



UOHSX00ARLQK

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0150/2017/VZ-36537/2017/322/JSu

Brno: 14. prosince 2017

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 15. 9. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **Česká republika – Ministerstvo vnitra**, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0277/2017/VZ-25377/2017/532/KSt vydanému ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Technická podpora a zajištění rozvoje aplikace NS-SIS II v letech 2016 – 2018**“ v jednacím řízení bez uveřejnění, jehož formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 2. 3. 2016 pod ev. číslem zakázky 516680 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 3. 2016 pod číslem 2016/S 045-074420,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0277/2017/VZ-25377/2017/532/KSt ze dne 30. 8. 2017

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Výzvou k jednání ze dne 26. 1. 2016 vyzval obviněný – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 0000704, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 (dále jako „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) – vybraného uchazeče – obchodní společnost HEWLETT-PACKARD s. r. o., IČO 17048851, se sídlem Za Brumlovkou 1559/5, 140 00 Praha 4 – Michle (dále jako „**vybraný uchazeč**“) – k jednání za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Technická podpora a zajištění rozvoje aplikace NS-SIS II v letech 2016 – 2018“ postupem v jednacím řízení bez uveřejnění, jehož formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 2. 3. 2016 pod ev. číslem zakázky 516680 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 3. 2016 pod číslem 2016/S 045-074420 (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“¹) zahájil správní řízení ve věci podezření ze spáchání přestupku, kdy oznámení o zahájení správního řízení bylo obviněnému doručeno dne 14. 7. 2017. V tomto oznámení seznámil Úřad obviněného se skutečnostmi, které budou podkladem pro vydání rozhodnutí, a uvedl popis skutku, o kterém má být v řízení rozhodováno, a jeho předběžnou právní kvalifikaci.
3. Předmětem plnění veřejné zakázky je technická podpora pro národní komunikační rozhraní Schengenského informačního systému druhé generace (dále jako „**NS-SIS II**“) v letech 2016 až 2018.

¹ Pokud je v tomto 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, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona

II. Napadené rozhodnutí

4. Úřad dne 30. 8. 2017 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0277/2017/VZ-25377/2017/532/KSt (dále jako „**napadené rozhodnutí**“), ve kterém Úřad dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kdy při zadávání veřejné zakázky porušil § 21 odst. 2 zákona tím, že veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv, aniž by k takovému postupu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, jelikož neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil obviněný svým dřívějším vědomým postupem při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění veřejné zakázky, kdy uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 26. 2. 2016 s vybraným uchazečem Rámcovou smlouvu o poskytování technické podpory a rozvoje aplikace NS-SIS II, ve znění dodatku č. 1 ze dne 27. 6. 2016.
5. Za spáchání výše uvedeného přestupku byla obviněnému výrokem II. napadeného rozhodnutí uložena pokuta ve výši 1 000 000 Kč.
6. Úřad své závěry odůvodňuje zejména tím, že se obviněnému nepodařilo unést důkazní břemeno jeho tvrzení existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacím řízení bez uveřejnění, jelikož pouze tvrdil existenci těchto důvodů, aniž by tuto existenci relevantně prokázal. Úřad dále uvedl, že postup obviněného – tedy zadávání veřejných zakázek týkajících se údržby a podpory NS-SIS II v jednacím řízení bez uveřejnění – lze jen stěží považovat za postup hospodárnější, než kdyby předmětné služby zadával v otevřeném řízení. Úřad dále dovodil, že důvod ochrany výhradních práv vybraného uchazeče pramení z činnosti zadavatele, kterým sám vytvořil daný ‚stav exkluzivity‘, a tedy ve světle rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu (dále jako „**NSS**“) nelze na základě takového závěru dovodit to, že by byly naplněny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění (dále jako „**JŘBU**“).

III. Rozklad obviněného

7. Dne 15. 9. 2017 obdržel Úřad rozklad obviněného z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu je patrné, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 31. 8. 2017, obviněný tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

8. Zadavatel předně upozorňuje na to, že vybraný uchazeč disponuje výhradními majetkovými právy ke specifickému programovému vybavení, návrhům z oblasti architektonické, systémové, komunikační, a dílčím komponentům a celkovému designu NS-SIS II. Dle zadavatele vybraný uchazeč také disponuje jedinečným know-how, které je nepřenositelné na jiné subjekty.
9. Zadavatel dále poukazuje na možná bezpečnostní rizika, spojená s tím, pokud by předmět plnění veřejné zakázky, vykonával jiný subjekt, než vybraný uchazeč, mohlo by docházet k výpadkům v systému. Na podporu svého tvrzení uvádí zadavatel, jaký efekt mají vlivy výpadku systému v mezinárodním měřítku – zde je nutno brát ohled na to, že NS-SIS II je

úzce propojen s fungováním Schengenského informačního systému, kdy výpadek v systému v délce trvání 48 hodin způsobuje – v případě, kdy není nalezeno řešení výpadku – obnovení vnějších hranic s členskými státy Evropské unie.

10. Zadavatel tento argument uzavírá s tím, že některé informační systémy by – z důvodu možných výpadků v těchto systémech a tak způsobených bezpečnostních rizik – měl spravovat původní architekt takového systému. Tak je tomu dle zadavatele i v daném případě, kdy s ohledem na riziko výpadku systému, které může nastat přechodem správy systému na jiného dodavatele, který vzejde z otevřeného řízení, je nasnadě, aby předmětnou veřejnou zakázku realizoval vybraný uchazeč.
11. Zadavatel také poukazuje na to, že předání systému do správy jinému subjektu, by představovalo dodatečný finanční náklad, jelikož by bylo nutno zajistit několikaměsíční předávání systému, včetně zkušeností ze strany původního dodavatele, což by muselo proběhnout za úplaty. Tento svůj argument ilustruje zadavatel na předání systému CS-VIS, které bylo vynuceno Evropskou komisí. Evropskou agenturu pro rozsáhlé informační systémy v oblasti spravedlnosti a bezpečnosti (dále jako „**eu-LISA**“) toto předání stálo v přepočtu cca 38 000 000 Kč. Zadavatel dále poukazuje na to, že by zásah vybraného uchazeče byl nutný i v situaci, kdy by správu systému vykonával jiný subjekt, ale nastala by krizová situace. V tomto odkazuje zadavatel i na vypracovaný znalecký posudek „**Posouzení možnosti JŘBU**“ (dále jako „**znalecký posudek**“), ze kterého je patrné, že NS-SIS II je autorským dílem a pouze jeho autor a zadavatel mají právo do něj zasahovat, aniž by se dopustili porušení autorských práv autora. Ze znaleckého posudku je dále – dle zadavatele – patrné, že vybraný uchazeč nemá zkušenosti pouze s vývojem a fungováním systému, ale že propojením jednotlivých dílčích technických komponent a technologií učinil systém zcela unikátním. Zadavatel také poukazuje na to, že dle znaleckého posudku, byly naplněny podmínky pro použití JŘBU.
12. Zadavatel v tomto duchu poukazuje na to, že nelze od vybraného uchazeče – jakožto podnikajícího subjektu – očekávat, že by umožnil zásah třetí osoby do vlastních autorských práv, aniž by ho k tomu nutilo smluvní ujednání. Pokud totiž vybraný uchazeč takový zásah odmítne, umožňujeme mu to generovat zisk.
13. Zadavatel konstatuje, že dle jeho názoru je nutno na předmětnou veřejnou zakázku nahlížet jako na „*specializovanou veřejnou zakázku*“ ve smyslu rozsudku NSS ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012-54.
14. Zadavatel dále argumentuje odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jako „**krajský soud**“) ze dne 26. 4. 2012, č. j. 62 Af 61/2010-332 a potvrzující rozsudek NSS ze dne 11. 1. 2013 č. j. 5 Afs 43/2012-54. Uvedené rozsudky zakotvují zásadu hospodárnosti mezi základní zásady zadávání veřejných zakázek. Z uvedených rozsudků je dále patrné, že ve vztahu k zásadě hospodárnosti je nutno zohlednit i to, zda již byly dříve investovány finanční prostředky do daného informačního systému, u kterého nyní existuje potřeba dalšího rozvoje. Je totiž nutno se vyvarovat toho, aby došlo ke dvojímu zaplacení téhož plnění. Dále je nutno posoudit i to, zda by zadání veřejné zakázky jiným způsobem neznamenal zvýšení nákladů realizace veřejné zakázky, případně značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění. Obviněný uzavírá, že by postup v dané věci jinak, než zadáním veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, představoval porušení zásady hospodárnosti.

15. Zadavatel také rozporuje výši uložené pokuty, kdy Úřadu vytýká zejména to, že napadené rozhodnutí neobsahuje úvahy, na základě kterých dospěl Úřad k uložení pokuty v předmětné výši. Dle obviněného je tedy v tomto ohledu napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné a v rozporu se zákonem. Obviněný poukazuje na to, že zákon v § 121 odst. 2 vymezuje mantinely pro uložení pokuty a za rozhodné kritérium označuje závažnost spáchaného správního deliktu. Obviněný dále odkazuje na rozhodovací praxi NSS, konkrétně pak na rozsudky ze dne 30. 4. 2009, č. j. 6 As 34/2008-54 a ze dne 6. 6. 2013, č. j. 1 Afs 103/2012-45, ze kterých jednoznačně plyne, že rozhodnými kritérii, která jsou uvedena v zákoně, se musí správní orgán při ukládání pokuty zabývat. Dle obviněného je správní orgán při ukládání pokuty vázán základními principy správního rozhodování (rozsudek NSS ze dne 29. 6. 2005, č. j. 8 As 5/2005-53), mezi které obviněný řadí i úplnost a dostatečnou odůvodněnost správního rozhodnutí, což vede i k přesvědčivosti takového rozhodnutí. Dle závěru obviněného musí tedy Úřad zohlednit veškeré rozhodné a relevantní okolnosti, tyto řádně zvážit a následně se v odůvodnění výše uložené pokuty s těmito okolnostmi řádně vypořádat.
16. Obviněný dále rozporuje aplikovatelnost judikatury, na kterou se ve svém rozhodnutí odkazuje Úřad.
17. Obviněný rozkladové námitky uzavírá shrnutím, že podmínky pro zadání veřejné zakázky v JŘBU byly v předmětném případě splněny, zejména pak s ohledem na technické důvody, specifickou a ekonomické důvody celého projektu. Obviněný dále poukazuje na to, že nedošlo k naplnění skutkové podstaty správního deliktu, jelikož obviněný dodržel postup dle zákona, kdy tento postup vedl k výběru nejhodnější nabídky.

Závěr rozkladu

18. Obviněný s ohledem na rozkladové námitky navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil, pokud neshledá důvody pro zastavení správního řízení, tak aby napadené rozhodnutí zrušil pro nepřezkoumatelnost a věc vrátil Úřadu k novému projednání, nebo – pokud neshledá důvod pro vrácení věci k novému projednání, aby napadené rozhodnutí změnil tak, že ruší výrok o uložení pokutě, případně aby snížil uloženou pokutu na symbolickou částku.

IV. Řízení o rozkladu

19. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

20. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího 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 přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

21. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí podaného rozkladu.

K námitkám rozkladu

22. Stěžejní spornou otázkou této věci je posouzení toho, zda zadavatel splnil podmínky umožňující postup v JŘBU, nebo nikoliv, a zda takové splnění podmínek dostatečně prokázal. JŘBU představuje alternativu k jiným typům zadávacích řízení, kdy při zadávání veřejné zakázky v JŘBU absentuje otevřená hospodářská soutěž. I z tohoto důvodu je nutno na použití JŘBU nahlížet optikou restriktivního výkladu, jelikož jde *de facto* o odchylku od ‚klasického‘ zadávacího řízení. V tomto duchu se vyjádřil i Soudní dvůr Evropské unie (dále jako „SDEU“) v rozsudku ze dne 10. 3. 1987 ve věci C-199/85, *Komise v. Itálie*; nebo v rozsudku ze dne 28. 3. 1996, ve věci C-318/94, *Komise v. Německo*. Tuzemské soudy zastávají totožný názor, který je patrný například z rozsudku krajského soudu ze dne 3. 10. 2013, č. j. 62 Af 48/2012-160, v němž je uvedeno: „... rozhodovací praxe v případech podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění akcentuje potřebu jejich restriktivního výkladu.“
23. JŘBU je ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona možno použít za situace, pokud může být daná veřejná zakázka z technických nebo uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu realizována pouze určitým dodavatelem. Z komentářové literatury je patrné, že výše uvedené podmínky je možno splnit alternativně, jinými slovy, že každý z oněch důvodů zakládá možnost zadat veřejnou zakázku v JŘBU („*Specifikem tohoto jednacích řízení bez uveřejnění tedy je, že veřejná zakázka může být na základě některého ze shora uvedených důvodů splněna pouze jediným dodavatelem, který disponuje určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel.*“ Podešva, V., Olík, M., Janoušek, M., Stránský, J. a kol. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha: Wolters Kluwer (ČR), 2006).
24. Z dostupné judikatury řešící danou problematiku je patrné, že je nejprve – při posouzení oprávněnosti použití JŘBU – nutno posoudit, zda jsou splněny důvody ochrany výhradních práv (v řešeném případě důvody ochrany autorských práv) a až poté, zda jsou splněny technické, či ekonomické důvody. Tento závěr je patrný z rozsudku krajského soudu ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015-80, kde je v návaznosti na předchozí rozsudek NSS ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-64 uvedeno: „I z uvedené citace vyplývá, že nejprve si musí zadavatel veřejné zakázky zodpovědět otázku autorskoprávní a teprve následně poté, co dospěje k závěru, že po stránce autorskoprávní je nutné veřejnou zakázku zadat v režimu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, tak nastupuje zodpovězení otázky ekonomické a technické.“
25. Ve vztahu k posouzení toho, zda jsou naplněny důvody výhradních práv pro použití JŘBU je z níže uvedené judikatury relevantní posouzení toho, zda ‚stav exkluzivity‘ (tedy že se zadavatel může obrátit pouze na jediného dodavatele) je výsledkem činnosti zadavatele, a pokud ano, zda mohl v době zadání původní veřejné zakázky očekávat potřebu navazujících veřejných zakázek, či nikoliv. V tomto smyslu je možno odkázat na rozsudek NSS ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012-54; případně na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne

5. 11. 2002, č. j. 2 A 3/2002 – 75: „Žalobce usuzuje na správnost aplikace ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona (pozn. předsedy Úřadu: tehdy zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, obdobně uvedené ustanovení upravuje výzvu jednomu zájemci k podání nabídky specializované veřejné zakázky v případech, kdy plnění veřejné zakázky může poskytnout jediný dodavatel) z objektivních skutečností, pro něž bylo možno zadat zakázku pouze jedinému zájemci. Aby mohla být takováto úvaha akceptována, nejsou žádné důvody. Okolnosti, které by za jiné situace mohly aplikaci tohoto ustanovení aprobovat, by nemohly vycházet ze stavu, kdy si žalobce sám nejprve vytvořil ony podmínky, a teprve až bylo právně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolával se postupu dle citovaného zákona.“

26. Na tomto místě je dlužno uvést, že existuje i mantinel pro posouzení toho, zda si zadavatel ‚stav exkluzivity‘ způsobil sám nebo nikoliv. V tomto bodě odkazují na rozsudek NSS ze dne 12. 5. 2013, č. j. 1 As 256/2015-95, ve kterém je zohledněno to, zda konání zadavatele vedoucí ke ‚stavu exkluzivity‘ lze označit za ‚nešikovné‘. Rozhodnou okolností je v tomto smyslu chápáno to, zda mohl zadavatel při zadávání veřejné zakázky, kterou způsobil ‚stav exkluzivity‘, předpokládat, že v budoucnu bude zapotřebí zadávat navazující veřejné zakázky. Pokud zadavatel o takové budoucí potřebě věděl, resp. měl vědět, nelze jeho konání označit za ‚nešikovné‘ a lze seznat, že si ‚stav exkluzivity‘ zapříčinil sám a jeho postup v JŘBU tedy není v souladu se zákonem.
27. Rozhodovací praxe soudů správního soudnictví dále dovodila obrácení důkazního břemene pro prokázání podmínek pro použití JŘBU. Je tedy na zadavateli, který seznal, že v jeho případě jsou splněny podmínky pro zadání veřejné zakázky v JŘBU, aby takové splnění podmínek prokázal. Tento závěr je patrný například z rozsudku NSS ze dne 11. 1. 2013 sp. zn. 5 Afs 42/2012, ve kterém je explicitně uvedeno: „..., Nejvyšší správní soud konstatuje, že zadavatel má objektivně prokázat existenci výhradních práv (unést důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek), ...“
28. S ohledem na výše uvedené lze tedy shrnout, že pro posouzení oprávněnosti postupu zadavatele, který zadává veřejnou zakázku v JŘBU, je nutno nejprve posoudit to, zda zadavatel dostatečně prokázal splnění podmínek pro to, aby mohl zadat veřejnou zakázku v JŘBU. První podmínkou, kterou je nutno prokázat, je splnění důvodu ochrany autorských práv vybraného uchazeče, v rámci čehož je nutno posoudit zda ‚stav exkluzivity‘ vznikl v důsledku konání zadavatele nebo nikoliv a zda lze jeho postup označit pouze za „nešikovný“ nebo nikoliv. Pokud dojdeme k závěru, že se zadavateli nepodaří prokázat, že ‚stav exkluzivity‘ nebyl způsoben jeho jednáním, je nutno seznat, že nedošlo k naplnění podmínek pro postup v JŘBU a zadavatel v takovém případě nepostupoval v souladu se zákonem.
29. Z bodů 105. až 113. odůvodnění napadeného rozhodnutí je patrné, že se Úřad zabýval přezkumem toho, zda mohl zadavatel při uzavírání smlouvy na předmět plnění původní veřejné zakázky – tedy v roce 2006 (smlouva byla uzavřena dne 23. 10. 2006) – předpokládat, že v budoucnu nastane potřeba zadat i předmětnou veřejnou zakázku. Úřad správně dovozuje, že v roce, kdy došlo k uzavření původní smlouvy, měl být zadavatel již seznámen s rozhodnutím Rady Evropské unie ze dne 31. 5. 2005 vydaným pod číslem 2005/0103 (CNS) o zřízení, provozu a využívání Schengenského informačního systému druhé generace (SIS II). Z tohoto rozhodnutí je patrné, že předmětný informační systém bude muset být dlouhodobě udržován a bude muset být zajištěna komunikace s ústředním

informačním systémem SIS II. Sjednáním nevhodných smluvních podmínek, na základě kterých obviněný nezískal vlastnická autorská práva k předmětnému informačnímu systému, si tedy zadavatel způsobil závislost na vybraném uchazeči ve vztahu k budoucím navazujícím veřejným zakázkám a tento jeho postup nelze označit za ‚nešikovný‘, jelikož zadavatel musel vědět, že zde existuje potřeba budoucích navazujících veřejných zakázek.

30. Výše uvedené tedy nutně podněcuje závěr, že v daném případě nedošlo k naplnění podmínek pro použití JŘBU. V tomto ohledu lze odkázat i na bod 90. rozsudku NSS ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015-95, kde je uvedeno: *„Z podmínek upravených v čl. 31 směrnice 2004/18/ES, jakož i v § 23 odst. 4 zákona, lze jednoznačně dovodit závěr, že „stav exkluzivity“ (tj. nezbytnost splnění zakázky pouze určitým dodavatelem) nemůže zadavatel sám vytvořit. Opačný závěr by byl zcela v rozporu se smyslem a účelem zásad, na kterých je právní úprava veřejných zakázek postavena (tj. zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace).“*
31. Ve vztahu k právě řešenému lze odkázat i na bod 114. a 115. napadeného rozhodnutí, kde je podrobněji uvedeno, kterými dodatečnými smlouvami obviněný prohloubil svou závislost na vybraném uchazeči ve vztahu k NS-SIS II. Ze závěrů Úřadu je patrné, že obviněný uzavřel celkem 6 dodatečných smluv s vybraným uchazečem, kterými upravoval nebo rozšiřoval kapacitu daného informačního systému, kdy pokaždé byla tato smlouva uzavřena s vybraným uchazečem, čímž – z logiky věci – došlo k prohloubení závislosti obviněného na vybraném uchazeči při realizaci budoucích navazujících veřejných zakázek.
32. Lze tedy učinit dílčí závěr, že obviněnému se nepodařilo ustát na něj přenesené důkazní břemeno a prokázat, že došlo ke splnění podmínek pro to, aby mohl předmětnou veřejnou zakázku zadat v JŘBU. Z výše uvedené judikatury je patrné, že při posuzování splnění podmínek JŘBU je nutno nejprve se vypořádat s tím, zda jsou splněny důvody ochrany výhradních práv (v tomto případě autorských práv), a až poté je možno posuzovat důvody technické či ekonomické. Obviněnému se nepodařilo prokázat to, že si ‚stav exkluzivity‘ ve vztahu k vybranému uchazeči nezpůsobil vlastním konáním, případně vlastním ‚nešikovným‘ chováním, čímž se obviněnému nepodařilo prokázat ani přítomnost důvodu ochrany výhradních práv vybraného uchazeče, což by odůvodnilo zadání veřejné zakázky v JŘBU.
33. Na tomto místě je dlužno konstatovat, že ve správním řízení nedochází k přezkoumání postupu obviněného při zadávání původní veřejné zakázky, ale při zadávání nyní prošetřované veřejné zakázky.
34. Nad rámec lze uvést, že obviněný v rozkladu nerozporuje výše uvedené závěry Úřadu stran toho, že ‚stav exkluzivity‘ si obviněný způsobil sám.

K námitce nezohlednění bezpečnostních rizik

35. Nutno konstatovat, že bezpečnostní rizika jsou relevantním determinantem pro postup mimo režim zadávání veřejných zakázek dle zákona (v tomto viz například § 18 odst. 2 písm. a) zákona: *„S výjimkou veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti není zadavatel povinen zadávat veřejné zakázky podle tohoto zákona rovněž tehdy, jestliže a) jde o veřejné zakázky, které jsou zadávány v rámci zvláštních bezpečnostních opatření, ...“*), avšak tento důvod nelze chápat jako podmínku pro použití JŘBU. Veřejnou zakázku lze v JŘBU zadat

pouze za splnění taxativně vymezených podmínek, kdy bezpečnostní důvody nejsou jednou z podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Na tomto místě je nutno opětovně uvést, že obviněný v daném případě nepostupoval mimo zadávací řízení ve smyslu výjimky dle § 18 odst. 2 písm. a) zákona.

36. Pokud by na bezpečnostní důvody mělo být nazíráno jako na sub kategorii technických důvodů, je nutno si uvědomit fakt, že posouzení technických důvodů pro oprávněnost použití JŘBU je relevantní až v okamžiku, kdy jsou naplněny důvody ochrany autorských práv, a ‚stav exkluzivity‘ nebyl způsoben činností samotného zadavatele, což v daném případě ovšem prokázáno nebylo. Daná námitka obviněného tedy postrádá relevanci.

K námitce tvrzených technických důvodů a důvodu ochrany výhradních práv

37. Obviněný se v těchto námitkách odkazuje na znalecký posudek, ze kterého má dle jeho názoru vyplývat, že pouze vybraný uchazeč má – z důvodu ochrany autorských práv – možnost zasáhnout do struktury informačního systému, což realizace předmětné veřejné zakázky vyžaduje. Z tohoto závěru obviněný dovozuje přítomnost technických důvodů a důvodu ochrany autorských práv, které opravňují použití JŘBU. Je nutno si uvědomit, že – jak ostatně plyne z judikatury – je nutno prvotně posoudit to, zda jsou naplněny důvody ochrany autorských práv a to v obou rovinách – tedy v rovině formální – zda je to skutečně pouze vybraný uchazeč, kdo disponuje licencí umožňující zásah a změnu autorského díla – a rovině materiální – zda si ‚stav exkluzivity‘ způsobil obviněný sám nebo nikoliv. Obě tyto roviny musejí být naplněny, aby bylo možno aprobovat existenci tohoto důvodu. Z bodů 29. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí je patrné, že v daném případě neunesl obviněný své důkazní břemeno a neprokázal, že by ‚stav exkluzivity‘ nezpůsobil vlastním přičiněním. S ohledem na tento dílčí závěr ovšem postrádá smyslu posouzení zbývajících důvodů opravňujících použití JŘBU, protože, byť by samy o sobě byly prokázány, je již nemožné, aby došlo k prokázání důvodu ochrany autorských práv v obou rovinách, což je stěžejní předpoklad pro to, aby bylo použití JŘBU oprávněné a v souladu se zákonem.
38. Je nutno říci, že obviněným přiložený znalecký posudek neposkytuje relevantní odůvodnění toho, proč obviněný shledal přítomnost technických důvodů, na základě kterých lze veřejnou zakázku zadat v JŘBU. Na základě znaleckého posudku nelze najisto postavit, že by zde skutečně existovaly technické důvody, které nepramení z autorskopravní ochrany vybraného uchazeče. Tedy, že by zde technické důvody byly přítomny i poté, co by zadavatel disponoval majetkovými autorskými právy a tyto poskytl licencí třetímu subjektu. Úřad dále správně konstatoval, že znalecký posudek obsahuje pouze obecné tvrzení, na jakých platformách předmětný informační systém operuje a že vybraný uchazeč má s nakládáním s těmito platformami zkušenost. Na základě výše uvedeného nelze tedy seznat, že by obviněný unesl důkazní břemeno ve vztahu k prokázání existence technických důvodů opravňujících zadání veřejné zakázky v JŘBU. Uvedené platí zejména proto, že není zcela jisté, že tvrzené technické důvody nejsou pouze důsledkem existence autorskopravní ochrany vybraného uchazeče. Ze znaleckého posudku nejsou dále patrné konkrétní okolnosti, na základě kterých lze prokazatelně tvrdit přítomnost technických důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona.

39. S ohledem na výše uvedené tedy není zapotřebí vypořádat se s tvrzenými námitkami obviněného, které se týkají technických důvodů, důvodu ochrany výhradních práv a znaleckého posudku, neboť postrádají dostatečnou relevanci.

K námitce zadavatele, že daná veřejná zakázka je „specializovanou veřejnou zakázkou“ ve smyslu rozsudku NSS ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012-54

40. Uvedený rozsudek NSS dovozuje přítomnost technických důvodů, případně důvod ochrany výhradních práv vybraného uchazeče při zadávání veřejných zakázek, kdy se předmět plnění nějak dotýká informačních systémů. Z navazující judikatury (včetně judikatury NSS) je ovšem patrné, že pokud si obviněný způsobil ‚stav exkluzivity‘ sám, nelze se dovolat existence důvodu ochrany autorských práv vybraného uchazeče. Na základě výše uvedené judikatury je dále možno seznat (viz bod 24. odůvodnění tohoto rozhodnutí), že není přípustné, aby technický důvod sám postačil pro to, aby bylo použito JŘBU oprávněně.
41. Nutno akcentovat, že pojem „specializovaná veřejná zakázka“ se vztahuje k formální rovině důvodu ochrany autorských práv vybraného uchazeče a k technickým důvodům. Z výše uvedeného je patrné, že za stěžejní argument, na kterém stojí napadené rozhodnutí, lze označit posouzení toho, zda si zadavatel způsobil ‚stav exkluzivity‘ sám, či nikoliv. K posouzení uvedeného ovšem výše uvedený rozsudek NSS neposkytuje dodatečné vodítko.
42. Daná námitka obviněného je tedy irelevantní ke stěžejním argumentům, na kterých stojí napadené rozhodnutí.

K námitce hospodárnosti zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění

43. Další námitky zadavatele směřují k zásadě hospodárnosti, konkrétně jde o tvrzení zadavatele, že zadání veřejné zakázky jinému subjektu, než vybranému uchazeči, by vyústilo ve vyšší finanční náklady spojené s převáděním správy NS-SIS II z dosavadního dodavatele na nového dodavatele. Na podporu uvedeného obviněný tvrdí, že dle judikatury NSS je nutno považovat zásadu hospodárnosti za jednu ze základních zásad zadávacího řízení ve smyslu § 6 zákona.
44. Předně je nutno si uvědomit, že otevřené řízení zaručuje nejvyšší míru hospodářské soutěže, a tedy může zaručit i větší množství uchazečů o danou veřejnou zakázku. Větší množství podaných nabídek může vést k tomu, že dojde k podání nižší nabídkové ceny. Byť by tedy zadání veřejné zakázky nyní v otevřeném řízení představovalo vyšší počáteční náklad, je možné, že by ve výsledku došlo k úspoře finančních prostředků, jelikož by vyšší míra otevřenosti takového zadávacího řízení nutila uchazeče podávat konkurenceschopné nabídky obsahující nižší nabídkové ceny.
45. V tomto případě je dlužno poukázat i na judiciální závěry obsažené v rozsudku NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152: „v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.“, případně v rozsudku krajského soudu ze dne 2. 3. 2010, č. j. 62 Af 7/2010-135: „Soud k tomu dodává, že v obecné rovině je třeba při tomto střetu dát přednost větší otevřenosti zadávacího řízení. Jednak je tak dodržena zásada zákazu diskriminace, neboť nedochází k omezení hospodářské soutěže dodavatelů. Navíc větší množství dodavatelů zásadně přináší větší konkurenci a v důsledku

toho také výhodnější nabídkové ceny vztahující se k jednotlivým dílčím plněním, a tedy v konečném důsledku úsporu finančních prostředků.“

46. Z výše uvedeného je tedy patrné, že vyšší počáteční náklad může v konečném důsledku představovat nižší celkový náklad a *vice versa*. Nelze tedy přijmou tezi, že by vyšší náklady spojené s převedením správy nad NS-SIS II, představovaly rozpor se zásadou hospodárnosti, jelikož právě vyšší kvalitativní míra hospodářské soutěže a s tím ruku v ruce jdoucího konkurenčního prostředí nasvědčuje tomu, že o veřejnou zakázku a o veřejné zakázky navazující, se bude ucházet větší množství subjektů, což – dle výše uvedených judičiálních závěrů – představuje hmatatelnou možnost nižších nabídkových cen, což v konečném součtu může představovat finanční úsporu.
47. Na tomto místě lze uvést i to, že obviněný toliko tvrdí, že jeho postup odpovídá zásadě hospodárnosti, ovšem z jeho strany nedošlo k doložení jediného důkazu, který by toto tvrzení řádně prokázal. Předmětnou námitku obviněného lze tedy označit za lichou.

K námitce obviněného proti výši uložené pokuty

48. Obviněný dále spatřuje v napadeném rozhodnutí vadu nepřezkoumatelnosti ve vztahu k výši uložené pokuty, jelikož dle jeho názoru není z napadeného rozhodnutí patrné, proč Úřad přistoupil k uložení pokuty ve výši, v jaké ji uložil.
49. Podle § 121 odst. 2 zákona je nutno, aby Úřad při posuzování výše pokuty zohlednil závažnost přestupku, zejména pak způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za kterých byl spáchán.
50. Z judikatury lze extrapolovat limity podmínek, které jsou kladeny na odůvodnění rozhodnutí správního orgánu, kterým je ukládána pokuta. V tomto lze poukázat na rozsudek NSS ze dne 14. 7. 2016, č. j. 9 As 71/2016-28, kde je uvedeno: *„Při určení konečné výše pokuty disponoval stěžovatel správním uvážením. V odůvodnění jeho rozhodnutí se pak musí zrcadlit úvahy, které jej vedly k určení výše pokuty. Pokud zákon z řady možných a v úvahu přicházejících hledisek při stanovení výše pokuty zmiňuje alespoň některá, pak takovouto právní úpravou váže správní orgán v tom směru, že právě těmito zákonnými hledisky se správní orgány musí zabývat vždy. Správnímu orgánu je však stále ponecháno na úvaze, zda přihlédne ještě k hlediskům dalším v zákoně neuvedeným, leč pro projednávaný případ významným.“* V tomtéž smyslu lze odkázat i na rozsudek NSS ze dne 11. 7. 2013, č. j. 7 As 15/2013-56, ve kterém je uvedeno: *„Nelze po správních orgánech očekávat přesné zdůvodnění, proč byla uložena pokuta zrovna ve výši 200.000 Kč a nikoliv například ve výši 210.000 Kč. Podstatou správní uvážení je, že s ohledem na pestrost možných situací není možné nastavit žádný univerzální vzorec pro výpočet konkrétní výše pokuty. Pokud by tomu tak bylo, zahrnul by jej bezesporu zákonodárce přímo do zákona. Z hlediska soudního přezkumu je rozhodné, že výše pokuty byla uložena v zákonném rozmezí a řádně zdůvodněna, bylo přihlédnuto ke všem zákonným hlediskům a úvahy žalované se pohybují v mezích správního uvážení.“*
51. Z výše uvedeného je tedy patrné, že z odůvodnění rozhodnutí, kterým se ukládá pokuta, musí být, jaké úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty právě v oné konkrétní výši, a – pokud zákon vymezuje konkrétní okolnosti spáchání přestupku, které je nutno zohlednit

– zohlednění takových okolností. Správní orgán je při výměře výše ukládané pokuty dále vázán hranicí maximální či minimální výše pokuty, která je stanovena v zákoně.

52. Úřad v bodě 148. odůvodnění napadeného rozhodnutí posoudil následek spáchaného přestupku a dospěl k závěru, že obviněný spáchaným přestupkem vyloučil hospodářskou soutěž a konkurenční prostředí ve vztahu k veřejné zakázce, kdy narušení soutěžního prostředí je na základě úzu považováno za porušení závažného charakteru. Úřad dále v bodě 143. odůvodnění napadeného rozhodnutí zcela správně dovodil maximální možnou výši pokuty, která činí 20 000 000 Kč, jelikož v daném případě není možné zjistit celkovou cenu veřejné zakázky. Úřad dále v bodě 149. odůvodnění napadeného rozhodnutí zohlednil jako polehčující okolnost fakt, že obviněný svým jednáním při uzavírání smlouvy na šetřenou veřejnou zakázku napravil původní příčinu stavu exkluzivity, tím, že si v čl. 15 rámcové smlouvy vyjednal možnost získání komplexního oprávnění k výkonu majetkových práv ve vztahu k úpravám systému NS-SIS II. Úřad dále dovodil, že přestupek nebyl spáchán za přítomnosti přitěžujících okolností.
53. Úřad dále zohlednil i jiné sbíhající delikty obviněného, za které mu již byla uložena pokuta, jelikož Úřad zjistil, že obviněný již dříve spáchal správní delikt, za který mu byla vyměřena pokuta ve výši 5 000 Kč. S ohledem na to, že Úřad nemůže aplikovat postup ukládání souhrnného trestu v jeho plném rozsahu a smyslu (Úřad nemůže zrušit předchozí rozhodnutí o vině), bylo nutno, aby Úřad aplikoval tento institut obdobným způsobem – aplikací zásady absorpce ve vztahu k vyměření výše ukládané pokuty. Úřad uložil za předmětný přestupek obviněnému pokutu ve výši 1 000 000 Kč. Výše uvedené úvahy Úřadu jsou ve větším detailu popsány v bodě 153. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
54. Je dlužno poukázat i na to, že Úřad při určení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci obviněného (viz bod 157. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Lze tedy seznat, že výše uložené pokuty není pro obviněného pokutou s likvidačním účinkem.
55. Je tedy možno uzavřít, že Úřad jakožto správní orgán nadán správním uvážením ve vztahu k určení výše ukládané pokuty dostal výše uvedeným podmínkám – ať už těm uvedeným v zákoně, nebo ve výše citované judikatuře – kladeným na odůvodnění výše uložené pokuty. Body 141. až 160. odůvodnění napadeného rozhodnutí mapují zcela jasným způsobem to, jaké dílčí úvahy Úřad provedl, jak posoudil následek spáchaného přestupku a také jak se vypořádal s okolnostmi spáchaní přestupku. Veškeré výše uvedené úvahy jsou součástí odůvodnění napadeného rozhodnutí. Lze tedy uzavřít, že odůvodnění napadeného rozhodnutí ve vztahu k výši uložené pokuty je přezkoumatelné a správné. Námitka obviněného je tedy lichá.

K námitce zpochybnění aplikovatelnosti judikatury, na kterou v napadeném rozhodnutí odkazuje Úřad

56. Ve vztahu k této námitce odkazují na rozsudek NSS ze dne 14. 7. 2016, č. j. 9 As 54/2016-45, v němž NSS uvádí: „Žalovaný nemůže ignorovat uvedený rozsudek a trvat na dosavadní správní praxi. Judikatura vykládá pojmy a podává výklady právních předpisů, které platí po dobu platnosti a účinnosti dané právní úpravy. Právní názory vymezené správními soudy nemohou správní orgány pojmát tak, že z nich budou vycházet až v rámci řízení zahájených po datu vydání toho kterého rozsudku.“

57. Z výše uvedeného je tedy patrné, že je možno aplikovat judikaturu obsahující interpretační vodítka k příslušnému právnímu předpisu nezávisle na tom, kdy došlo k rozhodnému jednání. Tento závěr podtrhuje i to, že zmiňovaný rozsudek NSS pouze dokončuje a zceluje právní myšlenky, které lze nalézt již v dřívější judikatuře. V kontinentálním právním systému je zásadně rozhodováno na základě právních předpisů, u kterých je nutno striktně posuzovat datum jejich účinnosti ve vztahu k jejich aplikovatelnosti. Na judikaturu nelze ovšem nahlížet stejnou optikou a nelze dovodit to, že by bylo možno aplikovat pouze tu judikaturu, která datem svého vydání předchází rozhodnému a posuzovanému jednání či postupu. Judikatura není pramenem práva, ale pouze interpretačním nástrojem. Daná námitka obviněného je tedy lichá.
58. S ohledem na to, že právní úprava veřejných zakázek doznala v roce 2016 novelizaci ve formě zákona č. 137/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, Úřad správně posoudil to, zda představuje nová právní úprava pro obviněného právní úpravu příznivější. Toto posouzení lze nalézt v bodě 123. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde je obsáhle vysvětleno, že novější zákon nepředstavuje pro obviněného příznivější právní úpravu.
59. Na závěr je možno shrnout řešenou věc. JŘBU je nutno chápat jako alternativu ke ‚klasickému‘ zadávacímu řízení, u kterého absentuje hospodářská soutěž a konkurenční prostředí. Z důvodu vyloučení hospodářské soutěže je proto na možnost použití tohoto institutu nutno nahlížet restriktivní optikou, což je ostatně patrné jak z judikatury tuzemských soudů, tak z judikatury SDEU. Zákon přesně definuje jaké podmínky je nutno splnit, aby bylo možné zadat veřejnou zakázku v JŘBU. Judikatura pak k prokázání uvedeného dovozuje převrácení důkazního břemene, kdy je na zadavateli, který zadává veřejnou zakázku v JŘBU, aby prokázal splnění daných podmínek. Judiciální závěry dále poskytují vodítka pro to, jak přistupovat k jednotlivým dílčím podmínkám pro použití JŘBU. Dle těchto závěrů je nutno nejprve posoudit to, zda je splněn důvod ochrany výhradních práv vybraného uchazeče – tedy důvod ochrany autorských práv. Tento důvod – opět dle judikatury – má dvě roviny a to formální a materiální, kdy je nutno aby byly přítomny obě tyto roviny, resp. jejich přítomnost byla ze strany zadavatele prokázána. Materiální rovinou se rozumí to, zda si ‚stav exkluzivity‘ zadavatel ve vztahu k nutnosti zadat veřejnou zakázku jen vybranému uchazeči způsobil sám, či nikoliv a zda lze konání zadavatele označit za ‚nešikovné‘. V předmětné věci ovšem ze strany obviněného nedošlo k prokázání toho, že by ‚stav exkluzivity‘ nezpůsobil sám a tedy nemohlo dojít k zohlednění dalších důvodů umožňujících použití JŘBU. Na tomto závěru nic nemění ani námitka obviněného, že s převodem správy informačního systému na jiného dodavatele než na vybraného uchazeče je spojeno závažné bezpečnostní riziko. Tyto námitky nejsou totiž pro posouzení možnosti použít JŘBU relevantní. Pokud by na tyto námitky bylo nahlíženo jako na námitky technických důvodů, nelze na ně brát zřetel s ohledem na to, že nedošlo k prokázání důvodu ochrany výhradních práv vybraného uchazeče.
60. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem kromě věcné správnosti výroku I. a II. napadeného rozhodnutí přezkoumal i jeho zákonnost a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu v řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, když napadené rozhodnutí jsem shledal rovněž zákonným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě

zadavatel dopustil správního deliktu. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly naplněny všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu, přičemž na zjištěný skutkový stav aplikoval relevantní ustanovení zákona. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití, přičemž zohlednil případnou příznivost pozdější právní úpravy.

V. Závěr

61. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodu uváděných v rozkladu.
62. 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 tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Česká republika – Ministerstvo vnitra, Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7

Vypraveno dne:

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