předmětné zakázky (na smlouvy uvedené ve výroku I. napadeného rozhodnutí) byly zadány jinému dodavateli než vybranému uchazeči. Nemá-li však být popřen samotný smysl zákona, nelze v projednávané věci nezohlednit skutečnost, že tento objektivní stav, tj. překážka v podobě výhradních práv vybraného uchazeče, je důsledkem předchozího postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky na původní smlouvu o dílo, tj. smlouvu ze dne 27. 10. 2006.
44. Účelem zákona je zajištění toho, aby zadavatelé veřejné prostředky vynakládali hospodárně, čehož může být efektivně dosahováno pouze za respektování základních zásad uvedených v § 6 zákona, jež zajišťují, že zakázky budou zadávány v rámci efektivní hospodářské soutěže,

což v konečném důsledku zajistí snížení cen poptávaného plnění oproti stavu, kdy by neexistovala reálná konkurence.

45. Objektivní stav, bránící zadání veřejné zakázky jinému, než vybranému uchazeči, však byl přímým důsledkem předchozího postupu zadavatele (postupu souvisejícího s otevřeným řízením na smlouvu o dílo ze dne 27. 10. 2006), kdy si zadavatel, s ohledem na povahu původní veřejné zakázky, musel být vědom budoucí potřeby dalšího rozvoje, rozšíření či samotné realizace předmětu plnění, jež byl sjednán v původní smlouvě o dílo. Předmětem původní smlouvy o dílo bylo mimo jiné vytvoření specifikace servisního kartového centra, vytvoření návrhu řešení vybraných kartových aplikací, zajištění dodávky 50 tisíc hybridních čipových karet a zajištění zkušebního provozu SKC.
46. Nejen že zadavatel zadávací podmínky původní veřejné zakázky nenastavil takovým způsobem, jenž by zajišťoval co nejuvhodnější postavení zadavatele, tj. takové postavení, které by navzdory autorským právům vybraného uchazeče ke zhotovenému dílu, znamenalo, že zadavatel nebude nucen veškeré budoucí zakázky (související s předmětem díla zhotoveného na základě původní smlouvy o dílo) zadávat pouze vybranému uchazeči, ale v zadávacím řízení pokračoval i poté, co byla podána pouze jediná nabídka vybraného uchazeče a zadavatel tak nemohl vybírat z více nabídek. Nelze totiž vyloučit, že v případě zrušení zadávacího řízení by v případném novém zadávacím řízení bylo nabídek podáno více, stejně jako nelze vyloučit, že některá z těchto nabídek by v otázce ochrany výhradních práv mohla být pro zadavatele příznivější.
47. Nabídku vybraného uchazeče, která obsahovala licenční ujednání, která zadavatele do budoucna výslovně omezovala v možnosti zasahovat do předmětu původního díla jiným subjektem než vybraným uchazečem, přesto zadavatel akceptoval, a to i přesto, že si musel být vědom, že tyto zásahy budou k realizaci zamýšleného projektu nezbytné.
48. Byl to tedy sám zadavatel, který svým aktivním postupem v předcházejícím otevřeném řízení způsobil, že se dostal do situace, kdy všechny veřejné zakázky, navazující na dílo vyhotovené na základě původní smlouvy o dílo, musel z důvodu ochrany výhradních práv zadávat výlučně vybranému uchazeči.
49. Pokud je ze strany zadavatele argumentováno směřováním požadavků uvedených v § 23 odst. 4 písm. a) a písm. b) zákona, uvádím následující. Podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona je zadavatel oprávněn v jednacím řízení bez uveřejnění postupovat tehdy, pokud je nezbytné veřejnou zakázku zadávat v krajně naléhavém případě, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil, ani jej nemohl předvídat a z časových důvodů není možné zadat v jiném druhu zadávacího řízení. Z uvedeného tedy vyplývá, že i v krajně naléhavých případech, kdy je zadání veřejné zakázky nezbytné, musí být kumulativně splněny výše uvedené požadavky. Za situace, kdy zákonodárce vyžaduje, aby shora uvedené požadavky (včetně požadavku, že nastalou situaci nesmí způsobil zadavatel sám) byly splněny i v těchto naléhavých případech (ekologické, přírodní katastrofy), tím spíše musí být splněny i v případech, na něž dopadá § 23 písm. a) zákona. Bylo by absurdní, kdyby v případě ekologické katastrofy (byť způsobené zadavatelem či předvídatelné ze strany zadavatele), nebyl zadavatel ve smyslu § 23 odst. 4

písm. b) oprávněn zadávat v jednacím řízení bez uveřejnění, ale na druhou stranu byl k jeho použití oprávněn v případech běžných (tj. nikoli urgentních či nevyhnutelných) veřejných zakázek tam, kde si důvody k jeho použití (tj. existenci výhradních práv) dokonce vytvořil sám a činil tak prokazatelně srozuměn s tím, že do budoucna tím vytvoří právní stav, který zapříčiní, že jediným v úvahu použitelným zadávacím řízením bude jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.

50. Ve světle výše uvedeného je nutno dospět k závěru, že pro posouzení toho, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když veřejné zakázky zadával v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, je nutno zohlednit, že v situaci, kdy byl nucen postupovat v jednacím řízení bez uveřejnění, se zadavatel neocitl nepředvídatelně, neboť v době uzavření původní smlouvy o dílo si musel být vědom toho, že pro zajištění provozu a rozšíření celého systému bude nutno zadávat další veřejné zakázky. Ačkoli postup zadavatele se formálně může jevit jako souladný se zákonem, ve skutečnosti je takový postup zadavatele postupem in fraudem legis, neboť je nevyhnutelným důsledkem předchozího, vědomého postupu zadavatele, kdy tento si musel být vědom, že svým jednáním (jež samo o sobě nemusí být nezákonné či představovat správní delikt) vytváří podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění.
51. Pokud zadavatel namítá, že odkaz Úřadu na závěry uvedené v rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 5. 11. 2002, č. j. 2 A 3/2002-75, je nepřiléhavý, neboť tento dopadá na situaci, kdy jednání zadavatele směřovalo k obcházení zákona, je tuto námitku nutno odmítnout jako nedůvodnou, neboť jak totiž vyplývá z výše uvedeného, i v nyní projednávaném představuje jednání zadavatele obcházení zákona. Vytvoření podmínek pro postup podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona nebylo s realizací celého projektu nevyhnutelně spjata, ale bylo důsledkem postupu, který zadavatel při jeho realizaci na základě vlastního uvážení zvolil (způsob nastavení zadávacích podmínek, nezrušení zadávacího řízení po podání jediné nabídky). Zadavatel musel být v souvislosti s uzavíráním původní smlouvy na veřejnou zakázku (ve spojení s licenční smlouvou ze dne 6. 11. 2006) srozuměn s tím, že do budoucna nebude moci navazující veřejné zakázky zadávat jinak, než v jednacím řízení bez uveřejnění.
52. Pokud by Úřad dospěl k závěru, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když předmětné veřejné zakázky zadával v jednacím řízení bez uveřejnění poté, co existenci podmínek pro jeho použití sám zapříčinil, ačkoli si musel být vědom toho, že potřeba dalších, do původního díla zasahujících (či na něj navazujících) zakázek je vysoce pravděpodobná, není nevyhnutelná, zcela by rezignoval na jeden ze základních požadavků zákona, tj. na požadavek, aby veřejné zakázky byly zadávány transparentním způsobem v zadávacích řízeních, jež díky pluralitě dodavatelů zajistí pro zadavatele výběr co nejvýhodnější nabídky.
53. Pokud zadavatel namítá, že omezení vyplývající z ochrany autorských práv vybraného uchazeče, si nezpůsobil sám, ale tato vyplývají přímo z autorského zákona, je nutno konstatovat, že autorská práva vybraného uchazeče k jím zhotovenému dílu sice vznikají přímo ze zákona, nicméně tento je oprávněn s nimi disponovat. Zadavatel si v rámci zadávacích podmínek původního zadávacího řízení mohl možnost dispozice s autorskými

právy do budoucna vyhradit. V rámci původního otevřeného zadávacího řízení však toto zadavatel neučinil, z čehož vyplývá, že se ani nepokusil zajistit, aby dodavatelé předkládali nabídky, v nichž bude problematika autorských práv upravena takovým způsobem, jež by zajistil, že na dalším rozvoji či provozování systému budou mít možnost se podílet i jiné subjekty než vybraný uchazeč. Sám zadavatel v rozkladu uvádí, že v roce 2010 uzavřel s vybraným uchazečem dohodu o uvolnění licenčních podmínek software SKC (viz bod 26 rozkladu). Pokud byl tedy vybraný uchazeč ochoten vzdát se autorských práv v roce 2010, nelze vyloučit, že by byl ochoten v původním zadávacím řízení nabídku podat i tehdy, pokud by zadavatel požadavky v tomto směru stanovil již v zadávacích podmínkách.

54. Zadavatel, který otázku licencí a zásahů do autorských práv závazně neupravil v rámci zadávacích podmínek, ale její podobu (vycházející z nabídky jednotlivých uchazečů) zamýšlel hodnotit až v rámci dílčího hodnotícího kritéria „kvalita předkládaného koncepčního návrhu řešení SKC“, si tak musel být při uzavírání původní smlouvy o dílo vědom toho, že v možnosti nakládat s předmětem díla bude ze strany vybraného uchazeče výrazně omezen. Již z článku I.4 návrhu smlouvy (původní smlouva o dílo) bylo zadavateli známo, jakým způsobem zamýšlí vybraný uchazeč otázku majetkových autorských práv upravit, neboť vzor licenční smlouvy (uzavřené dne 6. 11. 2006) byl přílohou návrhu původní smlouvy o dílo. Sám zadavatel ostatně v rozkladu konstatuje, že vybraný uchazeč mohl zadavateli licenci i v širším rozsahu, tedy v rozsahu, který by býval umožňoval zadání předmětných smluv na zajištění provozu PCKS a dodávku KAP i třetím osobám.
55. K námitce zadavatele, že nemohl jakýmkoli způsobem ovlivnit skutečnost, že byla podána pouze jedna nabídka a tudíž nemohlo z jeho strany dojít k hodnocení licenční politiky, uvádím následující. Ačkoli za dané situace zadavatel licenční politiku vybraného uchazeče skutečně hodnotit nemohl, vymezení předmětu plnění a stanovení zadávacích podmínek záviselo na úvaze zadavatele a tento měl možnost nastavit takové podmínky zadávacího řízení, jimiž by zabránil tomu, že nastane situace, kdy bude akceptována jediná nabídka, bez ohledu na to, zda tato je pro zadavatele výhodná, tj. zda je koncipována v souladu s účelem, k jehož realizaci byla veřejná zakázka zadávána.
56. Zadavatel se nemůže odpovědnosti za správní delikt zprostit ani tvrzením, že v rozhodné době byl prokazatelně jediným subjektem na trhu, majícím zájem na plnění původní veřejné zakázky, vybraný uchazeč. Skutečnost, že se v rozhodné době do zadávacího řízení žádný jiný uchazeč nepřihlásil, ještě nesvědčí o tom, že by neexistoval jiný subjekt, který by byl schopen předmět veřejné zakázky plnit. Nelze totiž vyloučit, že za určitých okolností, např. při jiném vymezení předmětu veřejné zakázky, jež by umožnilo účast širšího okruhu dodavatelů schopných realizovat zamýšlený projekt, by bylo podáno více nabídek. Není důvod se domnívat, že by zadavatelem zamýšlený projekt byl skutečně schopen realizovat jediný subjekt, a to tím spíše, že zadavatel sám připouští, že konkrétní technické a obchodní řešení projektu Opencard bylo až výsledkem plnění předmětu původní veřejné zakázky (viz. bod 20 a 21 rozkladu). Plán na vytvoření multifunkční čipové karty by byl s nejvyšší pravděpodobností schopen realizovat i jiný subjekt než vybraný uchazeč.

57. K námitce zadavatele, že Úřad nesprávně vycházel z toho, že zadavatel měl potřebu budoucí dodávky KAP a zajištění provozu PCKS ze strany třetích osob rozpoznat již v době zadání původní zakázky, uvádím následující. Úvahy úřadu v tomto směru považuji za správné a potvrzuje je i sám zadavatel, který v bodě 21 rozkladu uvádí, že *zadavatel měl při zadávání původní veřejné zakázky určitou obecnou představu o možném budoucím rozvoji projektu Opencard, rozhodně však neznal konkrétní způsob, prostředky ani podmínky jeho rozvoje a tedy nemohl tyto požadavky zohlednit v požadavcích na plnění původní zakázky*. Zadavatel tedy měl představu o tom, že projekt se bude dále rozvíjet (resp. s ohledem na plány schválené usnesením Rady hl. města Prahy ze dne 4. 10. 2005 s tímto rozvojem musel počítat) a s ohledem na to vyvstane potřeba na předmět díla vytvořený v rámci původní zakázky navázat. Na tom nemůže nic změnit ani skutečnost, že zadavatel ještě neměl přesnou představu o tom, jakým konkrétním způsobem by k rozvoji projektu mělo dojít. Rozhodné je, že věděl, že k rozvoji dojde, nebo že toto je alespoň vysoce pravděpodobné.
58. S ohledem na výše uvedené se nelze ztotožnit s námitkou zadavatele, že Úřadem vytýkaná pochybení se vesměs týkají pouze původní zakázky. Jak již vyplývá z výše uvedeného, zadavatel se správného deliktu nedopustil izolovaně pouze tím, že při snaze chránit autorská práva vybraného uchazeče zadával veřejnou zakázku v jednacím řízení s uveřejněním podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, ani výlučně tím, jak postupoval při zadávání původní veřejné zakázky. Z výše uvedeného naopak vyplývá, že správného deliktu se zadavatel dopustil tím, že v původním zadávacím řízení postupoval tak, že svým postupem dal vzniknout situaci (resp. vzniku této situace nezabránil), kdy navazující veřejnou zakázku, s ohledem na ochranu výhradních práv, mohl zadat pouze vybranému uchazeči, ačkoli si již tehdy musel být vědom toho, že potřeba zadání této veřejné zakázky vyvstane, a následně tuto zakázku vybranému uchazeči zadal, aniž by měli možnost se o ni ucházet i jiní dodavatelé. Vzniku výhradních práv na straně vybraného uchazeče, resp. tomu, aby jejich existence do budoucna bránila zadání veřejné zakázky jiným postupem, než v jednacím řízení bez uveřejnění, mohl zadavatel zabránit, pokud by původní veřejnou zakázku zadával tak, aby byly co nejvíce akcentovány zájmy na zachování soutěžního prostředí mezi potenciálními dodavateli a na hospodárném vynakládání veřejných prostředků. Správného deliktu se tedy zadavatel dopustil až kombinací postupu, který dobrovolně zvolil v původním zadávacím řízení a postupu, který byl následně nucen zvolit při zadávání smluv uvedených ve výroku I. napadeného rozhodnutí. Skutková podstata správného deliktu byla naplněna až v okamžiku, kdy nastala situace, že zadavatel přistoupil k zadávání veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel si však již v rámci původního zadávacího řízení musel být vědom toho, že tato situace nastane, což se následně skutečně stalo.
59. Nelze se ztotožnit ani s tvrzením zadavatele, že rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2012, č. j. 62 Af 61/2010 a na něj navazující rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 potvrzují, že se zadavatel při uzavírání předmětných smluv nedopustil porušení zákona. K tomuto tvrzení uvádím, že v souvislosti s uzavíráním předmětných smluv, resp. s uzavřením předmětných smluv v návaznosti na svůj předchozí postup, se zadavatel dopustil správného deliktu, neboť závěry obsažené ve shora uvedených rozsudcích se týkaly postupu zadavatele, o němž Nejvyšší správní soud konstatoval, že *„v postupu zadavatele není možno shledávat účelovost a úmysl obejítí zákona při zadávání*

veřejných zakázek“. Ve světle zásady Ignorantia iuris non excusat je nutno konstatovat, že na rozdíl od výše uvedených rozsudků zadavatel v nyní projednávané věci musel vědět a byl minimálně srozuměn s tím (úmysl nepřímý), že svým postupem v předchozím zadávacím řízení vytvoří situaci, kdy další, jím zamýšlený rozvoj a provozování projektu bude moci zadat pouze vybranému uchazeči. To, že si zadavatel musel být vědom potřeby dalšího rozvoje, rozšíření či úprav projektu a tím i potřeby dalšího, na původní zakázku navazujícího, zadávání, vyplývá z usnesení Rady hlavního města Prahy č. 1411 ze dne 4. 10. 2005 a dále z usnesení Rady hlavního města Prahy č. 0708 ze dne 16. 5. 2006. Rada hlavního města tímto usnesením ze dne 4. 10. 2005 schválila informační strategii hl. města Prahy do roku 2010 - „Cesta k e-Praze“, která obsahuje projekt na vytvoření multifunkční čipové karty Pražana s předpokládaným termínem realizace v letech 2006 až 2010. Z usnesení ze dne 16. 5. 2006 vyplývá, že rada hlavního města Prahy schválila projekt vybudování Pražského centra kartových služeb, s cílem poskytnout občanům hlavního města Prahy univerzální čipovou kartu Pražana, která bude využitelná pro občany v oblastech dopravní infrastruktury, městských služeb v turistickém ruchu atp. a umožní občanům bezhotovostně čerpat většinu městských služeb. V souvislosti s tímto záměrem rozhodlo hlavní město Praha vybudovat PCKS jako univerzální otevřené technologické prostředí pro poskytování městských služeb s využitím multifunkční čipové karty.

60. Ve shora uvedeném rozhodnutí Nejvyššího správního soudu lze spatřovat další zásadní rozdíl oproti nyní projednávané věci, který je pro závěry citovaného rozsudku zásadní, a to skutečnost, že zde soud vycházel z toho, že *„původní veřejné zakázky zadával zadavatel prokazatelně, aniž by měl vědomí o tom, že v budoucnu mu vznikne potřeba zadávat dotčené zakázky*“. Jak již bylo podrobně vysvětleno výše, v nyní projednávaném případě však zadavatel naopak prokazatelně měl, resp. s ohledem na povahu zamýšleného projektu, musel mít vědomí o tom, že v budoucnu mu vznikne potřeba zadávat dotčené zakázky.
61. Ve výše citovaném rozsudku Nejvyšší správní soud mimo jiné uvádí, že *„není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy by musel veřejnou zakázku přidělit pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách*“. *„Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento stav exkluzivity vytvořil*.“ Nejvyšší správní soud zde hovoří o zaviněném postupu, z čehož vyplývá, že tento nemusí být úmyslný, ale postačí i zavinění ve formě nedbalosti. Nejvyšší správní soud v této souvislosti dále uvedl, že *„není v daném řízení podstatné, zda stěžovatel tvrdí, resp. ani v minulosti nedeclaroval, že by nevhodné chování bylo pochybením, kterým by zadavatel porušil zákon o veřejných zakázkách*“. Ačkoli Nejvyšší správní soud má za to, že na postup zadavatele, který v uvedené věci přezkoumává, tyto závěry použít nelze, na postup zadavatele přezkoumávaný v rámci napadeného rozhodnutí tyto závěry bezsporně vztáhnout lze.
62. Podle Nejvyššího správního soudu je potřeba pečlivě vážit, zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný, neboť předmět veřejné zakázky je nepoměrně složitější, resp. jedná se o zakázku specializovanou. S uvedeným závěrem Nejvyššího správního soudu, ohledně otázky případného zavinění, se nelze ztotožnit a to s ohledem na

skutečnost, že odpovědnost zadavatele za porušení zákona je odpovědností objektivní a tedy nezávislou na vnitřním vztahu zadavatele k jeho protiprávnímu jednání. Jestliže tedy soud vychází z toho, že pokud by podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění vznikly zaviněným (ať již úmyslným či nedbalostním) postupem zadavatele, došlo by zadáváním v jednacím řízení bez uveřejnění k porušení zákona, pak je z povahy věci nesprávný jeho další závěr o tom, že v této je potřeba pečlivě vážit, zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný. Zaviněným postupem je totiž jak postup úmyslný, tak postup nedbalostní, mezi který lze zahrnout i postup „nešikovný“, o němž hovoří Nejvyšší správní soud. To, že se zadavatel porušení zákona dopustí „v důsledku nešikovnosti“, tj. z nedbalosti, jej nemže odpovědnosti za správní delikt zprostit.

63. Vzhledem k tomu, že napadené rozhodnutí považuji za věcně správné a vydané v souladu se zákonem, s ohledem na to v ostatním na závěry zde uvedené v plném rozsahu odkazuji.

K rozkladu zadavatele Dopravní podnik města Praha

64. K námitce zadavatele, že nemohl předvídat, jaké množství licencí bude na začátku projektu potřeba pořídit, uvádím následující. Za situace, kdy zadavatel konstatuje, že věděl, kolik je držitelů časových kuponů, a že nákupem 50 000 licencí pouze prověřoval zájem o využívání systému, sám tím připouští, že byl srozuměn s tím, že s vysokou pravděpodobností nastane situace, že bude muset na základě další smlouvy dokoupit další licence. K závěru, že potřeba budoucího nákupu dalších licencí musela být zadavateli zřejmá, resp., že se mu musela jevit jako vysoce pravděpodobná, mě vede skutečnost, že pokud by zadavatel projekt nepovažoval za potřebný a s ohledem na to poptávaný, resp. fakticky využívaný ze strany stávajících uživatelů papírových kuponů, v zájmu efektivního využívání veřejných prostředků by do zavedení systému neinvestoval prostředky.
65. K tomu uvádím, že smlouva o dílo ze dne 15. 10. 2007 byla uzavřena s tím, že cena za předmět plnění, tj. za dodávku software DOS, činí 11 052 500,- Kč. Dne 15. 7. 2008 byla uzavřena smlouva o dílo, jejímž předmětem byla mimo jiné dodávka software DOS za cenu 24 010 000,- Kč bez DPH (rozšíření licence z 50 000 na 250 000). Ke smlouvě o dílo ze dne 15. 7. 2008 byl dne 15. 12. 2008 uzavřen dodatek č. 1, jehož předmětem bylo rozšíření udělené licence z 250 000 na 350 000. Na základě dodatku č. 2 ze dne 22. 12. 2008 došlo k rozšíření funkcionality systému za cenu 4 800 000,- Kč bez DPH. Dodatkem č. 3 ze dne 12. 2. 2010 došlo mimo jiné k rozšíření licence pro maximálně 650 000 uživatelů evidovaných karet.
66. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že původní počet licencí se od 15. 10. 2007 do 12. 2. 2010 zvýšil 13-krát, aniž by však měl zadavatel postaveno najisto, že před uzavřením každé další smlouvy (dodatku) je ze strany uživatelů zájem a jak velký tento zájem bude, a přesto k uzavření těchto dodatků přistoupil. Zde už zadavatel při nákupu 200 000 (smlouva o dílo ze dne 15. 7. 2008), 100 000 (dodatek č. 1) a 300 000 licencí (dodatek č. 3) zjevně nespatořoval problém v tom, že ve vztahu ke všem zakoupeným licencím neměl jistotu, že tyto budou mít své uživatele. Počátečním nákupem relativně nízkého počtu 50 000 licencí tak zadavatel (jakožto sektorový zadavatel) uzavřel mimo režim zákona smlouvu na podlimitní veřejnou

zakázku, čímž si pro budoucí, rozsáhlý, postupný nákup dalších 600 000 licencí vytvořil podmínky, kdy zakázku musel zadat v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči.

67. Pokud zadavatel v obecné rovině nesouhlasí se závěry uvedenými v bodě 73 napadeného rozhodnutí, k této nekonkretizované námitce uvádím, že se zde uvedenými závěry se v plném rozsahu ztotožňuji a tyto na rozdíl od zadavatele považuji za správné a dostatečně odůvodněné.
68. K námitce zadavatele, že Úřad pouze odcitoval příslušná ustanovení licenční smlouvy, aniž by objasnil, v čem spatřuje jejich nevýhodnost, uvádím následující. Úřad v napadeném rozhodnutí neuvedl, že by zadavatel pochybil, když licenční podmínky sjednal způsobem, který Úřad v kontextu posuzovaného případu, tj. zejména s ohledem na důsledky v oblasti autorských práv, shledává nevýhodným. Úřad v bodě 78 napadeného rozhodnutí uvedl pouze to, že *„v šetřeném případě mohou ve vztahu k software k zajištění funkcionality DOS existovat důvody vyplývající z ochrany autorských práv podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, které brání tomu, aby byly veřejné zakázky na zvýšení počtu licencí a rozšíření jeho funkcionality zadávány jinému dodavateli než vybranému uchazeči, avšak omezení, na která se zadavatel Dopravní podnik odvolává, si zadavatel s vybraným uchazečem rovněž sjednal sám, a to v licenční smlouvě ze dne 15. 10. 2007, smlouvě o dílo ze dne 15. 7. 2008 a následujících smluvních vztazích“*. V této souvislosti Úřad konstatoval, že zadavatel se nemůže odvolávat na povinnosti vyplývající pro něj ze smluvních vztahů, které sám uzavřel.
69. Nelze se ztotožnit ani s námitkou zadavatele, že by se Úřad nevypořádal se závěry znaleckého posudku Ing. Zdeňka Kroupy. Závěry obsažené v uvedeném posudku Úřad při svém rozhodování dostatečně zohlednil, byť z nich pro postup při zadávání veřejných zakázek vyvodil jiné závěry než zadavatel. V tomto směru plně odkazují odůvodnění napadeného rozhodnutí.
70. Nelze se ztotožnit ani s námitkou zadavatele, že nedodržení lhůt pro vydání rozhodnutí podle § 71 správního řádu je důsledkem toho, že Úřad nenařídil ústní jednání, v jehož rámci mohla být podle zadavatele vyjasněna specifika dané věci a tím urychlen průběh řízení. Skutečnost, že nebylo rozhodnuto ve lhůtách podle § 71 správního řádu, nadto nemůže mít vliv na zákonnost a věcnou správnost napadeného rozhodnutí.

VI. Závěr

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

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Jiří Brož, advokát, se sídlem Palác Flóra, Budova A, Vinohradská 2828/151, 130 00 Praha 3
2. HAGUESS, a.s., Na Michovkách I. 686, 252 43 Průhonice
3. JUDr. Karel Muzikář, advokát, advokátní kancelář WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o., Křižovnické nám. 2/193, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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