



UOHSX004LR5B

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R120,124/2012/VZ-16183/2013/310/MLr

Brno 28. srpna 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 30. 4. 2012 podaném zadavatelem –

- **hlavní město Praha**, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 3. 10. 2011 Mgr. Ing. Janem Kroftou, advokátem, se sídlem Břehová 208/8, 110 00 Praha 1

a o rozkladu ze dne 2. 5. 2012 podaném vybraným uchazečem –

- společností **GORDIC spol. s r.o.**, IČ 47903783, se sídlem Erbenova 4, 586 01 Jihlava, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 9. 9. 2011 JUDr. Milanem Zápotočným, advokátem, se sídlem Telečská 7, 586 01 Jihlava,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé ze dne 12. 4. 2012, ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem dle ustanovení § 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**“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona na základě výzvy k jednání ze dne 14. 7. 2010,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé ze dne 12. 4. 2012

p o t v r z u j i

a rozklad ze dne 30. 4. 2012 podaný hlavním městem Praha, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1, a rozklad ze dne 2. 5. 2012 podaný společností GODIC spol. s r.o., se sídlem Erbenova 4, 586 01 Jihlava,

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jenž je dle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, příslušný k dohledu nad dodržováním citovaného zákona, obdržel podnět k prošetření postupu zadavatele – hlavní město Praha, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání veřejné zakázky „**Jednotný ekonomický systém JES**“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
2. Úřad na základě obdrženého podnětu zahájil z moci úřední správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jehož účastníky jsou zadavatel a vybraný uchazeč – GORDIC spol. s r.o., IČ 47903783, se sídlem Erbenova 4, 586 01 Jihlava (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S364/2011/VZ-13017/2011/540/VKu ze dne 24. 8. 2011 bylo doručeno dne 24. 8. 2011 oběma účastníkům, a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení z moci úřední (*tedy nikoliv dne 13. 5. 2011, jak nesprávně uvedl Úřad v návěti rozhodnutí č. j. ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé ze dne 12. 4. 2012*).
3. Úřad ve správním řízení zjistil z článku 1 přípisu zadavatele, označeného jako „*Výzva k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění podle 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, s názvem Jednotný ekonomický systém JES*“, ze dne 14. 7. 2010 (dále jen „**Výzva k jednání ze dne 14. 7. 2010**“), a adresovaného vybranému uchazeči, že zadavatel označil jako předmět plnění „*realizaci dodávek*“

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

a poskytnutí služeb souvisejících s plošnou implementací systému GINIS Enterprise, který komplexně pokrývá všechny oblasti ekonomických procesů“. Úřad dále z téhož článku zjistil, že „v rámci veřejné zakázky budou dodány potřebné licence GINIS Enterprise (upgrade stávajících licencí GINIS a Win UCR)“ a dále, že „paralelně bude vytvořen sehrávací portál pro on-line aktualizaci dat“.

4. Úřad rovněž učinil skutkové zjištění o tom, že zadavatel v článku 1 Výzvy k jednání ze dne 14. 7. 2010 uvedl, že *„dále proběhne rozšíření implementace v potřebném rozsahu funkčnosti na Magistrátu hlavního města Prahy, městských částí 2, 3, 5, 7, 10, 12, 13, 17, 18, 22 a Technické správě komunikací hlavního města Prahy“, a že „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“.*
5. Úřad rovněž z článku 1 Výzvy k jednání ze dne 14. 7. 2010 zjistil, že *„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“.*
6. Úřad dále ve správním řízení učinil skutkové zjištění, že zadavatel jako předmět plnění veřejné zakázky označil rovněž *„vytvoření jednotně zajišťované podpory pro všechny subjekty hlavního města Prahy, které budou zahrnuty do projektu JES“.*
7. Dne 17. 8. 2010 zadavatel rozhodl o výběru nejnižší nabídky vybraného uchazeče.
8. Dne 1. 9. 2010 zadavatel a vybraný uchazeč uzavřeli smlouvu o dílo č. DIL/66/02/000676/2010, smlouvu na dodávku programového produktu, převod práv k jeho užití na kupujícího č. INO/66/02/000678/2010 a smlouvu o poskytování podpory programového vybavení jednotného ekonomického systému (JES) pro hlavní město Prahu č. INO/6602/000677/2010 s odkazem na jednací řízení bez uveřejnění na základě Výzvy k jednání ze dne 14. 7. 2010.
9. Ze smlouvy o dílo č. DIL/66/02/000676/2010 ze dne 1. 9. 2010 Úřad zjistil, že cena díla činí 159 600 000 Kč bez DPH (191 520 000 Kč včetně DPH).
10. Ze smlouvy na dodávku programového produktu, převod práv k jeho užití na kupujícího č. INO/66/02/000678/2010 ze dne 1. 9. 2010 Úřad zjistil, že cena za poskytování služeb byla stanovena ve výši 230 000 000 Kč bez DPH (276 000 00 Kč včetně DPH).
11. Ze smlouvy o poskytování podpory programového vybavení jednotného ekonomického systému (JES) pro hlavní město Prahu č. INO/6602/000677/2010 ze dne 1. 9. 2010 Úřad zjistil, že cena za poskytování služeb činí 149 000 000 Kč bez DPH (178 800 000 Kč včetně DPH).
12. Úřad na základě citovaných smluv učinil skutkové zjištění, že součet plnění dle všech citovaných smluv činí 538 600 000 Kč bez DPH (643 320 000 včetně DPH).
13. Úřad ve správním řízení zjistil, že zadavatel před zahájením zadávacího řízení shromáždil následující listiny:
 - Právní posudek JUDr. Milana Zápotočného, advokáta, ze dne 7. 5. 2007;

- Důvodovou zprávu „Jednotný ekonomický systém (JES)“ nedatovanou, přičemž z jejího textu vyplývá, že byla zpracována na základě usnesení č. 408 Rady hlavního města Prahy ze dne 19. 3. 2010;
- Právní vyjádření k postupu zadavatele formou jednacího řízení bez uveřejnění – „Jednotný ekonomický systém JES“ ze dne 27. 5. 2010 (zpracované společností HAVEL & HOLÁSEK s.r.o., advokátní kancelář);
- Znalecký posudek č. 280/2010 znalce Ing. René Pitáka ze dne 4. 6. 2010;
- Právní stanovisko k možnosti zadání veřejné zakázky „Jednotný ekonomický systém JES“ prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění ze dne 1. 6. 2010 (zpracované společností Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o.);
- Prohlášení k postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění a vypracování zadávací dokumentace externím právním poradcem ze dne 8. 6. 2010 (zpracované společností Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o.);
- Stanovisko k ekonomickému a technickému posouzení projektového záměru JES ze dne 23. 6. 2010 (zpracované společností Deloitte Advisory s.r.o.),

a zároveň Úřad posoudil, že účelem jejich pořízení zadavatelem bylo ověření možnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž právní posudek JUDr. Milana Zápotočného, advokáta, ze dne 7. 5. 2007 byl dle zjištění Úřadu zpracován na základě žádosti vybraného uchazeče.

14. Úřad vyhodnotil podklady pro vydání rozhodnutí, jak jsou uvedeny v článku 13 odůvodnění tohoto rozhodnutí, tak, že za relevantní dokumenty, které mají určitou argumentační průkaznost, označil právní vyjádření HAVEL & HOLÁSEK s.r.o., advokátní kancelář a právní stanovisko Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o. Pro účely posouzení toho, zda bylo nutné zadat veřejnou zakázku vybranému uchazeči ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu ochrany výhradních práv, pak Úřad označil obě shora citovaná vyjádření advokátních kanceláří jako neprůkazná. Ostatní podklady rozhodnutí (uvedené v článku 13 odůvodnění tohoto rozhodnutí) dle Úřadu nelze pro účely přezkumu úkonů zadavatele vůbec považovat za akceptovatelné s ohledem na jejich nedostatečnou průkaznost nebo irelevantnost.

II. Rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé ze dne 12. 4. 2012

15. Úřad po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal ve věci samé rozhodnutí č. j. ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé ze dne 12. 4. 2012 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že zadavatel se při zadávání veřejné zakázky „Jednotný ekonomický systém JES“ dopustil správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku „Jednotný ekonomický systém JES“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvy s vybraným uchazečem.

16. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že za spáchání správního deliktu ve výroku I. napadeného rozhodnutí se zadavateli ukládá podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokuta ve výši 5 000 000 Kč.
17. Výrok I. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tak, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by splnil podmínky stanovené pro tento druh zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť předložená dokumentace o předmětné veřejné zakázce neobsahuje podklady, které by prokázaly, že byly splněny zákonné podmínky citovaného ustanovení.
18. Úřad se řídil při výkladu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, dle kterého zadavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodů ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitých dodavatelem, úvahou, že aplikace citovaného ustanovení je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění, a že je na zadavateli, aby prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky.
19. V souvislosti s posouzením toho, zda jsou dány technické důvody pro zadání veřejné zakázky pouze vybranému uchazeči ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, Úřad dovodil z usnesení Rady hlavního města Prahy č. 1258 ze dne 17. 8. 2010, 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. Úřad dále usoudil, že plnění, spočívající pouze v nahrazení stávajícího systému zadavatele systémem novým (plnění veřejné zakázky spočívající v nahrazení pouze stávajícího systému Win UCR), nesplňuje zákonné podmínky pro zadání těchto plnění v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, protože tato plnění mohou dle Úřadu poskytnout i jiní dodavatelé. Na základě tohoto posouzení Úřad uzavřel, že již z tohoto důvodu považuje existenci technických důvodů pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění za nedoloženou.
20. Dále Úřad konstatoval, že bez ohledu na jeho výše uvedené závěry (článek 19 odůvodnění tohoto rozhodnutí) nebyly u předmětné veřejné zakázky doloženy technické důvody dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro to, aby zadavatel mohl zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Tento závěr Úřad založil na tom, že zadavatel nedostatečně odůvodnil použití jednacího řízení bez uveřejnění, a zároveň neprokázal ve správním řízení splnění zákonné podmínky (technické důvody) pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Úřad uvedl, že z rozsudku Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropského soudního dvora) C-385/02 ze dne 14. 9. 2004 (Evropská komise vs. Itálie) vyplývá, že zadavatel nese ve správním řízení důkazní břemeno, a bylo na něm, aby ve správním řízení prokázal, že byly splněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona; to však zadavatel neprokázal. Zadavatel rovněž pochybil, když se neřídil závěry stanoviska HAVEL & HOLÁSEK s.r.o., advokátní kancelář, ze dne 27. 5. 2010, a nezjistil před zahájením zadávacího řízení, zda jsou u veřejné zakázky splněny technické důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona.

21. Úřad posoudil, že u předmětné veřejné zakázky nejsou dány ani důvody, vyplývající z ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu, jako zákonné podmínky dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro to, aby zadavatel mohl zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Uvedený závěr Úřad konkrétně odůvodnil tak, že zadavatel nepředložil průkazné podklady (*stanovisko Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o. ze dne 1. 6. 2010, stanovisko HAVEL & HOLÁSEK s.r.o., advokátní kancelář ze dne 27. 5. 2010*), které by jednoznačně prokázaly splnění citovaných důvodů pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.
22. Úřad se při výkladu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona řídil tím, že existenci podmínek, na základě kterých lze legálně postupovat v jednacím řízení bez uveřejnění, nesmí zadavatel způsobit sám svým předchozím jednáním. Úřad tento výklad dovodil, jak ze znění zákona jako takového, tak i z konstantní soudní judikatury (rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 3/2002-75 ze dne 5. 11. 2002, rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropského soudního dvora) C-385/02 ze dne 28. 10. 2002). Na základě uvedeného výkladu citovaného ustanovení Úřad posoudil, že v šetřeném případě se není možné odvolávat na omezení vyplývající z ochrany autorských práv, kterou dle Úřadu zadavatel rovněž v řízení neprokázal. Úřad ve správním řízení dále posoudil, že nutnost aplikace jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv jediného dodavatele způsobil sám zadavatel již v předcházejícím smluvním vztahu s vybraným uchazečem, protože v něm neupravil smluvní podmínky týkající se autorskoprávní ochrany vhodným způsobem.
23. Výrok II. napadeného rozhodnutí odůvodnil Úřad tak, že posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouvy na realizaci předmětné veřejné zakázky již byly uzavřeny a nápravy tedy nelze dosáhnout.
24. Úřad konkrétně k uložení pokuty za spáchaný správní delikt a k výši uložené pokuty uvedl, že horní hranice možné pokuty činí dle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona 32 316 000 Kč (5% z celkové hodnoty plnění ze smlouvy o dílo č. DIL/66/02/000676/2010 ze dne 1. 9. 2010; ze smlouvy na dodávku programového produktu, převod práv k jeho užití na kupujícího č. INO/66/02/000678/2010 ze dne 1. 9. 2010; a ze smlouvy o poskytování podpory programového vybavení jednotného ekonomického systému pro hlavní město Prahu č. INO/66/02/000677/2010 ze dne 1. 9. 2010).
25. Úřad posoudil stupeň závažnosti spáchaného správního deliktu zadavatele jako delikt závažný, neboť nezákonným postupem zadavatele došlo k eliminaci spravedlivé soutěže o cenu, který vyloučil zásady vyplývající z ustanovení § 6 zákona, uvedené Úřad považuje za přitěžující okolnost.
26. Úřad posoudil způsob spáchání správního deliktu tak, že nelze vyloučit, ani potvrdit, že zadavatel jednal v úmyslu obejít zákon, jelikož podklady (analýzy, právní stanoviska) zadavatele, vyhotovené před zadáním předmětné zakázky, neprokázaly ve správním řízení použití jednacím řízení bez uveřejnění v souladu se zákonem, a z tohoto důvodu dle Úřadu nelze tyto skutečnosti zohlednit v rámci polehčujících ani přitěžujících okolností.
27. Úřad dále posoudil na základě obdržených podkladů okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, tak, že zadavatel jednal s úmyslem zajistit co nejúčinnější ochranu stávajících investic tím, že si nechal zpracovat i ekonomické analýzy potvrzující racionálnost zvoleného

postupu. Tento postup zadavatele před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění Úřad považoval za určitou polehčující okolnost, protože v sobě nese alespoň určité prvky hospodárnosti při nakládání s veřejnými prostředky. Úřad v této souvislosti uvedl, že i přes tento prvek hospodárnosti nebyl postup zadavatele v souladu se zákonem, a pochybení zadavatele vedlo k omezení soutěžního prostředí, což je jedno z nejzávažnějších pochybení.

28. Úřad při stanovení výše pokuty zjistil z návrhu rozpočtu hlavního města Prahy pro rok 2012, že příjmy činí 37 247 051 000 Kč. Úřad dospěl k závěru, že stanovenou výše pokuty (5 000 000 Kč) nelze vzhledem k uvedené výši příjmů zadavatele považovat za likvidační ve smyslu nálezu Ústavního soudu České republiky č. 405/2002 Sb.

III. Námitky rozkladu zadavatele (spisová značka R120/2012)

29. Dne 2. 5. 2012 uplatnil zadavatel do rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé ze dne 12. 4. 2012 včasný rozklad. Zadavatel napadl citované rozhodnutí v celém rozsahu, a uplatněným rozkladem se domáhal, aby předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**předseda Úřadu**“) napadené rozhodnutí zrušil.

Porušení ustanovení § 50 odst. 3 správního řádu Úřadem

30. Zadavatel v uplatněném rozkladu vytkl Úřadu, že při zjišťování stavu věci porušil ustanovení § 50 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), dle kterého je správní orgán povinen zjistit všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu, a dále je správní orgán povinen v řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena.

31. Zadavatel spatřuje pochybení Úřadu v tom, že si neopatřil všechny důkazy nezbytné pro zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, přestože zadavatelem předložené důkazy Úřad považoval za neprůkazné a irelevantní. Úřad měl dle zadavatele zajistit jiné důkazy tak, aby byl zjištěn stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti namísto toho, aby svá skutková zjištění v rozporu se správním řádem založil na svém ztotožnění se závěry těch analýz, které zadavatel pořídil před zahájením předmětného zadávacího řízení.

32. Úřad rovněž dle zadavatele pochybil, když z provedených důkazů, které byly předloženy zadavatelem, „*selektivně vybral jen ty pasáže z listinných dokumentů, které podporovaly jeho hypotézu o porušení ZVZ*“, aniž by se vypořádal i se závěry, které svědčí ve prospěch zadavatele.

Nedostatečně zjištěný skutkový stav Úřadem - veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů pouze určitým dodavatelem

33. Zadavatel uvedl v uplatněném rozkladu, že Úřad neúplně a nedostatečně zjistil stav věci, resp. neúplně a nedostatečně posoudil stav věci, neboť rozhodnutí ve věci záviselo dle zadavatele na posouzení skutečnosti, k nimž je třeba odborných znalostí. Takovou odbornou otázkou dle zadavatele je posouzení toho, zda jsou naplněny technické důvody pro to, aby veřejná zakázka byla splněna pouze určitým dodavatelem (vybraným uchazečem).

34. V této souvislosti zadavatel uvedl, že znalec Ing. René Piták ve znaleckém posudku č. 280/2010 ze dne 4. 6. 2010 dospěl k závěru, že „*plnění předmětu veřejné zakázky jiným subjektem by bylo spojeno s technickou neslučitelností, provozními problémy a problémy garanční funkčnosti*“. Úřad přesto tyto závěry bez dalšího posoudil jako nedostatečné k prokázání toho, zda jsou splněny technické důvody pro to, aby předmětná veřejná zakázka byla zadána pouze určitému dodavateli (vybranému uchazeči), aniž by se se závěry znalce věcně a právně vypořádal.

35. Úřad tedy dle zadavatele pochybil, když nedostatečně posoudil, zda jsou splněny technické důvody pro to, aby předmětná veřejná zakázka byla zadána pouze určitému dodavateli (vybranému uchazeči), protože se jedná posouzení skutečnosti, ke kterým Úřad z povahy věci nemá odborné znalosti. Úřad dále pochybil tím, že znalecký posudek Ing. René Pitáka označil jako nedostatečný, aniž by se s jeho závěry vypořádal.

Nesprávně zjištěný skutkový stav Úřadem – skutková zjištění o tom, zda zadavatel provedl průkaznou analýzu před zahájením předmětného zadávacího řízení

36. Zadavatel vytkl Úřadu, že nesprávně zjistil skutkový stav, když bez dalšího uzavřel, že zadavatel neprovedl průkaznou technickou analýzu před zahájením jednacím řízení bez uveřejnění za účelem zjištění toho, zda je nutné veřejnou zakázku z technických důvodů zadat pouze určitému dodavateli (vybranému uchazeči) ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Zadavatel rovněž zdůraznil, že mu není zřejmé, co měl více udělat před zahájením předmětného zadávacího řízení, než nechat vypracovat posudek znalcem pro příslušný obor.

Nesprávně zjištěný skutkový stav Úřadem – nesprávné zjištění předmětu veřejné zakázky

37. Zadavatel napadl věcnou nesprávnost napadeného rozhodnutí, která spočívá v tom, že Úřad nesprávně zjistil předmět plnění veřejné zakázky, když nesprávně považoval rozšíření stávajícího systému za úplné nahrazení stávajícího systému Win UCR novým systémem GINIS Enterprise.

38. Dle zadavatele je předmětem veřejné zakázky rozšíření funkcionalit stávajících systémů (Win UCR a GINIS) o nové moduly. Dle zadavatele se v daném případě jedná o upgrade, nikoliv o „nahrazení“ (odstranění starého systému a pořízení na jeho místo nového a jiného systému), jak nesprávně zjistil Úřad.

Nesprávné právní posouzení Úřadu – splnění technických důvodů pro to, aby předmětná veřejná zakázka byla zadána vybranému uchazeči v jednacím řízení bez uveřejnění

39. Zadavatel vytkl Úřadu, že nesprávně posoudil, že u dané předmětné veřejné zakázky nebyly splněny technické důvody pro to, aby byla splněna pouze vybraným uchazečem.

40. Zadavatel v uplatněném rozkladu konkrétně uvedl, že poskytnutí plnění předmětu veřejné zakázky jiným dodavatelem, než vybraným uchazečem, není technicky možné pro „*neslučitelnost a možná nevyhnutelnost provozních problémů spojených s dodávkou částečně nového systému od jiného dodavatele než vybraného uchazeče*“, a proto zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona.

41. Navíc z ekonomického posouzení (Důvodová zpráva Jednotného ekonomického systému z nedatovaného dne) dle zadavatele vyplývá, že plnění předmětné veřejné zakázky by nevyvolalo „vyšší náklady na straně zadavatele“, resp. „došlo by k výraznému snížení finančních nákladů při respektování hodnoty již pořízeného majetku“. Tímto jsou dle zadavatele dány kromě technických důvodů ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona i důvody ekonomické, pro které byl zadavatel oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění.
42. Zadavatel v souvislosti s „ekonomickými důvody“ doplnil rozklad ze dne 30. 4 2012 podáním ze dne 25. 10. 2012 o nové vyjádření, ve kterém poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008 a na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2010-332 ze dne 26. 4. 2012. Ze soudních rozhodnutí dle zadavatele vyplývá, že závěr o tom, že je možné realizovat veřejnou zakázku i jiným dodavatelem, byť se zvýšenými náklady, je v rozporu s cílem zákona o veřejných zakázkách, kterým je rovněž zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky.
43. Zadavatel v uplatněném rozkladu uvedl, že předmětná veřejná zakázka splňovala technické důvody pro to, aby ji zadavatel zadal pouze vybranému uchazeči. Dle zadavatele byly kromě technických důvodů splněny i důvody ekonomické, které rovněž dle zadavatele opravňovaly zadávat předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění.
- Nedostatečně zjištěný skutkový stav – konkrétní licenční podmínky vyplývající ze smluv uzavřených mezi zadavatelem a vybraným uchazečem před rokem 2010*
44. Úřad dle zadavatele pochybil, když vůbec neprovedl, resp. neuvedl, z jakých důvodů neprovedl, jako důkazy smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem před rokem 2010, obsahující licenční podmínky, přestože prokazují tvrzení zadavatele o tom, že vybranému uchazeči svědčí výhradní majetkové práva ve smyslu autorského zákona.
- Nedostatečné posouzení toho, zda veřejná zakázka může být splněna z důvodů ochrany výhradních práv pouze určitým dodavatelem*
45. Zadavatel v uplatněném rozkladu uvedl, že výhradním vykonavatelem majetkových práv ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským (dále jen „**autorský zákon**“) k stávajícímu systému Win UCR a systému GINIS je vybraný uchazeč, a proto rozšíření funkcionalit obou stávajících systémů na systém GINIS Enterprise může poskytnout pouze vybraný uchazeč.
46. Zadavatel v uplatněném rozkladu napadl závěr Úřadu o tom, aby se „*bez dalšího zadavatel vyvázal z kontraktu*“. Zadavatel uvedl, že takový závěr Úřadu postrádá právní relevanci, a dokonce nerespektuje běžnou obchodní praxi při poskytování licencí k softwaru.
47. Dle zadavatele je takový extenzivní výklad ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona Úřadem nepřípustný. Takový výklad rovněž vylučuje možnost použití citovaného ustanovení zákona, neboť vždy může Úřad dospět k závěru, že zadavatel uzavřením předcházejících licenčních smluv přispěl, resp. sám vyvolal, nutnost zadat veřejnou zakázku určitému dodavateli z důvodu ochrany výhradních práv. Takový výklad nemá dle zadavatele oporu v platném právu, a ani v konstantní soudní judikatuře.

48. Úřad dle zadavatele rovněž nesprávně skutkově zjistil, že systémem GINIS disponovalo v roce 2010 malé množství subjektů. Zadavatel rovněž napadl nesprávné posouzení předmětu veřejné zakázky, když Úřad dospěl dle zadavatele k nesprávnému závěru, že „nahrazení“ systému Win UCR systémem GINIS Enterprise znamená pořízení zcela nového systému, nikoliv upgrade systému Win UCR na systém GINIS Enterprise.

Nepřiměřená výše pokuty uložená zadavateli za spáchaný správní delikt

49. Zadavatel v uplatněném rozkladu napadl, že Úřadem uložená pokuta za spáchaný správní delikt vybočuje z vlastní rozhodovací praxe Úřadu.
50. Zadavatel považuje uloženou pokutu rovněž za nepřiměřenou, a to s ohledem na jednání zadavatele před a v průběhu zadávacího řízení.

Vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu zadavatele

51. Úřad v souladu s ustanovením § 86 správního řádu zaslal rozklad zadavatele vybranému uchazeči a vyzval vybraného uchazeče, aby k němu ve lhůtě pěti dnů vyjádřil. Dne 10. 5. 2012 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče, ve kterém se ztotožňuje s důvody rozkladu zadavatele a shodně jako zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Námitky rozkladu vybraného uchazeče (spisová značka R124/2012)

52. Dne 3. 5. 2012 uplatnil vybraný uchazeč do rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé ze dne 12. 4. 2012 včasný rozklad. Vybraný uchazeč napadl citované rozhodnutí v celém rozsahu a navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

Nesprávné hodnocení podkladů pro vydání rozhodnutí Úřadem

53. Vybraný uchazeč v uplatněném rozkladu vytkl Úřadu, že při hodnocení podkladů pro vydání rozhodnutí postupoval tak, že si z jednotlivých podkladů vybíral pouze ty části, které ospravedlňovaly výrok I. napadeného rozhodnutí.
54. Vybraný uchazeč konkrétně vytkl Úřadu, že z právního vyjádření, zpracovaného HAVEL & HOLÁSEK s.r.o., advokátní kancelář vzal za své závěry o tom, že z technických důvodů může splnit veřejnou zakázku i jiný dodavatel, přičemž citovaná advokátní kancelář se z povahy věci zabývala právní stránkou. Vybraný uchazeč zdůraznil, že Úřad naopak znalecký posudek znalce Ing. René Pitáka, vyjadřující se k odborným (technickým) otázkám, vyhodnotil jako „laický“.

Nesprávně zjištěný skutkový stav Úřadem – nesprávné zjištění předmětu veřejné zakázky

55. Vybraný uchazeč vytkl Úřadu, že nesprávně zjistil předmět veřejné zakázky, když dospěl k závěru, že předmětem plnění předmětné veřejné zakázky je mimo jiné i nahrazení stávajícího systému Win UCR novým systémem GINIS Enterprise, ačkoliv ze zadávací dokumentace dle vybraného uchazeče vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je „upgrade stávajících licencí GINIS a Win UCR na kvalitativně vyšší ekonomický informační systém GINIS Enterprise“, jinými slovy dle vybraného uchazeče se jednalo o rozšíření, povýšení stávajících systémů (systém Win UCR a systém GINIS). Dle vybraného uchazeče zadavatel v zadávacím řízení jednoznačně vymezil jako předmět veřejné zakázky „rozšíření stávajících systémů – nikoliv jako jejich nahrazení jiným řešením“.

56. V této souvislosti vybraný uchazeč uvedl, že Úřad při zjišťování předmětu veřejné zakázky převzal nepřesné označení předmětu veřejné zakázky z vyjádření zpracovaného HAVEL & HOLÁSEK s.r.o., advokátní kancelář, ze dne 27. 5. 2010 a z důvodové zprávy, a posléze na základě takto zjištěné terminologie zjišťoval a interpretoval vymezení předmětu veřejné zakázky.

Nedostatečné posouzení Úřadem – splnění technických důvodů pro to, aby předmětná veřejná zakázka byla zadána vybranému uchazeči v jednacím řízení bez uveřejnění

57. Vybraný uchazeč uvedl, že posouzení toho, zda jsou u dané veřejné zakázky splněny technické důvody pro to, aby byla splněna vybraným uchazečem, je odborným posouzením. Úřad dle vybraného uchazeče pochybil, když si neopatřil relevantní podklady (zejména dle vybraného uchazeče znalecký posudek), které by odborně posoudily, zda veřejnou zakázku může splnit pouze vybraný uchazeč. Úřad dle vybraného uchazeče namísto toho pouze převzal „obecné a z kontextu vytržené úvahy uvedené v právním posudku advokátní kanceláře HAVEL & HOLÁSEK s.r.o.“.

Nesprávné posouzení Úřadem – předmětná veřejná zakázka může být splněna pouze vybraný uchazečem, a to z důvodu ochrany výhradních práv

58. Vybraný uchazeč dále vytkl Úřadu, že nesprávně uzavřel, že v daném případě nebyla splněna podmínka ochrany výhradních práv vybraného uchazeče pro to, aby předmětná veřejná zakázka mohla být zadána výhradně jemu ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
59. Vybraný uchazeč v uplatněném rozkladu uvedl, že je výhradním vykonavatelem majetkových práv ve smyslu autorského zákona ke stávajícím systémům Win UCR a GINIS, a systému GINIS Enterprise. Vybraný uchazeč považuje závěr Úřadu o tom, že si zadavatel měl vyjednat výhodnější podmínky poskytnutí licence ke stávajícím systémům, za nesprávný, a že dokonce překračuje meze působnosti Úřadu.

60. Úřad v souladu s ustanovením § 86 správního řádu zaslal rozklad vybraného uchazeče zadavateli a vyzval jej, aby se k citovanému rozkladu ve lhůtě pěti dnů vyjádřil. Dne 10. 5. 2012 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, kterým se ztotožňuje s důvody rozkladu vybraného uchazeče, a shodně jako vybraný uchazeč navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

V. Řízení o rozkladu

61. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu předal správní spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu.
62. Po projednání rozkladů a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle ustanovení § 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 a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

Stanovisko předsedy Úřadu

63. Úřad tím, že ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé ze dne 12. 4. 2012 ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl, že zadavatel se při zadávání veřejné zakázky „Jednotný ekonomický systém JES“ dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 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 ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, a zadavatel již uzavřel smlouvy s vybraným uchazečem, a tím, že uložil ve výroku II. napadeného rozhodnutí zadavateli za spáchání správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 5 000 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, na základě kterých jsem rozhodl potvrdit rozkladem napadené rozhodnutí a zadavatelem a vybraným uchazečem uplatněné rozklady zamítnout.

VI. K námitkám rozkladu

Nesprávné posouzení Úřadem – předmětná veřejná zakázka může být splněna pouze vybraným uchazečem, a to z důvodu ochrany výhradních práv ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona

64. Oba účastníci ve svých uplatněných rozkladech vytkli Úřadu, že nesprávně usoudil, že v daném případě nebyla splněna podmínka pro použití jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu ochrany výhradních práv vybraného uchazeče, když výhradním vykonavatelem majetkových práv ke stávajícím systémům (systém Win UCR a systém GINIS) je vybraný uchazeč.
65. K uvedeným námitkám rozkladů účastníků shodně jako Úřad uvádím, že podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona se zřetelem na ochranu výhradních práv musí být dány objektivně, jinými slovy zadavatel nesmí svým vlastním jednáním, v konkrétním případě nedostatečnou či nevhodnou úpravou licenčních podmínek k počítačovým programům ve smyslu autorského zákona, pořízených v předcházejícím období, způsobit, že od okamžiku uzavření takové licenční smlouvy bude zadavatel zadávat veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění jednomu určitému dodavateli po neomezeně dlouhou dobu, dokud se sám zadavatel nerozhodne pro uzavření licenční smlouvy k jinému počítačovému programu.
66. K výše uvedenému výkladu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona správně dospěl i Úřad v odůvodnění svého rozhodnutí (zejména článek 61 a 62 odůvodnění prvostupňového rozhodnutí), a tímto výkladem, který považuji zcela v intencích zákona, se Úřad řídil i při svém posuzování věci. Nad rámec úvah, ke kterým Úřad dospěl a kterými se řídil při výkladu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, uvádím, že postup zadavatele, který předchozím jednáním vytvořil zákonem předvídané podmínky pro to, aby mohl a musel zadávat veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění určitému dodavateli (v předmětném zadávacím řízení z důvodu ochrany výhradních práv), vykazuje znaky obcházení zákona. V daném případě se zadavatel chová (jedná) zdánlivě podle právní normy, ale tak, že vlastním jednáním dosáhl výsledku právní normou nežádoucího. Tímto

nežádoucím výsledkem je ve smyslu zákona a konstantní soudní judikatury (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008) nedodržení „*podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli*“. Úřad pak v této souvislosti právně správně posoudil, že zadavatel se dopustil deliktu závažného (článek 81 odůvodnění napadeného rozhodnutí), když protiprávním jednáním zadavatele došlo k významnému omezení konkurenčního prostředí, a neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost.

Nesprávné posouzení Úřadem – předmětná veřejná zakázka může být splněna pouze vybraným uchazečem, a to z důvodu ochrany výhradních práv ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona – návod Úřadu na ukončení předcházejícího smluvního vztahu s vybraným uchazečem

67. Účastníci dále v uplatněném rozkladu Úřadu vytkli, že se dopustil nepřipustného výkladu zákona tím, že v odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že bylo na místě, aby se zadavatel vyvázal ze stávajícího smluvního vztahu a poptával nový systém s licenčními podmínkami, které by zadavatele „nenutily“ při každém upgradu stávajícího systému zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. V této souvislosti zadavatel zdůraznil, že z konstantní soudní judikatury (zejména rozsudek Krajského soudu č. j. 62 Af 61/2010 ze dne 26. 4. 2012) vyplývá závěr, že případné „*opakované vytváření a financování plnění, kterými zadavatel disponuje, přitom soud (Krajský soud v Brně) označil za rozporné se smyslem zákona o veřejných zakázkách*“ nebo také, že „*postupem podle návodu žalovaného (Úřadu) by sice byla zajištěna hospodářská soutěž a konkurenční prostředí, nicméně by se tak dělo v přímém rozporu s požadavkem na hospodárné, efektivní a účelné vynakládání veřejných prostředků*“.
68. K uvedenému nejprve obecně uvádím, že Úřad vydává v řízení o správních deliktech deklatorní rozhodnutí, resp. rozhoduje o tom, zda zadavatel již proběhlým jednáním porušil zákon o veřejných zakázkách či nikoliv. Úřad, ani předseda Úřadu, nemá zákonné zmocnění pro to, aby účastníkům autoritativně určoval, jak se má zachovat v budoucnosti v soukromoprávních vztazích vznikajících na základě zákona či na základě jiných zákonů (autorský zákon, zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů).
69. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí jsem zjistil, že Úřad skutečně uvedl „návod“ pro zadavatele, jak do budoucna předejít tomu, aby z důvodu nevhodné či nedostatečné úpravy licenčních podmínek, nebyl „nucen“ kontinuálně následující veřejné zakázky zadávat v jednacím řízení bez uveřejnění. Uvedenou úvahu Úřadu jsem na základě jejího obsahu posoudil, jak uvedeno výše, jako jeden možný způsob řešení skutkové situace, v níž se zadavatel ocitl vlastním jednáním. Takové úvahy v rozhodnutí správních orgánů a rovněž v soudních rozhodnutích působí pro účastníky obvykle jako vodítko, zcela nezávislé na posouzení relevantního skutkového stavu a na výroku rozhodnutí, což platí i v tomto případě. Daná úvaha rovněž nezpůsobuje nepřezkoumatelnost rozhodnutí spočívající v jeho nesrozumitelnosti, protože není v logickém a ani právním rozporu s jinými částmi odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad v tomto ohledu postupoval věcně správně, a námitka účastníků je nedůvodná.

70. Pro větší právní jistotu účastníků řízení uvádím, že předmětná úvaha neukládá autoritativně zadavateli ani jinému účastníku, aby v budoucnosti odstranil závadný právní stav v podobě nedostatečných nebo nevhodných licenčních podmínek právě tímto navrženým způsobem. Je výhradně na zadavateli, jak se v právních vztazích zachová, neboť v platném právu platí tzv. autonomie vůle, přičemž každý subjekt práva pak nese odpovědnost za své jednání.
71. Ke druhé části námítky, kterou zadavatel napadá samotný „návod“ Úřadu jako rozporný s účelem zákona (*hospodárné, efektivní a účelné vynakládání veřejných prostředků*) a poukazuje na závěry Krajského soudu v Brně v odůvodnění rozsudku č. j. 62 Af 61/2010-332 ze dne 26. 4. 2012, uvádím, že postup zadavatele, spočívající v uzavření nevhodných či nedostatečných licenčních podmínek, a následné zadávání jednomu určitému dodavateli v jednacím řízení bez uveřejnění plnění spočívajícího v upgradu počítačového programu bez omezení, sám o sobě může představovat neefektivní a neúčelné vynakládání veřejných prostředků, a to právě kvůli tomu, že takovým nezákonným postupem byla zadavatelem eliminována hospodářská soutěž a konkurenční prostředí.
72. Právě fakt, že dodavatel ví, že s ohledem na licenční podmínky zadavatel bude dále zadávat zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, naopak může vést k tomu, že takový dodavatel není pod vlivem „ohrožení konkurencí“, a tudíž si diktuje ceny.
73. Jestliže jakýkoliv zadavatel uzavřel licenční smlouvu s nevhodnými nebo nedostatečnými licenčními podmínkami, na základě kterých kontinuálně vynakládá další veřejné prostředky při každém dalším upgradu v novém jednacím řízení bez uveřejnění, a tím kontinuálně porušuje ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, pak nese za toto protiprávní jednání odpovědnost.
74. Zdůrazňuji v této souvislosti, že Úřad jako orgán veřejné moci příslušný k dohledu nad dodržováním zákona posuzuje úkony zadavatele výhradně z hlediska zákonnosti, nikoliv, zda úkon zadavatele splňuje kritéria „účelnosti, efektivnosti a hospodárnosti při vynakládání veřejných prostředků“. Platné právo (zákon, potažmo Ústava České republiky a Listina základních práv a svobod) nezmocňuje Úřad, a ani jeho předsedu, k tomu, aby posuzoval, zda úkony zadavatele v zadávacím řízení jsou účelné, efektivní a zadavatelé hospodárně vynakládají veřejné prostředky, přestože uvedené je účelem zákona, jak judikoval Nejvyšší správní soud (rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008). O odpovědnosti zadavatele za neúčelné, neefektivní a nevhodné vynakládání veřejných prostředků rozhodují jiné orgány veřejné moci, kterým svěřují jiné zákony příslušnou působnost a pravomoc.
75. Vzhledem k uvedenému mám dále za to, že obecné závěry Krajského soudu v Brně, obsažené v rozsudku č. j. 62 Af 61/2010 ze dne 26. 4. 2012, lze obecně aplikovat i na tento případ, ale to pouze v rozsahu, jak byly vypořádány námítky, neboť citovaný soud přezkoumával jiné skutkové a právní okolnosti.
76. Nad rámec citovaných námitek uvádím, že i ve smlouvách uzavřených v předmětném zadávacím řízení (*smlouva o dílo č. DIL/66/02/000676/2010 ze dne 1. 9. 2010 a smlouva na dodávku programového produktu, převod práv k jeho užití na kupujícího č. INO/66/02/000678/2010 ze dne 1. 9. 2010*) zadavatel ošetřil licenční podmínky tak, že zadavatel není oprávněn provádět „*zpětnou analýzu, dekompilaci nebo převod*

ze strojového kódu softwaru“. Jinými slovy zadavatel po 20 letech trvání smluvních vztahů s vybraným uchazečem i v tomto zadávacím řízení ponechal licenční podmínky tak, že příští veřejnou zakázku a každou další bude zadavatel „nucen“ z důvodu omezení rozsahu svého užívacího práva zadat vybranému uchazeči. K takovému kontinuálnímu a neustálému zadávání jednomu určitému dodavateli úprava jednacím řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona nesměřuje.

77. Z těchto důvodů považují rovněž za nedůvodnou námitku obou účastníků o tom, že výklad ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona Úřadem úplně vylučuje použití jednacím řízení bez uveřejnění z důvodů ochrany výhradních práv. Úřad rozhodl, že v daném případě nelze použít jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, ale s ohledem na předmět tohoto správního řízení v žádném případě nevyloučil aplikaci citovaného ustanovení ve skutkově odlišných případech, kdy jsou objektivně splněny podmínky pro jednacím řízení bez uveřejnění. Takový skutkový stav však není předmětem tohoto správního řízení.

Nedostatečně zjištěný stav věci, nesprávné právní posouzení Úřadem – splnění technických důvodů pro to, aby předmětná veřejná zakázka byla zadána vybranému uchazeči v jednacím řízení bez uveřejnění

Nesprávně zjištěný skutkový stav Úřadem – nesprávné zjištění předmětu veřejné zakázky

78. Zadavatel shodně s vybraným uchazečem vytkli Úřadu, že nesprávně zjistil skutkový stav a tento nesprávně právně posoudil, když Úřad dospěl k závěru, že u předmětné veřejné zakázky nebyly splněny technické důvody pro to, aby mohla být veřejná zakázka zadána v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Navíc dle vybraného uchazeče posouzení těchto důvodů je otázka ryze odborná, ke které Úřad nemá dostatečné odborné znalosti.
79. Úřad ve správním řízení konstatoval, že aplikační systém GINIS je souborným autorským dílem a vybraný uchazeč je „výhradním vykonavatelem majetkových práv“ k celému aplikačnímu programovému systému GINIS (článek 56 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Vzhledem k tomu, že dodavatel poskytl zadavateli licenci k užívání počítačového programu jen v nejužším rozsahu, který zadavateli neumožňuje zásahy do tohoto programu, je zjišťování a posuzování toho, zda z technických důvodů může splnit veřejnou zakázku pouze vybraný uchazeč, resp. zda z technických důvodů může splnit veřejnou zakázku jiný, než vybraný uchazeč, nadbytečné a nepodstatné.
80. Jestliže určitý dodavatel poskytl zadavateli licenci k užívání počítačového programu jen v nejužším rozsahu, který zadavateli neumožňuje zásahy do tohoto programu, ve smyslu autorského zákona, pak jakýkoliv zásah do programu (softwaru) třetí osobou je právně vyloučen. Za tohoto stavu je právně nadbytečné zjišťovat a posuzovat, zda z technických důvodů ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona může splnit veřejnou zakázku jiný než vybraný uchazeč (určitý dodavatel), neboť jiný dodavatel, než vybraný uchazeč, nemůže po právu splnit předmětnou veřejnou zakázku, protože původnímu dodavateli (vybranému uchazeči) svědčí ochrana jeho autorských práv.

81. Shora uvedenou vlastní úvahou o výkladu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona jsem se dále řídil při přezkoumání napadeného rozhodnutí Úřadu a při vypořádání se s námitkami rozkladu obou účastníků.
82. Zjistil jsem, že Úřad dospěl ve správním řízení k následujícím závěrům: zadavatel před zahájením zadávacího řízení neprovedl průkaznou technickou analýzu (článek 49 napadeného rozhodnutí), systémem GINIS disponovalo velmi malé množství subjektů (článek 50 napadeného rozhodnutí), systém Win UCR se nahrazoval novým systémem GINIS Enterprise (článek 51 napadeného rozhodnutí) a dle Úřadu nešlo o upgrade.
83. Ke shora uvedenému závěru Úřadu o nutnosti provedení průkazné analýzy, a k námitce zadavatele, že zadal před zahájením zadávacího řízení vypracovat znalecký posudek znalcem Ing. René Pitáka, a tedy mu není zřejmé, co více měl udělat, uvádím, že v předmětném řízení Úřad nadbytečně posuzoval, zda byly dány ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona technické důvody pro to, aby zadavatel zadal předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči. Zkoumání, zda zadavatel provedl před zahájením zadávacího řízení průkaznou analýzu, netvoří v předmětném správním řízení relevantní skutkový stav pro posouzení toho, zda došlo ke spáchání správního deliktu, a z tohoto hlediska je proto nadbytečné a nepodstatné. Uvedený postup Úřadu nemá však vliv na zákonnost a věcnou správnost napadeného rozhodnutí. Z tohoto důvodu je námitka rozkladu zadavatele nedůvodná.
84. K otázce malého množství subjektů, které disponovaly systémem GINIS v roce 2010, a zároveň k námitce rozkladů, která rozporuje citované konstatování Úřadu, uvádím, že otázka počtu subjektů zadavatele (městských částí, organizačních složek zadavatele, subjektů zřizovaných zadavatelem) užívající systém GINIS, netvoří relevantní skutkový stav. Pro posouzení věci samé je zjišťování toho, kolik subjektů užívalo v roce 2010 ten který počítačový systém vybraného uchazeče, nadbytečné a nepodstatné, a to s ohledem na výše uvedený výklad ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Z tohoto důvodu považuji námitku rozkladu zadavatele za nedůvodnou.
85. K závěru Úřadu, že při poskytnutí systému GINIS Enterprise místo stávajícího systému Win UCR jde o rozšíření, a nikoliv upgrade, a k námitce zadavatele a vybraného uchazeče, že tento závěr je věcně nesprávný, uvádím, že zkoumání toho, zda GINIS Enterprise je upgradem či rozšířením systému Win UCR, je v daném případě nadbytečné a nesouvisí s relevantním skutkovým stavem. Zadavatel porušil zákon (ustanovení § 21 odst. 2 zákona ve spojení s ustanovením § 23 odst. 4 písm. a) zákona) tím, že zadal předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by pro to byly objektivně splněny podmínky. Je tedy nerozhodné a nepodstatné, zda se jedná o upgrade či zcela nový počítačový program, protože v obou případech zadává zadavatel předmětnou veřejnou zakázku určitému dodavateli, který mu dříve poskytl licenci jen v omezené míře (bez oprávnění program změnit či jinak do něj zasáhnout).
86. Pro přehlednost uvádím, že shora uvedeným jsem vypořádal námitku obou účastníků o tom, že Úřad nedostatečně zjistil skutkový stav (okolnost, že veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů pouze určitým dodavatelem), námitku o tom, že Úřad nesprávně právně posoudil, zda jsou splněny technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, a námitku o tom, že Úřad nesprávně zjistil předmět veřejné zakázky.

Nepřiměřená výše pokuty uložená zadavateli za spáchaný správní delikt

87. Zadavatel v uplatněném rozkladu namítl, že výše uložené pokuty je nepřiměřená s ohledem na jednání zadavatele před a v průběhu předmětného zadávacího řízení. Zadavatel poukázal na to, že vynaložil veškeré úsilí pro to, aby jeho postup byl v souladu s ustanovením zákona tím, že si nechal zpracovat analýzy (právní stanoviska a vyjádření, znalecký posudek) před zahájení předmětného zadávacího řízení.
88. Úřad správně posoudil spáchaný delikt zadavatele jako závažný, neboť protiprávním jednáním zadavatele došlo k úplné eliminaci hospodářské soutěže a konkurenčního boje. Úřad správně posoudil uvedené jako přitěžující okolnost (článek 81 napadeného rozhodnutí). O závažnosti spáchaného správního deliktu zadavatelem svědčí také okolnost, že zadavatel dlouhodobě vstupoval do smluvních vztahů s vybraným uchazečem, přičemž si kontinuálně sjednával licenci k užívání počítačových programů v nejužším rozsahu. Licenční podmínky sjednané v předmětném zadávacím řízení v tomto ohledu nejsou výjimkou, rozsah sjednaných licenčních podmínek v tomto zadávacím řízení tak navazuje na úzký rozsah licenčních podmínek sjednaných v průběhu 20 let trvání smluvních vztahů obou účastníků.
89. K přiměřenosti výše pokuty nad rámec odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádím, že zadavatel hodlal uhradit za předmětnou veřejnou zakázku 643 320 000 Kč včetně DPH, přičemž uzavřené smlouvy opět obsahují licenční podmínky v nejužším rozsahu. Rovněž za těchto okolností se jeví výše pokuty 5 000 000 Kč za spáchaný správní delikt zcela přiměřenou.
90. Úřad dále ve správním řízení přihlédl jako k polehčující okolnosti (článek 83 odůvodnění napadeného rozhodnutí) právě ke snaze zadavatele postupovat v souladu se zákonem, když si nechal zpracovat analýzy (právní vyjádření a stanoviska, znalecký posudek). Úřad uvedenou okolnost správně zohlednil i při stanovení výše pokuty, kterou považuji za přiměřenou povaze, způsobu i k okolnostem, za kterých zadavatel správní delikt spáchal. V tomto směru považuji námitku zadavatele za nedůvodnou.

Porušení procesního práva zadavatele být seznámen s poklady rozhodnutí před jeho vydáním

91. K námitce zadavatele, že Úřad porušil jeho procesní právo být seznámen s poklady rozhodnutí před jeho vydáním, uvádím, že Úřad postupoval v souladu se správním řádem, a že z konkrétních skutkových okolností vyplývá, že takové právo účastníka Úřadem porušeno nebylo.
92. Dne 12. 9. 2011 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče z téhož dne. Následně dne 29. 9. 2011 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S364/2011/VZ-15429/2011/540/VKu, kterým Úřad určil lhůtu do 10. 10. 2011, ve které jsou účastníci oprávněni navrhnout důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko. Úřad dále určil účastníkům lhůtu do 12. 10. 2011, ve které se mohou účastníci vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavateli bylo doručeno citované usnesení dne 30. 9. 2011.
93. V době, kdy byl zadavatel fakticky poučen o možnosti seznámit se s podklady pro rozhodnutí (30. 9. 2011), bylo již součástí spisu vyjádření vybraného uchazeče ze dne 12. 9. 2011. Z uvedených skutkových okolností vyplývá, že zadavatel měl faktickou možnost seznámit se s obsahem spisu a tedy i s vyjádřením vybraného uchazeče ze dne 12. 9. 2011. Z uvedených důvodů považuji námitku zadavatele za nedůvodnou.

Porušení ustanovení § 50 odst. 3 správního řádu Úřadem – povinnost zjišťovat i bez návrhu okolnosti svědčící ve prospěch i neprospěch toho, komu má být uložena povinnost

94. Zadavatel a vybraný uchazeč shodně napadli, že Úřad nezjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a dále že sám nezjišťoval rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i neprospěch zadavatele.
95. Úřad ve věci posouzení toho, zda v daném případě byly splněny podmínky pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči z důvodu ochrany jeho výhradních práv, správně zjistil, že vybraný uchazeč poskytl zadavateli licenci ke stávajícím systémům GINIS a Win UCR (článek 3 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Poskytnuté licence ani licence poskytnutá v tomto zadávacím řízení vybraným uchazečem neopravňuje zadavatele počítačový program změnit či jinak do něj zasáhnout.
96. Nutnost zjišťování skutkových okolností a následně posouzení toho, zda mohl zadavatel zadat veřejnou zakázku pouze z technických důvodů jen vybranému uchazeči na základě svých závěrů, obsažených v člácích 77 až 85 tohoto rozhodnutí, odpadá. Jestliže Úřad hodnotil znalecký posudek znalce Ing. René Pitáka a zároveň hodnotil vyjádření účastníků včetně právních stanovisek pro účely posouzení toho, zda zadavatel mohl z technických důvodů zadat předmětnou veřejnou zakázku i jinému dodavateli, pak ve světle následujícího posuzování Úřadu (důvody vyplývající z ochrany výhradních práv) bylo uvedené hodnocení podkladů pro vydání rozhodnutí nadbytečné. Uvedené nadbytečné zjišťování nerelevantního skutkového stavu však nemělo vliv na zákonnost a věcnou správnost napadeného rozhodnutí.
97. Uvedené platí i v případě námitky účastníků o tom, že Úřad „*selektivně vybíral ty pasáže z listinných dokumentů, které podporovaly jeho hypotézu o porušení ZVZ*“. Úřad, a to pouze v části odůvodnění, ve které se nadbytečně zabýval tím, jestli předmětnou veřejnou zakázku může z technických důvodů splnit i jiný dodavatel, než vybraný uchazeč, hodnotil jednotlivé výroky právních stanovisek o skutkovém stavu a jednotlivé právní názory (právních rozborů, právních vyjádření), zda jsou navzájem konzistentní, resp. v čem si navzájem odporují. Vzhledem k tomu, že posouzení technických důvodů bylo v daném případě nepodstatné a nadbytečné, pak nemá uvedený přístup Úřad při hodnocení právních názorů účastníků vliv na rozhodnutí ve věci.
98. Naopak v části, ve které Úřad posuzoval nutnost zadání veřejné zakázky z důvodů nedostatečných a nevhodných licenčních podmínek, vychází Úřad z vlastního a správného skutkového zjištění a právního posouzení. Jakýkoliv právní náhled účastníka, třeba vyjádřený prostřednictvím jeho právního zástupce (nebo dokonce prostřednictvím advokáta odlišným od účastníkovra právního zástupce), ve smyslu ustanovení § 50 a násl. správního řádu představuje vyjádření účastníka, které nenahrazuje povinnost Úřadu zjistit skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a zjišťovat v řízení zahájeném v moci úřední okolnosti svědčící ve prospěch a neprospěch zadavatele. Úřad v předmětné části odůvodnění zjistil skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, zjišťoval okolnosti svědčící ve prospěch či neprospěch zadavatele. Jestliže zadavatel a vybraný uchazeč vytýkají Úřadu, že neprovedl

jako důkazy všechny smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem před rokem 2010, pak uvádím, že ve světle zjištěného skutkového stavu Úřadem nemá neprovedení těchto smluv vliv na rozhodnutí. Úřad zjistil z Výzvy k jednání ze dne 14. 7. 2010, že vybraný uchazeč poskytl licenci k systémům Win UCR a GINIS zadavateli, a proto provádění smluv uzavřených před rokem 2010 by v daném případě bylo nadbytečné.

VII. Závěr

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Mgr. Ing. Jan Krofta, advokát, Břehová 208/8, 110 00 Praha 1
2. JUDr. Milan Zápotočný, advokát, Telečská 7, 586 01 Jihlava

Vypraveno dne

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