



UOHSX0053X8R

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R238/2012/VZ-9537/2013/310/PMo

Brno 23. května 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 21. 8. 2012 doručeném Úřadu dne 22. 8. 2012 zadavatelem –

- **Českou republikou – Ministerstvem obrany**, IČ 60162694, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 8. 2012, č. j. ÚOHS-S76/2011/VZ-9818/2012/520/DŘÍ, ve správním řízení zahájeném dne 28. 2. 2011 na návrh (ze dne 25. 2. 2012 na uložení zákazu plnění smlouvy) navrhovatele –

- společnosti **ATLAS consulting spol. s r. o.**, IČ 46578706, se sídlem Výstavní 292/13, 709 16 Ostrava,

jehož dalším účastníkem správního řízení je vybraný uchazeč –

- společnost **Wolters Kluwer ČR, a. s.**, IČ 63077639, se sídlem U Nákladového nádraží 6, 130 00 Praha,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce s názvem „**Aktualizace ASPI**“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 5. 11. 2010,

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 ze dne 7. 8. 2012, č. j. ÚOHS-S76/2011/VZ-9818/2012/520/DŘÍ,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Česká republika – Ministerstvo obrany, IČ 60162694, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha (dále jen „**zadavatel**“), zahájil výzvou k jednání ze dne 5. 11. 2010 zadávací řízení veřejné zakázky s názvem „Aktualizace ASPI“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), a to formou jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“). Na základě uvedené výzvy k jednání zasláné jedinému zájemci – Wolters Kluwer ČR, a. s., IČ 63077639, se sídlem U Nákladového nádraží 6, 130 00 Praha (dále jen „**vybraný uchazeč**“), byla dne 29. 12. 2010 uzavřena smlouva na poskytnutí služeb č. 100100185 (dále jen „**smlouva**“). Oznámení o zadání veřejné zakázky bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 27. 1. 2011 pod evidenčním číslem 60055347.
2. Dne 25. 2. 2011 podala společnost ATLAS consulting spol. s r. o., IČ 46578706, se sídlem Výstavní 292/13, 709 16 Ostrava (dále jen „**navrhovatel**“), návrh proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení (dále jen „**návrh proti uzavření smlouvy**“). Návrh proti uzavření smlouvy byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) doručen dne 28. 2. 2011. Navrhovatel v návrhu uvedl, že se dne 27. 1. 2011 dozvěděl prostřednictvím internetového portálu www.verejna-soutez.cz o vyhlášení výsledků veřejné zakázky bez předchozího zveřejnění. Jelikož z tohoto oznámení jednoznačně nevyplývalo, zda již byla smlouva uzavřena a bylo zahájeno plnění, podal navrhovatel dne 4. 2. 2011 námitky proti úkonům zadavatele ve věci předmětné veřejné zakázky. Zadavatel se k těmto námitkám vyjádřil dopisem ze dne 23. 2. 2011, ve kterém navrhovateli sdělil, že smlouva byla uzavřena dne 29. 12. 2010, a proto s odkazem na ustanovení § 110 odst. 2 zákona a § 111 odst. 4 zákona o námitkách nerozhoduje.
3. Navrhovatel tedy podal v souladu s § 114 odst. 2 zákona návrh proti uzavření smlouvy. Zadavateli vytkl samotné vymezení zadávacích podmínek, obsahu a názvu veřejné zakázky, čímž znemožnil řádnou účast navrhovateli, jako dodavateli podnikajícímu v identické oblasti

(kterou je vývoj, výroba a distribuce právních informačních systémů), přestože byl zadavatel seznámen s ekonomicky a finančně výhodnější nabídkou navrhovatele, která byla osobně přednesena prostřednictvím zástupců navrhovatele dne 16. 9. 2010. Nabídka navrhovatele představovala pořízení uživatelských práv právního informačního systému CODEXIS (dále jen „**system CODEXIS**“) zadavatelem, včetně pravidelných aktualizací za roční cenu o cca 1,7 milionů Kč nižší, než konečná nabízená roční cena vybraného uchazeče. V případě standardního otevřeného řízení by tak nutně musela být vybrána nabídka navrhovatele. Navrhovatel měl jednoznačně za to, že samotný způsob zadání veřejné zakázky, kterou zadavatel zvolil, představuje krajní možnost zadávání veřejných zakázek a byl zvolen neoprávněně a nesprávně. Podle jeho názoru nelze účelově argumentovat ochranou výhradních práv nad samotnou finanční výhodností veřejné zakázky, a to pouze na základě pořízení právního informačního systému ASPI (dále jen „**system ASPI**“) zadavatelem v roce 1994, tedy před samotnou prvotní právní úpravou zadávání veřejných zakázek, se snahou vyčlenit formou zadávacích řízení bez předchozího uveřejnění tento obchodně-právní závazkový vztah z režimu otevřených zadávacích řízení jednou provždy. V této souvislosti navrhovatel odkázal na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č.j. 2 A 14/2001-107 ze dne 23. 5. 2002 (dále jen „**rozsudek Vrchního soudu**“). Vzhledem k uvedenému došlo podle navrhovatele k porušení zásad ustanovení § 6 zákona, přičemž navrhl, aby Úřad uložil zákaz plnění ze smlouvy.

4. K návrhu navrhovatele podal zadavatel vyjádření doručené Úřadu dne 8. 3. 2011. Zadavatel v něm uvedl, že mu byl doručen dokument nazvaný „*Stejnopis podle § 114 odst. 4 zákona*“, a to e-mailem bez zaručeného elektronického podpisu. Navrhovatel tak dle zadavatele porušil § 148 odst. 2 zákona stanovující, že pokud jde o doručování prostřednictvím elektronických prostředků, musí být právní úkon učiněn prostřednictvím datové schránky. Trval na tom, že při stanovení předmětu veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem i se zásadami účelnosti a hospodárnosti upravenými zákonem č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o majetku ČR**“). Předmětem veřejné zakázky nebylo pořízení nového produktu, ale pouze aktualizace stávajícího zavedeného systému ASPI. Způsob zadání vycházel ze skutečnosti, že tato veřejná zakázka mohla být z důvodů ochrany autorských práv doložených čestným prohlášením realizována pouze vybraným uchazečem s tím, že vybraný uchazeč je jako jediný oprávněn provádět distribuci a aktualizaci systému ASPI. Dle zadavatele byly v předmětném zadávacím řízení splněny podmínky ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona a nedopustil se tedy jeho porušení. Zadavatel dodržel i povinnost stanovenou v § 83 zákona a po uzavření smlouvy odeslal ve stanovené lhůtě oznámení o výsledku zadávacího řízení. Dle něj navrhovatel nesprávně aplikuje rozsudek Vrchního soudu, který je v daném případě irelevantní a nelze jej vykládat, jak to činí navrhovatel.
5. V závěru vyjádření zadavatel uvedl, že z veřejně dostupných zdrojů je zřejmý shodný postup zadavatelů majících zavedený systém ASPI. S ohledem na to, že navrhovatel nesplnil povinnost podle § 114 odst. 4 zákona a se zřetelem na skutečnost, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, navrhl, aby Úřad správní řízení zastavil.
6. Vybraný uchazeč se k návrhu navrhovatele vyjádřil dopisem ze dne 31. 3. 2011. Zpochybnil v něm názor navrhovatele s tím, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem.

Předmětem veřejné zakázky bylo zabezpečení periodické aktualizace systému ASPI s jednoměsíčním cyklem pro stanovený počet síťových licencí. Systém ASPI je počítačovým programem a dílem chráněným autorskými právy, jejichž nositelem je vybraný uchazeč, přičemž žádný jiný subjekt není oprávněn bez udělení uživatelských oprávnění distribuovat, aktualizovat či udílet jakékoliv právo k užití tohoto systému. S ohledem na předmět veřejné zakázky tak bylo jednoznačným úmyslem zadavatele zabezpečit periodické aktualizace systému, který zadavatel po právu užívá na základě samotného právního titulu, kdy takovou aktualizaci nemůže poskytnout žádný jiný subjekt než vybraný uchazeč – nositel autorských práv k systému. Zadavatel tedy nepožadoval ani nepoptával výběr nového systému, ale pouze aktualizaci toho stávajícího. Žádný jiný subjekt navíc není technicky schopný bez znalosti zdrojových kódů systému takový systém aktualizovat. Vybraný uchazeč shrnul, že jednací řízení bez uveřejnění bylo použito z důvodu ochrany výhradních práv, jichž je nositelem, a postup zadavatele byl v souladu se zákonem. S ohledem na uvedené navrhl, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl.

7. Zadavatel dopisem ze dne 22. 7. 2011 zaslal Úřadu fotokopii „*Smlouvy o dodávce programového vybavení a udělení práv k jeho využívání číslo 20241005*“ ze dne 11. 7. 2000 uzavřené mezi zadavatelem a společností EDS, s. r. o., IČ 61465682, se sídlem Chámova 11, 186 00 Praha 8 (dále jen „**společnost EDS**“). Předmětem této smlouvy je kromě jiného nabytí systému ASPI, včetně jednoho roku aktualizace.
8. Úřad na základě návrhu navrhovatele ze dne 25. 2. 2011, který obdržel dne 28. 2. 2011, zahájil správní řízení na uložení zákazu plnění smlouvy (dále jen „**původní prvostupňové řízení**“). Zahájení správního řízení Úřad oznámil účastníkům řízení dopisem č.j. ÚOHS-S76/2011/VZ-4225/2011/520/DŘí ze dne 16. 3. 2011. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č.j. ÚOHS-S76/2011/VZ-4268/2011/520/DŘí ze dne 16. 3. 2011 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Uvedeným usnesením Úřad stanovil navrhovateli lhůtu k doplnění návrhu o doklad o složení zbývající části kauce ve výši 50 000,- Kč (tento doklad byl Úřadu doručen dne 23. 3. 2011).

II. Původní rozhodnutí I. stupně

9. Dne 1. 8. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S76/2011/VZ-11159/2011/520/DŘí (dále jen „**původní prvostupňové rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že se návrh proti uzavření smlouvy podle ustanovení § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá. V odůvodnění původního prvostupňového rozhodnutí Úřad konstatoval, že na základě čestného prohlášení vybraného uchazeče jej považuje za subjekt, který je (z důvodu ochrany výhradních práv) jako jediný schopen provést aktualizaci ASPI, což bylo předmětem veřejné zakázky. Úřad nezjistil žádné okolnosti, které by tuto skutečnost zpochybňovaly. Byl tak dán důvod pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Dle Úřadu zadavatel nepoptával zavedení nového software, ale aktualizaci stávajícího s tím, že nelze zadavatele nutit, aby poptával nový software, když chce ten stávající užívat i nadále a pokud se tedy rozhodl jej neměnit, jedinou možností bylo aktualizovat stávající systém. Úřad dále uvedl, že volbu předmětu veřejné zakázky není oprávněn z hlediska vymezení svých kompetencí zákonem posuzovat. S ohledem na tyto skutečnosti Úřad uzavřel, že použití jednacího řízení bez uveřejnění bylo v souladu se zákonem, když vycházelo ze samotné podstaty předmětu veřejné zakázky, tedy z aktualizace

softwaru. Požadavek na aktualizaci byl dle Úřadu oprávněný a mohl jej realizovat pouze vybraný uchazeč. K rozsudku Vrchního soudu Úřad uvedl, že se nevztahuje na přezkoumávaný případ, protože skutkové okolnosti v tomto rozsudku řešené byly zcela jiné, než okolnosti projednávaného případu.

10. Nebylo prokázáno, že by existoval navrhovatelem navržený důkaz, a to interní předpis zadavatele, který má zakotvit zákaz jakéhokoliv proplácení faktur za aktualizaci jakéhokoliv jiného softwaru, než je software vybraného uchazeče. Existence či neexistence takového interního předpisu pak není rozhodující. K zadavatelem namítané skutečnosti uvedl, že stejnopis návrhu proti uzavření smlouvy mu byl zadavatelem doručen e-mailem bez zaručeného elektronického podpisu, čímž bylo dle zadavatele porušeno ustanovení § 148 odst. 2 zákona. Úřad k tomu uvedl, že návrh proti uzavření smlouvy musí být dle ustanovení § 114 odst. 4 zákona doručen pouze Úřadu a forma doručení stejnopisu zadavateli tedy nemá z pohledu zákona žádné právní účinky. S ohledem na tyto skutečnosti Úřad neshledal v postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky pochybení, a proto návrh proti uzavření smlouvy zamítl.
11. Proti původnímu prvostupňovému rozhodnutí podal navrhovatel rozklad, který Úřad obdržel dne 16. 8. 2011, tedy v zákonem stanovené lhůtě. Navrhovatel v něm požadoval, aby předseda Úřadu původní prvostupňové rozhodnutí zrušil nebo změnil tak, že zakáže plnění ze smlouvy. Navrhovatel v rozkladu uvedl, že ze strany Úřadu došlo k nedostatečnému a povrchnímu posouzení jednání zadavatele, když jej posuzoval pouze z hlediska formy (bez ohledu na jeho obsah, historické souvislosti a principy hospodárného, efektivního a účelového vynakládání finančních prostředků). Dále uvedl, že aplikace zákona je nutná v širším legislativním kontextu, zejména spolu se zákonem č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole (dále jen „**zákon o finanční kontrole**“), se zákonem o majetku ČR a se zákonem č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech (dále jen „**zákon o rozpočtových pravidlech**“). Navrhovatel k tomu dále uvedl, že zákon není samostatně stojící normou a je nutné jej aplikovat v širším legislativním kontextu. Úřad je při přezkoumávání úkonů zadavatele povinen prošetřovat dodržení správných procedurálních postupů a dohlížet na dodržení úzce souvisejících zákonů upravujících hospodárné, efektivní ani účelné vynakládání finančních prostředků. Namítl, že se Úřad nezabýval platností smluv uzavřených zadavatelem vztahujících se k předmětu plnění a případným právním nástupnictvím vybraného uchazeče k závazkovým právním vztahům (které vznikly mezi zadavatelem a společností EDS) s tím, že se omezil na konstatování existence rámcové smlouvy z roku 1997, na jejímž základě byla dne 11. 7. 2000 mezi zadavatelem a společností EDS uzavřena smlouva o dodávce programového vybavení a udělena práva k jeho využívání. Smluvní dokumentaci zadavatele týkající se programového vybavení ASPI navrhovatel označil za nejasnou a vadnou.
12. Navrhovatel v rozkladu dále poukázal na zarážející délku trvání smluvního vztahu mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, a to 11 let (resp. 14 let), když maximální délka trvání rámcových smluv je s odkazem na § 89 odst. 5 zákona 4 roky. Původní právní předpis sice neznal pojem rámcové smlouvy, ale se lhůtou 4 roky pracoval zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**zákon č. 199/1994 Sb.**“), a to v ustanovení § 67. I když délka samotných smluv na realizaci plnění veřejné zakázky není zákonem explicitně stanovena, navrhovatel uvedl, že s ohledem na principy efektivního a účelového vynakládání finančních prostředků je zadavatel povinen periodicky prověřovat podmínky nabízené na

trhu. Kdyby prověřil podmínky na trhu a provedl nové zadávací řízení, došlo by ke snížení jeho nákladů, a to o cenu 1,7 miliónu Kč, o které by byla navrhovatelem nabízená roční cena předmětu veřejné zakázky nižší. Dle navrhovatele tak došlo k porušení zásady § 6 zákona, přičemž mu vznikla újma na jeho právech ve výši neuskutečněné veřejné zakázky, a proto požadoval, aby Úřad původní prvostupňové rozhodnutí zrušil nebo změnil tak, že zakáže plnění smlouvy.

III. Původní rozhodnutí o rozkladu

13. Dne 1. 2. 2012 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-R185/2011/VZ-532/2012/310/ASc/JSI, kterým podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), původní prvostupňové rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
14. Dne 29. 2. 2012 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-R185/2011/VZ-3597/2012/310/JSI (dále jen „**původní rozhodnutí o rozkladu**“), kterým podle ustanovení § 97 odst. 3 správního řádu rozhodl o změně odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R185/2011/VZ-532/2012/310/ASc/JSI ze dne 1. 2. 2012. Níže uvedené odůvodnění reflektuje změny provedené původním rozhodnutím o rozkladu.
15. V odůvodnění původního rozhodnutí o rozkladu je uvedeno, že zadavatel v zadávacím řízení postupoval v rozporu se zákonem, jelikož veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byla splněna podmínka dle § 23 odst. 4 zákona. Zadavatel zadal veřejnou zakázku pomocí méně formálního a méně transparentního druhu zadávacího řízení s odůvodněním, že tento postup je v souladu se zákonem, protože předmět veřejné zakázky může provést pouze vybraný uchazeč. Takový důvod ale nemůže naplnit materiální stránku splnění podmínky ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, jelikož právní stav, kterým zadavatel použití jednacím řízení bez uveřejnění odůvodnil, sám udržoval a nepodnikl aktivní kroky k jeho nápravě. Formálně byla podmínka ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona naplněna, ale zadavatel z výše uvedeného důvodu použitím jednacím řízení bez uveřejnění obešel účel zákona. Dle striktního názoru Soudního dvora Evropské unie¹ (dále jen „**SD EU**“) se zadavatel nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže tento „stav exkluzivity“ sám vytvořil. Právní vztah podmiňující existenci výhradních práv vybraného uchazeče k předmětu veřejné zakázky (kterým je informační právní systém) vznikl jednáním zadavatele (jeho právního předchůdce) a zadavatel nepodnikl relevantní kroky k odstranění pro něj nevýhodného právního stavu. Zadavatel nevyvíjel žádnou snahu odstranit právní omezení spojená s tímto informačním systémem. Nevýhodnost tohoto právního stavu je zcela objektivní a jeho odstranění by znamenalo nutnost zadání veřejné zakázky v transparentnějším zadávacím řízení, do kterého by se mohlo přihlásit více zájemců a zadavatel by předmět veřejné zakázky získal pravděpodobně za nižší cenu nebo za výhodnějších podmínek. Nebyla naplněna ani jiná z podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění stanovených v § 23 zákona.

¹ Ten je vyjádřen např. v rozhodnutích ve věci C-199/85 – Komise proti Itálii, C-71/92 – Komise proti Španělsku a ve věci C-385/02 – Komise proti Itálii.

Zadavatel proto ve veřejné zakázce postupoval v rozporu se zákonem, přičemž jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

16. Dále zde předseda Úřadu uvedl, že základní rámec působnosti Úřadu je vymezen zákonem č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o působnosti Úřadu**“). Podle tohoto právního předpisu Úřad vytváří podmínky pro podporu a ochranu hospodářské soutěže, vykonává dohled při zpracování veřejných zakázek. V § 2 písm. d) zákona o působnosti Úřadu se předpokládá i výkon dalších působností, které budou Úřadu svěřeny dalšími zvláštními zákony s tím, že zákon není samostatně stojící normou a jeho aplikace je nutná v širším legislativním kontextu. Zadavatel je při postupu podle zákona povinen vždy jednat s ohledem na dodržení zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, přičemž cílem jeho postupu dle zákona je účelné, hospodárné a efektivní naplnění jeho potřeb – zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti tak lze považovat za cíl, jehož má být postupem dle zákona dosaženo. Naplnění zmíněných zásad považuje za cíl zákona jeho důvodová zpráva, dle které je tohoto cíle dosahováno především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy hrazené z veřejných prostředků byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Při výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek se však Úřad zabývá pouze dodržováním zásad postupu zadavatele vyjádřených v § 6 zákona. V dané věci zadavatel nepostupoval v souladu s těmito zásadami, poněvadž veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, což znamenalo znemožnění soutěže o nejnižší nabídkovou cenu či nejvýhodnější podmínky a tento druh zadávacího řízení použil zadavatel v rozporu se zákonem.
17. K rozkladové námitce navrhovatele, že dle § 89 odst. 5 zákona je maximální délka trvání rámcových smluv omezena na dobu trvání 4 let, bylo konstatováno, že v době uzavření rámcové smlouvy byl pro zadávání veřejných zakázek účinný zákon č. 199/1994 Sb., který v § 67 stanovil dobu 4 let. Tato doba byla v zákoně stanovena jako doba, která je určující pro stanovení výše peněžitého závazku u smluv uzavíraných na dobu neurčitou. Výše peněžitého závazku, který zadavateli ze smlouvy uzavřené na dobu neurčitou za 4 roky jejího trvání vznikne, byla rozhodující pro použití zákona č. 199/1994 Sb., především pak pro určení, zda veřejná zakázka podléhala postupům dle zákona, či nikoliv. Toto ustanovení zákona nedopadalo na časové omezení účinnosti smluv s tím, že zákon č. 199/1994 Sb. připouštěl uzavření smluvních vztahů na dobu neurčitou. Obdobně tuto problematiku upravuje také zákon, který v § 14 odst. 1 písm. b) stanoví dobu 48 měsíců. Při uzavření smlouvy na dobu neurčitou by měl zadavatel zvážit, proč tak učinil, a to zejména s ohledem na zásadu hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti vynakládání veřejných prostředků (po uplynutí doby 3 až 5 let je v případě smlouvy uzavřené na dobu neurčitou vhodné např. provést ekonomický atest podmínek na trhu).
18. K problematice platnosti smluv vztahujících se k předmětu plnění a k rámcové smlouvě z roku 1997 (na jejímž základě byla v roce 2000 uzavřena smlouva o dodávce programového vybavení a udělení práv k jeho využívání) bylo v původním rozhodnutí o rozkladu uvedeno, že ani sama okolnost existence platnosti této smlouvy není podmínkou pro použití ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Na straně zadavatele existovaly důvody ochrany výhradních práv, nicméně tyto důvody byly vytvořeny právním předchůdcem zadavatele a zadavatelem byly pasivně udržovány. Právě z důvodu pasivního přičinění zadavatele na

jeho současném nevýhodném právním stavu v této konkrétní oblasti není možné akceptovat postup použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a to proto, že nebyla naplněna materiální stránka této podmínky a tímto postupem došlo k obcházení účelu zákona. K aplikaci rozsudku Vrchního soudu bylo konstatováno, že pro rozhodnutí o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když použil zadávací řízení bez uveřejnění, není závěr tohoto rozsudku relevantní. S ohledem na tyto skutečnosti jsem v původním rozhodnutí o rozkladu dospěl k závěru, že zadavatel naplnil skutkovou podstatu správního deliktu nedodržení postupu stanoveného zákonem pro zadání veřejné zakázky dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu se zákonem použil jednací řízení bez uveřejnění. Za tento správní delikt je Úřad povinen zadavateli uložit pokutu dle zákona, stejně tak je povinen vypořádat se s návrhem na uložení zákazu plnění smlouvy.

IV. Nové prvostupňové správní řízení

19. Dne 22. 5. 2012 vydal Úřad oznámení o pokračování správního řízení (vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S76/2011/VZ) č. j. ÚOHS-S76/2011/VZ-9596/2012/520/DŘÍ s tím, že rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R185/2011/VZ-532/2012/310/ASc/JSI ze dne 1. 2. 2012 bylo původní prvostupňové rozhodnutí zrušeno a věc byla vrácena Úřadu k novému projednání.
20. Usnesením č. j. ÚOHS-S76/2011/VZ-9605/2012/520/DŘÍ ze dne 22. 5. 2012 Úřad stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
21. Dne 30. 5. 2012 Úřad obdržel návrh navrhovatele na provedení důkazu dokumentem „*Jak zohledňovat principy 3E (hospodárnost, efektivnost a účelnost) v postupech zadávání veřejných zakázek*“ vydaným Ministerstvem pro místní rozvoj. Podle navrhovatele je tento text jedním ze stěžejních důkazních podkladů pro rozhodování Úřadu v této věci s tím, že je zde kladen důraz na postup zadavatele při samotném plnění smlouvy, zejména u dlouhodobých smluv a smluv na dobu neurčitou. Ve vyjádření navrhovatele, které Úřad obdržel dne 6. 6. 2012, navrhovatel vyjádřil souhlas s rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R185/2011/VZ-532/2012/310/ASc/JSI ze dne 1. 2. 2012, které z velké části potvrdilo argumentaci navrhovatele. Pro další rozhodování ve věci navrhovatel zdůraznil, že zákon není pouze samostatně stojící norma a jeho aplikace je nutná v širším legislativním kontextu tak, aby bylo dosaženo jeho hlavního cíle a účelu. Závěry Předsedy Úřadu svědčí jednoznačně o porušení hlavních principů zákona uvedených v § 6 s tím, že nelze obhájit jednání zadavatele a jedinou možností nápravy je uložení zákazu plnění dle smlouvy.

Napadené rozhodnutí

22. Na základě vrácení věci k novému projednání ve správním řízení Úřad opětovně přezkoumal dokumentaci zadavatele, návrhy a vyjádření účastníků řízení, a dne 7. 8. 2012 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S76/2011/VZ-9818/2012/520/DŘÍ (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výrokové části I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že zadal veřejnou zakázku formou jednacího řízení bez uveřejnění, aniž byly naplněny podmínky ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dne 29. 12. 2010 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Ve výrokové části II. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli za zjištěný správní delikt dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona

pokutu ve výši 70 000,- Kč. Výrokovou částí III. napadeného rozhodnutí Úřad správní řízení ve věci návrhu navrhovatele na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu zastavil, neboť žádost se stala zjevně bezpředmětnou.

23. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad k problematice naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění shrnul následující. Zadavatel v roce 2000 uzavřel (na základě rámcové smlouvy uzavřené dne 30. 9. 1997) se společností EDS smlouvu, jejímž předmětem bylo nabytí programového vybavení, včetně systému ASPI. Předmětem veřejné zakázky bylo zabezpečení měsíční aktualizace systému ASPI v době od listopadu 2010 do října 2011. Zadavatel zadal veřejnou zakázku pomocí jednacího řízení bez uveřejnění s odůvodněním, že tento postup je v souladu se zákonem, protože předmět veřejné zakázky může provést pouze vybraný uchazeč. To vyplývá z čestného prohlášení vybraného uchazeče ze dne 31. 5. 2010, kde je uvedeno, že společnost Wolters Kluwer, a. s., je „*jediným a výhradním držitelem veškerých autorských práv k systému ASPI. Je tudíž jediným subjektem, který je oprávněn, především z hlediska držitele autorských práv, provádět jak distribuci, tak aktualizaci systému ASPI a udělovat licenci k užívání tohoto systému. Žádný jiný subjekt není oprávněn provádět distribuci, aktualizaci nebo udělovat licenci k užívání systému ASPI*“.
24. Takový důvod ale nemůže naplnit materiální stránku splnění podmínky ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, jelikož právní stav, kterým zadavatel použití jednacího řízení bez uveřejnění odůvodnil, sám udržoval a nepodnikl aktivní kroky k jeho nápravě. Formálně byla podmínka § 23 odst. 4 písm. a) zákona naplněna, ale zadavatel z výše uvedeného důvodu použitím jednacího řízení bez uveřejnění obešel účel zákona. Dle názoru SD EU se zadavatel nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže tento „stav exkluzivity“ sám vytvořil. Právní vztah, jenž podmiňuje existenci výhradních práv vybraného uchazeče k předmětu veřejné zakázky (kterým je informační právní systém), vznikl v důsledku jednání zadavatele, resp. jeho právního předchůdce, a zadavatel nepodnikl relevantní kroky k odstranění tohoto, pro něj nevýhodného, právního stavu. Nevyvíjel žádnou snahu odstranit právní omezení spojená s tímto informačním systémem. Nevýhodnost tohoto právního stavu je zcela objektivní a jeho odstranění by znamenalo nutnost zadání veřejné zakázky v transparentnějším zadávacím řízení, do kterého by se mohlo přihlásit více zájemců a zadavatel by předmět veřejné zakázky získal pravděpodobně za nižší cenu nebo za výhodnějších podmínek.
25. Na straně zadavatele skutečně existovaly důvody ochrany výhradních práv. Tyto důvody však byly vytvořeny právním předchůdcem zadavatele a zadavatelem byly pasivně udržovány. Právě z důvodu pasivního přičinění zadavatele na jeho současném nevýhodném právním stavu v této konkrétní oblasti nebylo možné použít jednací řízení bez uveřejnění ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a to proto, že nebyla naplněna materiální stránka podmínky jeho použití a tímto postupem došlo k obcházení účelu zákona. Existenci podmínek, které determinují použití jednacího řízení bez uveřejnění, nesmí vyvolat sám zadavatel svým jednáním a ani není možné se jich dovolávat s ohledem na smluvní vztah.
26. K rozsudku Vrchního soudu Úřad uvedl, že tento rozsudek řešil případ porušení zákona č. 199/1994 Sb. z důvodu nevyhlášení obchodní veřejné soutěže. Soud v rozsudku vyslovil názor, že smyslem ustanovení § 71 zákona č. 199/1994 Sb. je zabezpečit právní jistotu pro vztahy vzniklé před účinností tohoto zákona, nikoli však jejich petrifikaci a vytvoření

zvláštního režimu vyjímající je z dosahu tohoto zákona nebo zákona jednou pro vždy. Zákon č. 199/1994 Sb. nabyl účinnosti dne 1. 1. 1995 a k uzavření rámcové smlouvy a smlouvy o dodávce programového vybavení a udělení práv k jeho využívání došlo až poté, co zákon č. 199/1994 Sb. nabyl účinnosti. Z hlediska posouzení toho, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem při použití jednacímho řízení bez uveřejnění, není závěr daného rozsudku relevantní. K navrhovatelem navrženému provedení důkazu interním předpisem zadavatele, který zakazuje jakoukoliv možnost pořízení a proplácení faktur za aktualizaci jakéhokoliv jiného softwaru, než je software vybraného uchazeče, Úřad uvedl, že nebylo prokázáno, že by navržený důkaz existoval. Dle vyjádření zadavatele ze dne 13. 4. 2011 takový interní předpis nebyl nikdy vydán a tvrzení navrhovatele se nezakládají na pravdě. Úřad doplnil, že z hlediska posouzení zákonnosti postupu zadavatele při použití jednacímho řízení bez uveřejnění v předmětné věci není existence či neexistence takového interního předpisu rozhodující. Na základě těchto skutečností Úřad učinil závěr, že zadavatel svým jednáním naplnil skutkovou podstatu správního deliktu nedodržení postupu stanoveného zákonem pro zadání veřejné zakázky dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a to tím, že v rozporu se zákonem použil jednacím řízení bez uveřejnění. Za tento správní delikt je Úřad povinen zadavateli uložit pokutu podle zákona, stejně tak je povinen vypořádat se s návrhem na uložení zákazu plnění smlouvy.

27. Ve vztahu k otázce uložení pokuty Úřad poukázal na to, že smlouva byla uzavřena na dobu určitou do 31. 10. 2011 s tím, že nabídková cena byla stanovena ve výši 3 124 800,- Kč včetně DPH, 5 % ceny dané veřejné zakázky tedy činí 156 390,- Kč. Úřad zadavateli uložil pokutu v dolní hranici zákonné sazby. Při stanovení její výše vzal v úvahu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacím řízení a narušil tak soutěžní prostředí. Na vzniku podmínek, které odůvodnily jeho postup v jednacím řízeních bez uveřejnění, se zadavatel přitom sám podílel svým pasivním přístupem k uzavřené rámcové smlouvě a smlouvě o dodávce programového vybavení a udělení práv k jeho využívání. Tímto přístupem zadavatel způsobil to, že vybraný uchazeč, který je jediným dodavatelem oprávněným k poskytnutí plnění předmětu veřejné zakázky, nebyl v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu a ekonomickou výhodnost nabídky. Dle Úřadu je nezákonné omezení, resp. vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, jedním z nejzávažnějších porušení zákona, jehož hlavním cílem je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Při stanovení výše pokuty tak vzal Úřad jako přitěžující okolnost v úvahu to, že zadavatel absolutně rezignoval na výběr dodavatele v konkurenčním prostředí a v souvislosti s následky spáchání správního deliktu Úřad přihlédl ke skutečnosti, že jednání zadavatele zcela vyloučilo princip soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno.
28. Z hlediska způsobu spáchání správního deliktu však Úřad shledal jednání zadavatele jako neúčelové, bez úmyslu vyhnout se zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem. Vybraný uchazeč je jediným a výhradním držitelem autorských práv k systému ASPI a z tohoto pohledu se jeví závěr zadavatele o nutnosti zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění jako pochopitelný. Rovněž závěr o tom, že smluvní založení podmínky pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění a její následné udržování zadavatelem odporuje zákonu, z textu zákona nelze na první pohled jednoznačně dovodit, a vychází až z rozhodovací praxe. Tyto skutečnosti Úřad v předmětné věci posoudil jako polehčující okolnosti.

29. Ve vztahu k problematice týkající se návrhu navrhovatele na uložení zakazu plnění smlouvy uvedl Úřad následující. Zadavatel uzavřel dne 29. 12. 2010 smlouvu s vybraným uchazečem, přičemž v článku IV. „*Doba a místo plnění*“ smlouvy je uvedeno, že „*poskytovatel je povinen zasílat vždy 9 ks DVD společně s příslušným akceptačním protokolem za každý měsíc ode dne podpisu smlouvy do 31. 10. 2011 do místa plnění VÚ 3255, Vlastina ul. PO Box 8, 161 06 Praha 6, a to vždy do 20. dne následujícího měsíce kromě listopadu 2010 s tím, že první aktualizace za listopad 2010 bude doručena do 30. 12. 2010 a poslední do 20. 11. 2011*“. Návrh navrhovatele ze dne 25. 2. 2011 na uložení zakazu plnění smlouvy Úřad obdržel dne 28. 2. 2011 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení. Jelikož plnění smlouvy bylo v průběhu správního řízení ukončeno (nejpozději dne 20. 11. 2011), návrh navrhovatele na uložení zakazu plnění smlouvy se stal zjevně bezpředmětným a Úřad tudíž rozhodl o zastavení řízení. K zadavatelem namítané skutečnosti, že stejnopis návrhu navrhovatele mu byl doručen e-mailem bez zaručeného elektronického podpisu a bylo tedy porušeno ustanovení § 148 odst. 2 zákona, neboť v případě doručování prostřednictvím elektronických prostředků musí být právní úkon učiněn prostřednictvím datové schránky, Úřad uvedl následující. Spolu s odkazem na ustanovení § 114 odst. 4 zákona² konstatoval, že návrh na uložení zakazu plnění smlouvy se doručuje pouze Úřadu, což je z hlediska zahájení správního řízení rozhodující a právně relevantní skutečností – doručení stejnopisu návrhu zadavateli ať už jakýmkoliv způsobem v případě návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy nemá z pohledu zákona žádné právní účinky.
30. K návrhem navrhovatele navrženému provedení důkazu dokumentem „*Jak zohledňovat principy 3E (hospodárnost, efektivnost a účelnost) v postupech zadávání veřejných zakázek*“ vydaným MMR Úřad uvedl, že předseda Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R185/2011/VZ-532/2012/310/ASc/JSI ze dne 1. 2. 2012 (změněno původním rozhodnutím o rozkladu) konstatoval, že zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti lze považovat za cíl, jehož má být dosaženo postupem dle zákona. Při výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek se však Úřad zabývá pouze dodržováním zásad postupu zadavatele vyjádřených v ustanovení § 6 zákona – tedy zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zakazu diskriminace.

V. Námitky rozkladu

31. Dne 21. 8. 2012 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 22. 8. 2012, tedy v zákonem stanovené lhůtě.
32. Zadavatel v rozkladu v první řadě poukazuje na to, že předmět veřejné zakázky definoval jednak s ohledem na své potřeby a jednak při uvědomění si povinnosti postupovat při zadávání veřejných zakázek nejen v souladu se zákonem, ale i v souladu s principy hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti upravenými zejména v zákoně o finanční kontrole a v zákoně o majetku ČR. Konstatoje, že rovněž s ohledem na finanční stránku věci nepožadoval pořízení nového systému právních informací, ale pouhou aktualizaci systému stávajícího, která je dle jeho průzkumu hospodárnější.

² Návrh na uložení zakazu plnění smlouvy podle odstavce 2 musí být doručen pouze Úřadu, a to do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o uzavření smlouvy způsobem podle § 147 s uvedením důvodu pro zadání veřejné zakázky bez uveřejnění oznámení zadávacího řízení, nejpozději však do 6 měsíců od uzavření této smlouvy.

33. Dle zadavatele se nelze ztotožnit s názorem, že v případě transparentnějšího zadávacího řízení, avšak s odlišným předmětem plnění, by zadavatel předmět veřejné zakázky získal pravděpodobně za nižší cenu nebo za výhodnějších podmínek. Toto tvrzení Úřadu není podloženo žádnými argumenty či důkazy a naopak lze uvést, že jakožto významnému odběrateli je zadavateli poskytována sleva, případně další moduly ASPI. Dle zadavatele lze tudíž pouze spekulovat o tom, zda by v případě, že by bylo reálné v podmínkách resortu obrany používání jiného systému právních informací, bylo jeho nové zavedení hospodárnější oproti roční aktualizaci.
34. Dále zadavatel konstatuje, že při stanovení předmětu veřejné zakázky je rovněž třeba přihlídnout k charakteru činnosti Armády ČR, což bylo potvrzeno např. v rozhodnutí Úřadu sp. zn. R160/2011/VZ. Jiný komerční produkt (v tomto případě systém CODEXIS) od navrhovatele je pro zadavatele nevyhovující s tím, že tento produkt nedosahuje kvalit a funkcionalit systému ASPI. Systém ASPI je zadavatelem využíván na principu server/klient s tím, že konkurenční produkt má pouze sdílené složky, což je pro zadavatel nepřijatelné. Systém ASPI provozovaný v podstatě na celém území ČR zcela vyhovuje potřebám zadavatele – žádná jiná aplikace dle něj nedokáže plnohodnotně pokrýt rozsah funkcionalit, které má systém ASPI. Podpůrně zadavatel poukazuje na závěry JUDr. Danuše Spáčilové (lektorky Ústavu práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity, uveřejněné v periodiku Revue pro právo a technologie), že při porovnávání právních informačních systémů je vždy třeba přistupovat z pozice konkrétního uživatele, kterému má systém sloužit k jeho obvyklým činnostem – je tedy zřejmé, že ve státní správě bude upřednostňován systém ASPI.
35. Zadavatel dále zpochybňuje konstatování Úřadu obsažené v napadeném rozhodnutí, dle něhož nebyla naplněna materiální stránka splnění podmínky pro použití ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona z toho důvodu, že právní stav, kterým zadavatel použití jednacím řízení bez uveřejnění odůvodnil, sám udržoval a nepodnikl aktivní kroky k jeho nápravě. Zpochybňuje i související konstatování Úřadu, v rámci něhož (spolu s odkazem na názor SD EU) uvedl, že se zadavatel nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže tento stav sám vytvořil. Dle zadavatele nelze z příslušných rozhodnutí SD EU tento závěr jednoznačně dovodit. Ačkoliv se tato rozhodnutí SD EU týkají nepřípustnosti výjimek nad rámec směrnic EHS, vyplývá z nich pouze povinnost vykládat příslušné výjimky restriktivně, dále že transpozice směrnic musí odpovídat požadavkům jednoznačnosti (určitosti) s tím, že důkazní břemeno leží vždy na tom, kdo se existence výjimek dovolává.

Závěr rozkladu

36. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

VI. Řízení o rozkladu

Stanovisko předsedy Úřadu

37. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
38. 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 § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
39. Úřad tím, že ve výroku I. svého rozhodnutí č. j. ÚOHS-S76/2011/VZ-9818/2012/520/DŘÍ ze dne 7. 8. 2012 konstatoval, že se zadavatel dopustil deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že zadal veřejnou zakázku formou jednacního řízení bez uveřejnění, aniž byly naplněny podmínky § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 29. 12. 2010 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, dále tím, že ve výroku II. zadavateli za spáchání tohoto deliktu dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložil pokutu ve výši 70 000,- Kč, a tím, že výrokem III. správní řízení ve věci návrhu navrhovatele na uložení zákazu plnění smlouvy uzavřené dne 29. 12. 2010 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem dle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu zastavil, neboť se žádost stala zjevně bezpředmětnou, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

VII. K námitkám rozkladu

40. Ve vztahu k námitce zadavatele, v rámci které konstatuje, že předmět veřejné zakázky definoval jednak s ohledem na své potřeby a jednak při uvědomění si povinnosti postupovat při zadávání veřejných zakázek v souladu se zákonem i v souladu s principy hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti (upravenými v zákoně o finanční kontrole a v zákoně o majetku ČR) s tím, že s ohledem na finanční stránku věci nepožadoval pořízení nového systému právních informací, ale pouhou (hospodárnější) aktualizaci stávajícího systému, je třeba uvést následující. Zdůrazňuji, že v daném případě zadavatel nevyvíjel žádnou snahu odstranit právní omezení spojená s předmětným (již zavedeným systémem ASPI). Nevýhodnost tohoto právního stavu je zcela objektivní a jeho odstranění by znamenalo nutnost zadání veřejné zakázky v transparentnějším zadávacím řízení, do kterého by se mohlo přihlásit více zájemců a zadavatel by předmět veřejné zakázky získal pravděpodobně za nižší cenu nebo za výhodnějších podmínek. Výše uvedená námitka zadavatele nemůže obstát rovněž s ohledem na to, že zadavatel svým (nezákonným) přístupem sám způsobil to, že vybraný uchazeč (který je jediným dodavatelem oprávněným k poskytnutí plnění předmětu veřejné zakázky), nebyl v tomto případě vystaven jakékoliv konkurenci, jelikož neproběhla soutěž o cenu a ekonomickou výhodnost nabídky. Principu hospodárnosti (či účelnosti) proto nebylo ze strany zadavatele učiněno zadost právě s ohledem na to, že nezákonné omezení (resp. vyloučení) principu soutěže (na němž je zadávání veřejných zakázek založeno a kterého se dopustil), je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, jehož hlavním cílem je

zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Pokud by měl zadavatel opravdu v úmyslu akcentovat finanční stránku věci (jak tvrdí v rozkladu), nepožadoval by pouhou aktualizaci stávajícího systému ASPI, nýbrž pořízení nového systému právních informací.

41. Pokud se jedná o související argumentaci zadavatele, v rámci které rozporuje konstatování Úřadu, dle něhož v případě transparentnějšího zadávacího řízení (s odlišným předmětem plnění) by zadavatel předmět veřejné zakázky získal za nižší cenu nebo za výhodnějších podmínek s tím, že toto tvrzení Úřadu není podloženo žádnými argumenty či důkazy, je třeba uvést následující. Zdůrazňuji, že jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho dodavatele nebo omezený okruh dodavatelů. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění zákonem přesně stanovených podmínek, neboť se jedná o výjimečný způsob zadání. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných dodavatelů, aniž by svůj záměr musel předem uveřejnit, a to pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 zákona. Ze všech druhů zadávacích řízení tak jednací řízení bez uveřejnění vykazuje nejnižší míru transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže, a právě proto jsou na úrovni zákona i komunitární legislativy přísně omezeny podmínky pro jeho použití. Jak bylo uvedeno v bodě 46. odůvodnění napadeného rozhodnutí, zadavatel může ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tedy soutěží o veřejnou zakázku. Zdůrazňuji tedy, že zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 zákona.
42. Jak jsem si ověřil v dostupném spisovém materiálu, v roce 2000 zadavatel uzavřel na základě rámcové smlouvy uzavřené dne 30. 9. 1997 se společností EDS, s. r. o., smlouvu, jejímž předmětem bylo nabytí programového vybavení (včetně právního informačního systému ASPI) s tím, že předmětem přezkoumávané veřejné zakázky bylo zabezpečení měsíční aktualizace právního systému ASPI v době od listopadu 2010 do října 2011. Zadavatel zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění s odůvodněním, že tento postup je v souladu se zákonem, protože předmět veřejné zakázky může provést pouze vybraný uchazeč, což vyplývá z čestného prohlášení vybraného uchazeče (ze dne 31. 5. 2010), kde je uvedeno, že společnost Wolters Kluwer, a. s., je „*jediným a výhradním držitelem veškerých autorských práv k systému ASPI. Je tudíž jediným subjektem, který je oprávněn, především z hlediska držitele autorských práv, provádět jak distribuci, tak aktualizaci systému ASPI a udělovat licenci k užívání tohoto systému. Žádný jiný subjekt není oprávněn provádět distribuci, aktualizaci nebo udělovat licenci k užívání systému ASPI.*“ K tomu uzavírám, že takový důvod však v žádném případě nemůže naplnit materiální stránku splnění podmínky

ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a to z následujícího důvodu. Právní stav, kterým zadavatel použití jednacího řízení bez uveřejnění odůvodnil, evidentně sám udržoval a nepodnikl aktivní kroky k jeho nápravě. Třebaže z formálního hlediska byla podmínka ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona naplněna, zadavatel v důsledku použití jednacího řízení bez uveřejnění obešel účel zákona. Připouštím, že u zadavatele skutečně existovaly důvody ochrany výhradních práv. Tyto důvody však byly vytvořeny právním předchůdcem zadavatele a zadavatelem byly pasivně udržovány (k tomu viz bod 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

43. Konstatuji, že právě z důvodu pasivního přičinění zadavatele na jeho současném nevýhodném právním stavu v této konkrétní oblasti nebylo možné použít jednací řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a to proto, že nebyla naplněna materiální stránka podmínky jeho použití a tímto postupem došlo k obcházení účelu zákona. Konstatuji, že existenci podmínek, které determinují použití jednacího řízení bez uveřejnění, nesmí vyvolat sám zadavatel svým jednáním a ani není možné se jich dovolávat s ohledem na smluvní vztah. Se zřetelem na tyto skutečnosti rovněž nemůže obstát tvrzení zadavatele, dle něhož lze pouze spekulovat o tom, zda v případě, že by bylo reálné v podmínkách zadavatele používat jiný systém právních informací, bylo jeho nové zavedení hospodárnější oproti roční aktualizaci. Je evidentní, že zavedení nového systému by bylo hospodárnější již z toho důvodu, poněvadž by zadavatel musel v první řadě přistoupit k zadání veřejné zakázky v některém z jiných (formálnější) druhů zadávacího řízení, ve smyslu ustanovení § 21 odst. 2 zákona. V daném případě nebyl vybraný uchazeč vystaven jakékoliv konkurenci, jelikož neproběhla žádná soutěž o cenu a ekonomickou výhodnost nabídky (viz bod 40. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Nadto není sebemenších pochybností o tom, že v podmínkách zadavatele by bylo reálné používat i jiný systém právních informací než je dosud používaný systém ASPI.
44. Ve vztahu k tvrzení zadavatele, že při stanovení předmětu veřejné zakázky bylo třeba přihlídnout i k charakteru činnosti Armády ČR (což bylo potvrzeno např. v rozhodnutí Úřadu sp. zn. R160/2011/VZ) s tím, že systém CODEXIS z dílny navrhovatel je pro zadavatele nevyhovující, poněvadž nedosahuje kvalit a funkcionalit systému ASPI, který (díky principu server/klient) zcela vyhovuje jeho potřebám, je třeba uvést následující. Argumentace, v rámci které zadavatel poukazuje na to, že systém CODEXIS nedosahuje kvalit systému ASPI s tím, že systém sdílených složek (na jehož základě systém CODEXIS funguje) je pro něj nepřijatelný, je zcela účelová a jako taková nemůže obstát. Opakovaně zdůrazňuji, že v případě zadání veřejné zakázky v některém z transparentnějších druhů zadávacího řízení by na základě vhodně stanovených zadávacích podmínek mohl zadavatel „vysoutěžit“ pro něj přijatelný systém, avšak za výhodnějších podmínek. A to právě z důvodu, že by se o takovém výběrovém řízení dozvěděl širší okruh potenciálních dodavatelů schopných takto definovaný předmět veřejné zakázky poskytnout, a to i levněji. Související konstatování zadavatele, dle něhož žádná jiná aplikace nedokáže plnohodnotně pokrýt rozsah funkcionalit, kterými disponuje systém ASPI, je rovněž neodůvodněná s tím, že zadavatel toto své tvrzení neopírá o jakýkoliv relevantní podklad.

45. Neobstojí ani podpůrná argumentace zadavatele, v rámci které poukazuje na závěry JUDr. Danuše Spáčilové (uveřejněné v Revue pro právo a technologie), že při porovnávání právních informačních systémů je vždy třeba přistupovat z pozice konkrétního uživatele, kterému má systém sloužit k jeho obvyklým činnostem. Toto tvrzení zadavatele nelze než označit za zcela bezpředmětné, jelikož se jedná o subjektivní názor JUDr. Danuše Spáčilové, který se věnuje problematice komparace jednotlivých informačních systémů. V rámci takového srovnávání je v obecné rovině skutečně třeba přistupovat z pohledu toho kterého uživatele. Předmětné tvrzení JUDr. Danuše Spáčilové však nemůže jakkoliv zpochybnit relevantní skutečnost, a sice to, že zadavatel svým (konkrétním) jednáním naplnil skutkovou podstatu správního deliktu nedodržení postupu stanoveného příslušným ustanovením zákona pro zadání veřejné zakázky tím, že v rozporu se zákonem použil jednací řízení bez uveřejnění.
46. Pokud se jedná o námitku zadavatele, v rámci které z příslušných rozhodnutí SD EU nelze jednoznačně dovodit, že se zadavatel nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže tento stav sám vytvořil, je třeba uvést následující. Jak bylo uvedeno v bodě 50. odůvodnění napadeného rozhodnutí, zadavatel se skutečně nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže tento „stav exkluzivity“ sám vytvořil. Je zřejmé, že právní vztah, jenž podmiňuje existenci výhradních práv vybraného uchazeče k předmětu veřejné zakázky, kterým je informační právní systém, vznikl v daném případě v důsledku jednání zadavatele (respektive jeho právního předchůdce) s tím, že zadavatel prokazatelně (i s ohledem na výše uvedené) nepodnikl relevantní kroky k odstranění tohoto, pro něj bezesporu nevýhodného právního stavu. Předmětné tvrzení vznesené zadavatelem v rozkladu nemohu akceptovat, poněvadž tento striktní názor SD EU je (mimo jiné) v rozhodnutích ve věci C-199/85 – Komise proti Itálii, C-71/92 – Komise proti Španělsku či ve věci C-385/02 – Komise proti Itálii explicitně obsažen. Argumentace, v rámci které zadavatel (účelově) zpochybňuje konstatování Úřadu obsažené v odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož nebyla naplněna materiální stránka splnění podmínky pro použití § 23 odst. 4 písm. a) zákona (z toho důvodu, že právní stav, kterým použití jednacího řízení bez uveřejnění odůvodnil, sám udržoval a nepodnikl aktivní kroky k jeho nápravě), proto s ohledem na výše uvedené nemůže obstát. V tomto kontextu je rovněž třeba označit za nepravdivé související tvrzení zadavatele, dle něhož z předmětných rozhodnutí SD EU vyplývá jen to, že transpozice směrnic musí odpovídat požadavkům jednoznačnosti (určitosti) atd. Jak již bylo výše konstatováno, jednací řízení bez uveřejnění vykazuje nejnižší míru transparentnosti (vnější kontroly a hospodářské soutěže) ze všech druhů zadávacího řízení. Právě proto jsou podmínky pro jeho použití na úrovni zákona i komunitární legislativy přísně omezeny. Z tohoto důvodu nemohu, stejně jako prvostupňový orgán, akceptovat postup, kterým zadavatel účelově obešel zákonem stanovená pravidla, když veřejnou zakázku zadal bez řádného zadávacího řízení (přímo) vybranému uchazeči.
47. Doplnuji, že jednání, kterého se zadavatel dopustil, se podstatně dotýká základních principů, na nichž je zadávání veřejných zakázek vystavěno, tedy zejména povinnosti zadávat veřejné zakázky závaznými postupy dle zákona a dále principu transparentnosti zadávacího řízení a zákazu diskriminace jednotlivých (i jen potenciálních) dodavatelů. Kromě toho negativní důsledky porušení zákona (tedy omezení soutěže o veřejnou zakázku) již v tuto chvíli není

možné účinně zhojit způsobem, který by potenciálním dodavatelům umožnil se o veřejnou zakázku nebo její část ucházet, protože smlouva již byla uzavřena a bylo z ní plněno.

48. Na základě všech výše uvedených skutečností uzavírám, že jsem neshledal důvody, proč se odchýlit od závěrů napadeného rozhodnutí, že postupem zadavatele došlo ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že zadavatel danou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly naplněny podmínky ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

VIII. Závěr

49. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
50. 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. Ministerstvo obrany, Tychonova 1, 160 01 Praha
2. ATLAS consulting spol. s r. o., Výstavní 292/13, 709 16 Ostrava
3. Wolters Kluwer ČR, a. s., U Nákladového nádraží 6, 130 00 Praha

Vypraveno dne:

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

