



UOHSX00AUTFG

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0244/2017/VZ-06787/2018/542/PKn

Brno: 6. března 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 26. 6. 2017, jehož účastníkem je:

- zadavatel – Česká republika - Český telekomunikační úřad, IČO 70106975, se sídlem Sokolovská 219/58, 190 00 Praha 9,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, v souvislosti s možným nedodržením závazného postupu zadavatele ve veřejné zakázce „Zajištění služeb servisní podpory IS MOSS, MS Sharepoint a BI/DWH“, zadané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 22. 2. 2016, jejíž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 25. 3. 2016 pod ev. č. 630539,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Česká republika - Český telekomunikační úřad, IČO 70106975, se sídlem Sokolovská 219/58, 190 00 Praha 9 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Zajištění služeb servisní podpory IS MOSS, MS Sharepoint a BI/DWH“, zadané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 22. 2. 2016, jejíž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 25. 3. 2016 pod ev. č. 630539, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu

byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil sám zadavatel v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření smlouvy o dílo č. AQ 30/06 ze dne 31. 7. 2006 a zároveň zadavatel neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 18. 3. 2016 s vybraným uchazečem – společností AQUASOFT spol. s r.o., IČO 64946274, se sídlem Rubeška 215/1, 190 00 Praha 9 – smlouvu o servisní podpoře č. CTU_2016/022 na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Česká republika - Český telekomunikační úřad, IČO 70106975, se sídlem Sokolovská 219/58, 190 00 Praha 9 – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění,

pokuta ve výši 300 000,- Kč (tři sta tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“ nebo „zákon č. 137/2006 Sb.“), na základě vlastní činnosti zjistil skutečnosti vedoucí k přezkoumání postupu zadavatele – Česká republika - Český telekomunikační úřad, IČO 70106975, se sídlem Sokolovská 219/58, 190 00 Praha 9 (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Zajištění služeb servisní podpory IS MOSS, MS Sharepoint a BI/DWH“, zadané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 22. 2. 2016, jejíž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 25. 3. 2016 pod ev. č. 630539 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Úřad si vyžádal od zadavatele dokumentaci o veřejné zakázce, včetně zdůvodnění použití jednacím řízení bez uveřejnění, dále původní licenční či jiné smlouvy vztahující se k předmětné veřejné zakázce včetně jejich příloh, změn a dodatků. Z obdržených dokumentů zjistil Úřad následující skutečnosti.

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

3. Šetřené veřejné zakázce předcházelo zadání veřejné zakázky „Modulární správní systém pro potřeby Českého telekomunikačního úřadu“, vyhlášené dne 3. 4. 2006 pod ev. č. veřejné zakázky 50020223, jejíž formulář „oznámení o zadání zakázky“ byl uveřejněn ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 9. 2006 pod ev. č. 60001910 (dále jen „původní veřejná zakázka“), přičemž zadavatel uzavřel na plnění této veřejné zakázky, jejímž předmětem bylo vytvoření a dodání aplikačního programového systému „Modulární správní systém pro potřeby Českého telekomunikačního úřadu“ dne 31. 7. 2006 se společností AQUASOFT spol. s r.o., IČO 64946274, se sídlem Rubeška 215/1, 190 00 Praha 9, nyní Solitea Business Solutions s.r.o. (dále jen „vybraný uchazeč“), smlouvu o dílo č. AQ 30/06 (dále jen „smlouva

o dílo“). Celková hodnota plnění smlouvy o dílo činila dle čl. II.2.1) oznámení o zadání zakázky 17 495 000,- Kč bez DPH.

4. Dle čl. VII. bodu 1 smlouvy o dílo se objednatel zavázal užívat předmět autorského díla zhotovitele, kterým je dodávaný software, pouze v souladu s touto smlouvou, v rozsahu práv na něj zhotovitelem převedených. Zhotovitel také prohlásil, že je oprávněn poskytnout objednateli veškeré potřebné licence k dodávanému software.
5. V čl. VII. bodu 2 smlouvy o dílo bylo stanoveno, že k části plnění zhotovitele, která bude mít charakter autorského díla zhotovitele, poskytne zhotovitel objednateli právo k užívání tohoto díla a veškerých jeho součástí na dobu časově neomezenou (neurčitou), přičemž co do množství rozsahu bude počet uživatelů licencí neomezený (multilicence). Z prostorového hlediska budou licence omezeny na všechna pracoviště objednatele v České republice.
6. V čl. VII. bodu 4 smlouvy o dílo bylo dále stanoveno, že zhotovitel na objednatele převádí jen práva výslovně uvedená v tomto článku a objednatel se zavazuje zdržet se zejména následujících jednání:
 - a) dílo nebo jeho části (resp. jeho zdrojový kód) bez předchozího písemného souhlasu zhotovitele jakkoliv měnit či upravovat vyjma uživatelského nastavení běžného při instalaci, re-instalaci a rutinní práci s dílem,
 - b) dílo nebo jeho části bez předchozího písemného souhlasu zhotovitele dále šířit či převádět na třetí osoby, ať už za odměnu nebo bezplatně,
 - c) dílo nebo jeho části bez předchozího písemného souhlasu zhotovitele využívat pro vytváření samostatných aplikací či samostatných funkčních celků,
 - d) manuál nebo jeho části bez předchozího písemného souhlasu zhotovitele dále šířit a kopírovat pro jiné než vlastní potřeby.
7. V čl. VII. bodu 5 smlouvy o dílo bylo uvedeno, že *„po uplynutí záruční doby bude objednatel po písemném oznámení zhotoviteli mít právo zasahovat do zdrojových kódů díla.“*
8. Dle čl. X. bodu 5 smlouvy o dílo se *„zhotovitel zavazuje uzavřít s objednatelem na základě výzvy objednatele servisní smlouvu o podpoře provozu díla. Roční cena za služby v rámci plnění této smlouvy bude stanovena procentní sazbou z celkové ceny díla obvyklou v místě plnění dle dohodnutého věcného plnění a úrovně služeb.“*
9. Dále bylo v čl. X. bodu 6 smlouvy o dílo stanoveno, že v případě kdy objednatel využije svého práva zasahovat do zdrojových kódů dle článku VII. bodu 5, pak zhotovitel není povinen servisní smlouvu uzavřít.
10. Dne 22. 2. 2016 zadavatel postupem podle § 34 zákona zahájil na základě výzvy k jednání jednací řízení bez uveřejnění za účelem zadání předmětné veřejné zakázky, jejímž předmětem je zajištění služeb servisní podpory vybraným uchazečem. Formulář oznámení o zadání zakázky byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 25. 3. 2016 pod ev. č. 630539.
11. Dle písemné zprávy zadavatele ze dne 23. 3. 2016 bylo v případě veřejné zakázky zvoleno jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Dle zadavatele je vybraný

uchazeč výhradním vlastníkem autorských práv k Informačnímu systému Modulární Správní Systém (dále jen „IS MOSS“) a jako jediný má i přístup ke zdrojovým kódům. S ohledem na tato autorskoprávní omezení tak práva nezbytná k zajištění provozu IS MOSS nemá dle informací uvedených v této písemné zprávě k dispozici zadavatel, ani nebyla poskytnuta třetí osobě.

12. Dle bodu 2.1 zadávací dokumentace o veřejné zakázce je předmětem veřejné zakázky zajištění služeb servisní podpory informačních systémů (IS) MOSS, MS Sharepoint a BI/DWH v níže uvedeném rozsahu:

1. Zajištění provozu a údržby podporovaných systémů dle SLA parametrů
2. Odstraňování záručních a pozáručních vad
3. Provoz a údržba zákaznického portálu (Help-Desk)
4. Telefonická a emailová podpora (Hot-Line)
5. Uživatelská podpora na úrovni L1, L2 a L3
6. Provádění provozních úprav
7. Poskytování konzultací a školení.

Podrobná specifikace předmětu plnění byla uvedena v Příloze č. 2 (Závazný vzor smlouvy) zadávací dokumentace o veřejné zakázce. Dle bodu 2.3 zadávací dokumentace o veřejné zakázce byla předpokládána hodnota veřejné zakázky stanovena ve výši 15 904 000,- Kč bez DPH.

13. Dne 15. 3. 2016 zadavatel vydal v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, přičemž jako nejvhodnější byla vybrána nabídka vybraného uchazeče.
14. Dne 18. 3. 2016 zadavatel uzavřel na předmět plnění veřejné zakázky smlouvu č. CTU_2016/022 o servisní podpoře Informačního systému Modulární Správní Systém (dále jen „servisní smlouva“). Předmětem servisní smlouvy je poskytnutí servisní podpory zadavateli po dobu 4 let v rozsahu specifikovaném v čl. 3 servisní smlouvy.
15. V čl. 15. servisní smlouvy se poskytovatel zavázal umožnit objednateli přístup ke zdrojovým kódům a programové dokumentaci, přičemž ve stanovených případech (nečinnost, konkurz vybraného uchazeče), může objednatel bez dalšího využít ke správě či rozvoji IS MOSS, a to i prostřednictvím třetí osoby. Současně si objednatel vyhradil právo vyzvat poskytovatele k jednání o možnosti poskytnutí práva užít IS MOSS, který by objednateli umožnil správu a případný nezbytný rozvoj rovněž prostřednictvím třetích osob.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

16. Vzhledem k tomu, že Úřad získal na základě předložené dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního šetření pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední.
17. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.

18. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem pod č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-18996/2017/542/PKn ze dne 26. 6. 2017, přičemž ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Oznámení o zahájení správního řízení bylo zadavateli doručeno dne 26. 6. 2017 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona ve spojení s ustanovením § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení. Následně Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-19002/2017/542/PKn ze dne 26. 6. 2017 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, a ve které byl oprávněn vyjádřit své stanovisko v řízení.
19. Dne 29. 6. 2017 obdržel Úřad od zadavatele žádost ze dne 28. 6. 2017 o prodloužení lhůty stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-19002/2017/542/PKn ze dne 26. 6. 2017, a to z důvodu, že Úřadem určená lhůta k navržení důkazů, resp. vyjádření stanoviska připadá na období zahrnující dva státní svátky, a současně se správní řízení úzce dotýká podmínek původní veřejné zakázky, od jejíhož zadání uplynula doba, která již přesahuje zákonem stanovené lhůty pro uchovávání dokumentace veřejné zakázky, přičemž tato skutečnost znamená pro zadavatele zvýšenou administrativní náročnost při dohledání původní dokumentace či alespoň souvisejících dokumentů.
20. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-19750/2017/542/PKn ze dne 3. 7. 2017 prodloužil zadavateli lhůtu určenou usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-19002/2017/542/PKn ze dne 26. 6. 2017, v níž mohl navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, a ve které byl oprávněn vyjádřit své stanovisko v řízení, a to do 14. 7. 2017.

Vyjádření zadavatele ze dne 14. 7. 2017

21. Dne 14. 7. 2017 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel na úvod konstatoval, že IS MOSS byl vyvinut a dodán vybraným uchazečem, a to v souladu se smlouvou o dílo, která byla uzavřena na základě výsledku původní veřejné zakázky. Původní veřejná zakázka byla realizována formou veřejné soutěže o návrh podle § 72 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 40/2004 Sb.“), resp. následného jednacího řízení bez uveřejnění podle § 27 odst. 5 zákona č. 40/2004 Sb., v němž byl k jednání vyzván vybraný uchazeč jakožto vítězný účastník. Zadavatel dále uvedl, že vzhledem ke složitosti případu pověřil výkonem některých zadavatelských činností společnost GORDION, s.r.o., přičemž tato zadavateli poskytla mj. spolupráci při uzavírání smlouvy o dílo s vybraným uchazečem.
22. V rámci smlouvy o dílo byl mezi zadavatelem a vybraným uchazečem sjednán rozsah práv zadavatele užívat IS MOSS jakožto autorské dílo. Zadavatel uvedl, že z výzvy k jednání ze dne 13. 6. 2006 vyplývá, že rozsah práv užit autorské dílo byl předmětem jednání mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, přičemž v čl. VII. odst. 5 smlouvy o dílo sjednaný rozsah práv, tj. právo zadavatele po uplynutí záruční lhůty zasahovat po písemném oznámení do zdrojových kódů díla, pak jde nad rámec prvotní nabídky vybraného uchazeče ze dne 20. 6. 2006, která takové právo zadavatele neobsahovala.
23. Dle zadavatele je z výše uvedeného zřejmé, že se zadavatel v rámci původní veřejné zakázky snažil aktivně vyjednat co nejširší rozsah práv dílo užit. Dle názoru zadavatele je nutno vycházet z toho, že v době zadávání původní veřejné zakázky bylo úmyslem zadavatele pouze zabezpečit efektivnější fungování jeho stávajících agend, přičemž zadavatel nemohl

předjímat budoucí legislativní změny či jejich případný vliv na potřebu souvisejících změn IS MOSS.

24. Zadavatel dále konstatoval, že vzhledem k nemožnosti sjednat s vybraným uchazečem oprávnění zadavatele provádět zásahy a úpravy IS MOSS jakožto autorského díla prostřednictvím třetích osob, se dle zadavatele právo sjednané v čl. VII. odst. 5 smlouvy o dílo jevílo v dané chvíli jako možný a hospodárný způsob řešení potřeb zadavatele za situace, kdy zadavatel předpokládal schopnost zajistit odborníky, jež by v budoucnu zabezpečovali provoz či rozvoj IS MOSS. Vzhledem ke složitosti problematiky a obecnému problému získat kvalifikované IT odborníky pro sektor veřejné správy, se tento předpoklad nepodařilo zadavateli uskutečnit, přičemž byl zadavatel za účelem zabezpečení provozu IS MOSS nucen s vybraným uchazečem uzavřít smlouvu o servisní podpoře č. 2008/01 ze dne 20. 2. 2008 a následně smlouvu o servisní podpoře č. CTU_68/12 ze dne 24. 2. 2012.
25. Zadavatel rovněž uvedl, že původní koncept IS MOSS prošel v průběhu trvání výše uvedených smluv řadou změn, a to v návaznosti na legislativní změny, elektronizaci procesů správních řízení či nutnost napojení IS MOSS na základní registry. Dále zadavatel doplnil, že IS MOSS je aplikační systém pro vedení správních řízení zadavatele a vyřizování dokumentů v elektronickém spisu, přičemž jeho prostřednictvím jsou zabezpečovány klíčové agendy zadavatele. Dle zadavatele by absence servisní podpory IS MOSS znamenala významné ohrožení jeho činností spojených s výkonem státní správy.
26. Posouzení, zda v daný okamžik existovaly důvody pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění, vycházelo dle zadavatele jak z právního posouzení výše uvedených smluvních dokumentů, tak z „Analýzy podmínek smluvního vztahu na centrální systém pro podporu agend ČTÚ“ (dále jen „analýza“), přičemž závěrem bylo konstatování, že IS MOSS je autorským dílem dle § 2 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „autorský zákon“), kdy realizace veřejné zakázky prostřednictvím jiné osoby není možná s ohledem na rozsah licenčních oprávnění zadavatele stanovený v čl. VII. odst. 4 smlouvy o dílo. Rovněž dle zadavatele nebylo možné předpokládat, že by vybraný uchazeč v budoucnu umožnil třetím osobám autorské dílo rozvíjet či do něj zasahovat, což vyplývalo z čestného prohlášení vybraného uchazeče ze dne 4. 12. 2015.
27. Z technického hlediska bylo závěrem výše zmíněné analýzy dle zadavatele rovněž konstatování, že technické řešení IS MOSS je postaveno proprietárně a nevyužívá obecný framework jako jsou například systémy DMS nebo BPM, jež by byly schopné agendu zadavatele adekvátním způsobem podporovat, přičemž není žádný jiný dodavatel efektivně schopen stávající řešení převzít. Změna dodavatele nebo řešení by totiž znamenala nutnost vynaložit vysoké náklady.
28. Plnění veřejné zakázky jiným dodavatelem, tj. vytvoření nového informačního systému, k němuž by měl zadavatel licenční práva v rozsahu umožňujícím jeho správu a případný rozvoj prostřednictvím osoby odlišné od vybraného uchazeče, nebylo dle zadavatele vhodné z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti vynakládání veřejných prostředků. Zadavatel má za to, že by vytvoření a dokončení takového informačního systému znamenalo značnou časovou i finanční investici. IS MOSS byl zároveň předmětem úprav v rámci dvou

projektů financovaných z operačního programu IOP, jež podléhaly požadavku na zajištění pětileté udržitelnosti projektu.

29. Dle názoru zadavatele možnost zajištění provozu IS MOSS dle čl. VII. odst. 5 smlouvy o dílo nebyla v rozhodný okamžik objektivně realizovatelná, jelikož zadavatel oproti svému původnímu předpokladu nedisponoval zaměstnanci, kteří by byli schopni odborně zajistit provoz, resp. případný rozvoj IS MOSS v souladu s technickými požadavky na tento systém (např. SLA parametry).
30. Zadavatel dospěl k názoru, že v daný okamžik existovaly důvody pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění a v souladu s usnesením vlády ze dne 10. dubna 2013 č. 246 o zrušení usnesení vlády ze dne 22. února 2010 č. 158, o opatřeních při zadávání veřejných zakázek, a uložení povinností v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek na základě výjimek a významných veřejných zakázek, předložil podklady a zdůvodnění svého postupu k projednání v pracovní skupině Rady vlády pro informační společnost (dále jen „RVIS“) pro jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž na základě jejího doporučení vydalo předsednictvo RVIS souhlasné stanovisko.
31. Zadavatel rovněž uvedl, že s vybraným uchazečem projednal v rámci jednacímho řízení bez uveřejnění k veřejné zakázce možnost úpravy rozsahu licenčních práv zadavatele k IS MOSS, přičemž výsledkem bylo oproti předchozímu období sjednání možnosti zadavatele užít ve specifických případech, tj. nečinnost či konkurz vybraného uchazeče, zdrojové kódy ke správě či rozvoji IS MOSS, a to i prostřednictvím třetích osob. Současně si zadavatel vyhradil právo vyzvat vybraného uchazeče k jednání o možnosti poskytnutí práva užít IS MOSS prostřednictvím třetích osob, nicméně dle názoru zadavatele nelze reálně přepokládat, že by vybraný uchazeč byl zadavateli ochoten poskytnout licenční práva v rozsahu nezbytném k zajištění podpory a případného rozvoje IS MOSS prostřednictvím třetích osob.
32. K prokázání výše uvedených skutečností zadavatel navrhuje k provedení důkazů mandátní smlouvu ze dne 23. 3. 2006 se společností GORDION, s.r.o., výzvu k jednání ze dne 13. 6. 2006, nabídku dodavatele ze dne 20. 6. 2006, čestné prohlášení vybraného uchazeče ze dne 4. 12. 2015 a zápis č. 2 ze zasedání předsednictva RVIS ze dne 1. 2. 2016.
33. Zadavatel má jednoznačně za to, že z důvodu existujících autorských práv k IS MOSS jakožto autorskému dílu dle § 2 autorského zákona, objektivně neexistoval více než jeden dodavatel schopný splnit veřejnou zakázku. Vzniklá exkluzivita vybraného uchazeče nebyla dle zadavatele samoúčelná, neboť zadavatel se při zadávání původní veřejné zakázky aktivně snažil zajistit licenční práva v rozsahu, který by mu umožnil provozovat IS MOSS.
34. Závěrem zadavatel uvedl, že v případě zadání veřejné zakázky má za to, že byly naplněny materiální podmínky ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. existovaly objektivní důvody pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění a zadáním veřejné zakázky nedošlo ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Další průběh správního řízení

35. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-21097/2017/542/PKn ze dne 26. 7. 2017 určil zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí.

36. Dne 27. 7. 2017 obdržel Úřad od zadavatele žádost z téhož dne o prodloužení lhůty stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-21097/2017/542/PKn ze dne 26. 7. 2017 do dne 9. 8. 2017. Dne 28. 7. 2017 bylo zástupci zadavatele Mgr. Ondřeji Zemandlovi na základě pověření ze dne 27. 7. 2017 umožněno nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0244/2017/VZ.
37. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-22228/2017/542/PKn ze dne 1. 8. 2017 určil zadavateli novou lhůtu, ve které byl oprávněn vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí, a to s ohledem na založení nových podkladů pro vydání rozhodnutí do správního spisu.
38. Dne 2. 8. 2017 obdržel Úřad od zadavatele žádost z téhož dne o prodloužení lhůty stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-22228/2017/542/PKn ze dne 1. 8. 2017 do dne 25. 8. 2017. Dne 3. 8. 2017 bylo zástupci zadavatele Mgr. Ondřeji Zemandlovi na základě pověření ze dne 27. 7. 2017 umožněno nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0244/2017/VZ.
39. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-22429/2017/542/PKn ze dne 3. 8. 2017 prodloužil zadavateli lhůtu stanovenou usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-22228/2017/542/PKn, ve které byl oprávněn vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí, a to do 9. 8. 2017.

Vyjádření zadavatele ze dne 9. 8. 2017

40. Dne 9. 8. 2017 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel zopakoval argumenty uvedené již ve vyjádření ze dne 14. 7. 2017, přičemž zadavatel nadále trvá na tom, že v případě zadání veřejné zakázky byly naplněny materiální podmínky § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. existovaly objektivní důvody pro užití jednacím řízení bez uveřejnění a zadáním veřejné zakázky nedošlo ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Zadavatel dále ve vyjádření navrhl k prokázání jím tvrzených skutečností smlouvu o dílo, smlouvu o servisní podpoře č. 2008/01 ze dne 20. 2. 2008, smlouvu o servisní podpoře č. CTU_68/12 ze dne 24. 2. 2012, analýzu, vyjádření zadavatele ze dne 14. 7. 2017 a zprávu o projednání materiálu RVIS ze dne 4. 2. 2016.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 25. 8. 2017

41. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-24996/2017/542/PKn ze dne 25. 8. 2017 (dále jen „původní rozhodnutí“) ve výroku I. rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil sám zadavatel v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření smlouvy o dílo a zároveň zadavatel neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 18. 3. 2016 s vybraným uchazečem servisní smlouvu na veřejnou zakázku.
42. Výrokem II. původního rozhodnutí Úřad zadavateli uložil za spáchaný správní delikt podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 300 000,- Kč.

43. Proti původnímu rozhodnutí podal zadavatel dne 11. 9. 2017 rozklad, který Úřad obdržel téhož dne.

Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 12. 12. 2017

44. Předseda Úřadu po projednání rozkladu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0144/2017/VZ-36171/2017/300/PSe ze dne 12. 12. 2017 (dále jen „druhostupňové rozhodnutí“) zrušil podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu původní rozhodnutí a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
45. Předseda Úřadu v rámci druhostupňového rozhodnutí dospěl k závěru, že Úřad tím, že v řízení, jež předcházelo vydání původního rozhodnutí, neprovedl jako důkaz předmětnou analýzu a přitom z obsahu jejího bodu 6.1.2 „Riziko“ vyvodil konkrétní přitěžující okolnost pro určení výměry pokuty, zatížil původní rozhodnutí rozporem s požadavky ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu, v důsledku čehož je původní rozhodnutí v rozporu s právním předpisem.
46. K tvrzené nicotnosti původního rozhodnutí předseda Úřadu v odůvodnění druhostupňového rozhodnutí uvedl, že původní rozhodnutí Úřad vydal v řízení, jež bylo zahájeno dne 26. 6. 2017, tedy již v době účinnosti zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), která nastala dne 1. 10. 2016. Úřad měl tak nepochybně v době zahájení tohoto správního řízení účinným ustanovením § 248 odst. 3 ZZVZ založenu kompetenci k projednávání přestupků podle ZZVZ a k ukládání pokut za jejich spáchání. Za nepochybnou byla též shledána skutečnost, že dispozice ustanovení § 274 odst. 1 písm. a) ZZVZ zakládá Úřadu nutnost, resp. povinnost, aby Úřad postupoval podle zákona č. 137/2006 Sb. v těch řízeních o správních deliktech, která byla zahájena po dni nabytí účinnosti ZZVZ, a která se týkají zadávání veřejných zakázek podle zákona č. 137/2006 Sb. Zákonodárce tak v dispozici tohoto přechodného ustanovení zachoval příslušnost Úřadu mimo jiné právě pro ty případy, mezi něž spadá i vedení tohoto správního řízení o přestupku zadavatele.
47. Předseda Úřadu rovněž podotkl, že „postup podle zákona č. 137/2006 Sb.“ není jen postupem podle některých jeho vybraných částí, nýbrž podle zákona jako celku (v příslušném znění). Součástí zákona č. 137/2006 Sb. tvoří i jeho ustanovení § 121 odst. 4, podle kterého správní delikty podle tohoto zákona v prvním stupni projednává Úřad.
48. Příslušnost Úřadu k vedení předmětného správního řízení není založena pouze podle ustanovení § 121 odst. 4 již zrušeného zákona č. 137/2006 Sb., ale společně s působením právní úpravy účinného přechodného ustanovení § 274 odst. 1 písm. a) ZZVZ. Předseda Úřadu proto na základě uvedených důvodů nepovažuje postup Úřadu při zahájení a vedení předmětného správního řízení za nezákonný a původní rozhodnutí nepovažuje za nicotné.
49. V rámci hodnocení přezkoumatelnosti původního rozhodnutí předseda Úřadu odkázal na judikaturu Krajského soudu v Brně, konkrétně na rozsudek č. j. 121/2016 – 196, dle kterého „*pouze přezkoumatelné rozhodnutí je způsobilé být předmětem hodnocení z hlediska tvrzených nezákonností či vad předcházejícího řízení*“. Pro výklad pojmu nepřezkoumatelnosti se rovněž odkazuje na judikaturu Nejvyššího správního soudu a to především na rozsudek č. j. 6 Ads 280/2015 – 40 ze dne 4. 5. 2016 a dále na rozsudek č. j. 2 Ads 58/2003 – 75 ze dne 4. 12. 2003, č. j. 3 As 88/2016 ze dne 31. 10. 2017

a č. j. 4 Azs 155/2017 – 21 ze dne 3. 11. 2017. Vzhledem k tomu, že uvedená judikatura hovoří o přezkoumatelnosti v rámci soudních rozhodnutí, předseda Úřadu dodal, že její přímá aplikovatelnost na přezkum správních rozhodnutí je dána ustanovením § 76 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů, resp. požadavky § 68 odst. 3 správního řádu.

50. Z původního rozhodnutí i ze spisu předmětného správního řízení je dle předsedy Úřadu zřejmé, že zadavatel hájil ve svých vyjádřeních svůj postup při zadání veřejné zakázky, resp. své předcházející právní posouzení smluvních vztahů založených smlouvou o dílo a následně uzavíraných smluv o servisní podpoře, opakovaně, a to ve svých vyjádřeních ze dne 14. 7. 2017 a ze dne 9. 8. 2017. Zadavatel přitom pokaždé navrhoval jako důkaz mj. i analýzu, podporující jeho tvrzení, že důvody pro použití jednacního řízení bez uveřejnění existovaly i v době zadání veřejné zakázky.
51. Úřad následně v bodě 92. odůvodnění původního rozhodnutí uvedl, jak se s výše uvedenými návrhy důkazů ze strany zadavatele vypořádal. Předmětná analýza patřila mezi navržené důkazy, jež Úřad ve správním řízení předcházejícím vydání původního rozhodnutí neprovedl, neboť ji nepovažoval za potřebnou ke zjištění stavu věci správního řízení. Konkrétně uvedl, že *„s výjimkou smlouvy o dílo zbývající důkazy neprovedl, neboť je rovněž nepovažoval za potřebné ke zjištění stavu věci. Úřad má za to, že ze zajištěných podkladů, které jsou zařazeny ve správním spise, a k nimž měl zadavatel možnost se vyjádřit, byl v souladu s ustanovením § 3 správního řádu zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti.“*
52. Zároveň však Úřad v bodě 106. odůvodnění původního rozhodnutí při přihlížení ke způsobu, resp. okolnostem, za kterých měl být správní delikt spáchán, uvedl, že *„spáchání deliktu bylo způsobeno nesprávným právním posouzením zadavatele, (...) a to i přesto, že zadavatel byl ohledně možného nezákonného postupu varován v analýze, a to konkrétně v bodu 6.1.2. „Riziko“, kde bylo uvedeno, že v případě kontroly veřejné zakázky postavené na § 23 odst. 4 písm. a) zákona, může kontrolní subjekt dojít k názoru, že využití tohoto paragrafu pro realizaci dalších veřejných zakázek formou jednacního řízení bez uveřejnění bylo neoprávněné. Zadavatel tak přes výše uvedené upozornění nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, přičemž dne 18. 3. 2016 uzavřel s vybraným uchazečem v rámci jednacního řízení bez uveřejnění servisní smlouvu na veřejnou zakázku.“*
53. Z obsahů bodů 92. a 106. odůvodnění původního rozhodnutí je zřejmý jejich rozpor, neboť Úřad na jedné straně uvádí, že v řízení předcházejícím vydání původního rozhodnutí obsah analýzy jako důkaz vůbec neprovedl a zároveň na straně druhé uvádí, že z konkrétního bodu analýzy dovodil způsob, resp. okolnosti, za kterých měl být správní delikt spáchán, což je důležité z hlediska rozhodování Úřadu o určení výměry pokuty ve smyslu § 121 odst. 2 zákona. Dle tohoto ustanovení se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlídnou k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
54. Z výše uvedeného dle předsedy Úřadu vyplývá, že Úřad na různých místech odůvodnění původního rozhodnutí vylíčil své úvahy, kterými se při vedení předmětného správního řízení řídil, a které jsou ve vzájemném rozporu. Není proto zřejmé, zda byl obsah analýzy coby důkaz v řízení proveden. Z důvodu nastalého rozporu, kdy Úřad na jednom místě odůvodnění původního rozhodnutí vylučuje obsah analýzy jako důkaz, avšak na druhém místě jím

opodstatňuje své dílčí závěry, není zřejmé, zda Úřad opřel své rozhodovací důvody výhradně o skutečnosti v předmětném správním řízení zjišťované, či nikoli.

55. Tím, že v odůvodnění původního rozhodnutí nejsou Úřadem konkretizovány důvody, pro něž nepovažuje zadavatelem navrhované důkazy za potřebné ke zjištění stavu věci, je narušována též přezkoumatelnost správnosti a zákonnosti původního rozhodnutí a zákonnosti řízení, jež jeho vydání předcházelo. Předseda Úřadu uvedl, že tato okolnost nemusí nutně svědčit o nezákonnosti postupu Úřadu v řízení, resp. o neúplnosti zjištění skutkového stavu věci, nicméně neosvětluje dostatečně vztah mezi (alespoň rámcovým) obsahem navrhovaných a neprovedených důkazů na straně jedné a jednotlivými aspekty stavu věci, které Úřad (eventuálně) zjistil na základě provedení jiných důkazů, než těch, které zadavatel navrhoval a které nebyly provedeny. K tomu předseda Úřadu rovněž dodal, že vysvětlení, proč nějaký navrhovaný důkaz nemá způsobilost jakkoli relevantně ovlivnit či změnit Úřadem zjištěný stav věci, posiluje záruky pro závěr, že původní rozhodnutí nebylo vydáno v důsledku libovůle.
56. K přezkoumatelnosti správnosti a zákonnosti původního rozhodnutí bylo ze strany předsedy Úřadu upozorněno též na skutečnost, že Úřad v žádné pasáži odůvodnění původního rozhodnutí explicitně neuvádí, jaký význam svým dílčím závěrům uvedeným v bodě 106. odůvodnění původního rozhodnutí přisoudil a zda mají představovat vyhodnocení okolnosti polehčující či přitěžující. Rovněž není alespoň rámcově zřejmé, zda k těmto dílčím závěrům Úřad při určení výměry pokuty přihlédl, resp. jak.
57. Na základě výše uvedených skutečností předseda Úřadu považuje původní rozhodnutí za nepřezkoumatelné, resp. v rozporu se zákonnými požadavky na obsah, které vyplývají z § 68 odst. 3 správního řádu.
58. K dalšímu postupu Úřadu po vrácení věci předseda Úřadu uvedl, že při novém projednání věci je Úřad povinen ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zohlednit závazné právní názory vyslovené v druhostupňovém rozhodnutí. Úřad především přezkoumatelným způsobem uvede, jak se vypořádal se všemi důkazními návrhy zadavatele, a pokud některé z nich neprovede, přezkoumatelně (a tedy jednoznačně) vysvětlí, proč tak neučinil zejména z pohledu nutného rozsahu i obsahu zjišťovaného stavu věci.
59. Rovněž je dle předsedy Úřadu třeba, aby po novém projednání věci bylo z přezkoumatelně (a tedy jednoznačně) provedeného dokazování zřejmé i to, zda a jaký význam měly jednotlivé důkazy provedené Úřadem při eventuálním určení výměry pokuty.
60. Jelikož předseda Úřadu v rámci přezkumu zákonnosti zjistil, že nastaly podmínky pro zrušení původního rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání pro nezákonnost spočívající v jeho nepřezkoumatelnosti, nebylo pro tuto vadu možné natož hospodárné přezkoumávat správnost původního rozhodnutí v rozsahu námitek rozkladu. Předseda Úřadu proto dále uvedl, že při novém projednání věci bude Úřad brát v úvahu taktéž obsah rozkladu jakožto součást spisu vedeného ve věci předmětného správního řízení.
61. Předseda Úřadu rovněž konstatoval, že pokud budou z rozkladu zřejmé argumenty zadavatele, které směřují k jeho obhajobě vůči obvinění odpovídajícímu věci předmětného správního řízení a se kterými se Úřad v dosavadním průběhu řízení nevypořádal, má Úřad

uvést v odůvodnění nově vydaného rozhodnutí i úvahy, kterými se bude při jejich hodnocení řídit.

62. Po zjištění, že původní rozhodnutí je v rozporu s požadavky § 68 odst. 3 správního řádu, dospěl předseda Úřadu k závěru, že jsou dány předpoklady § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu pro rozpor s právním předpisem, tedy že nastaly podmínky pro zrušení původního rozhodnutí a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Nové projednání věci Úřadem

63. Přípisem č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-37334/2017/542/VHu ze dne 21. 12. 2017 oznámil Úřad účastníkovi správního řízení, že poté, co bylo druhostupňovým rozhodnutím původní rozhodnutí zrušeno a věc mu byla vrácena k novému projednání, se ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0244/2017/VZ ve věci předmětné veřejné zakázky pokračuje.
64. Usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-37335/2017/542/VHu ze dne 21. 12. 2017 Úřad stanovil účastníkovi řízení lhůtu, v níž byl oprávněn navrhopat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
65. Dne 22. 12. 2017 obdržel Úřad žádost zadavatele z téhož dne o prodloužení lhůty stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-37335/2017/542/VHu ze dne 21. 12. 2017 do dne 10. 1. 2018.
66. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-37790/2017/542/VHu ze dne 27. 12. 2017 prodloužil zadavateli lhůtu určenou usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-37335/2017/542/VHu ze dne 21. 12. 2017 do dne 5. 1. 2018.

Vyjádření zadavatele ze dne 5. 1. 2018

67. Dne 5. 1. 2018 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne. Zadavatel v rámci svého vyjádření opětovně přednesl argumenty uvedené již ve vyjádření ze dne 14. 7. 2017, resp. 9. 8. 2017, přičemž se podrobněji vyjádřil k následujícím skutečnostem.
68. Zadavatel uvedl, že účelem původní veřejné zakázky bylo nahradit společným nástrojem jím užívané izolované aplikace, jež zajišťují podporu správních a vybraných provozních činností spojených s působností zadavatele, a to s cílem snížit náklady na provádění činností, týkající se obsluhy systému a zajištění konzistence dat, tj. zabezpečit efektivnější fungování stávajících agend zadavatele v rozsahu daném zákonem č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o elektronických komunikacích“), resp. zákonem č. 29/2000 Sb., o poštovních službách a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.
69. Původní předpoklad potřeb zadavatele byl dle jeho tvrzení zásadně ovlivněn skutečností, že potřeba jedné z klíčových funkcionalit IS MOSS, jež měla zajišťovat podstatnou část agendy účastnických sporů podle § 129 zákona o elektronických komunikacích, byla předpokládána pouze po přechodnou dobu, přičemž zadavatel vycházel z toho, že již v rámci legislativních příprav zákona o elektronických komunikacích v roce 2004 legislativní návrh tuto agendu z působnosti zadavatele odebíral. Přenesení agendy účastnických sporů ze zadavatele na obecné soudy ovšem bylo z návrhu zákona o elektronických komunikacích vypuštěno

s odůvodněním, že obecné soudy nejsou na přechod agendy dostatečně technicky a personálně připraveny.

70. Zadavatel konstatoval, že oprávněnost jeho předpokladu, kdy se v případě zajištění agendy účastnických sporů jednalo pouze o přechodnou potřebu zadavatele, je dle zadavatele možné doložit na faktu, že přípravy přenesení působnosti v oblasti agendy účastnických sporů pokračovaly a problematika byla opakovaně řešena vládou České republiky.
71. Zadavatel dále uvedl, že vzhledem k nemožnosti sjednat s vybraným uchazečem oprávnění zadavatele provádět zásahy a úpravy IS MOSS jakožto autorského díla prostřednictvím třetích osob, se dle zadavatele právo sjednané v čl. VII. odst. 5 smlouvy o dílo jevílo v dané chvíli jako dostatečný a hospodárný způsob řešení potřeb zadavatele za situace, kdy zadavatel předpokládal, že bude schopen zajistit odborníky, jež by v budoucnu zabezpečovali provoz či rozvoj IS MOSS. Tento předpoklad se dle zadavatele nicméně nepodařilo naplnit s ohledem na obecný problém získat kvalifikované IT odborníky (v oblasti IT se zadavatel obdobně jako další orgány státní správy potýká s problémy se získáváním kvalifikovaných odborníků), ale i složitost problematiky a nepředpokládaný rozsah potřeby úprav IS MOSS, jelikož v situaci, kdy nebyl přechod agendy rozhodování účastnických sporů ze zadavatele na obecné soudy legislativně dořešen, došlo k neočekávanému nárůstu předmětné agendy, která pro zadavatele znamenala zahlcení a částečné paralyzování jeho činnosti.
72. Dle zadavatele si tato na jeho vůli nezávislá situace vyžádala zásadní personální, organizační a administrativní opatření, která spočívala mj. v provedení nezbytných úprav IS MOSS, které nebylo možné při zadání původní veřejné zakázky předpokládat. Zadavatel dále uvedl, že za této situace byl za účelem zabezpečení provozu IS MOSS nucen s vybraným uchazečem uzavřít smlouvu o servisní podpoře č. 2008/01 ze dne 20. 2. 2008 a následně smlouvu o servisní podpoře č. CTU_68/12 ze dne 24. 2. 2012. V průběhu trvání předmětných smluv tak původní koncept IS MOSS doznal dle zadavatele řady změn, a to v souvislosti s dramatickým nárůstem agendy rozhodování účastnických sporů, ale i průběžných legislativních změn, které znamenaly rozšiřující působnost zadavatele, postupnou elektronizaci procesů správních řízení či napojení IS MOSS na základní registry. Vzhledem k výše uvedenému má zadavatel za to, že při zadávání původní veřejné zakázky nemohl předpokládat další rozvoj IS MOSS a vědomě tak nezpůsobil autorskoprávní exkluzivitu vybraného uchazeče.
73. V rámci posuzování naplnění objektivních podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění v případě veřejné zakázky, zadavatel uvedl, že posuzoval věc i z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, a to ve smyslu rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 11. ledna 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53, ze kterého dle zadavatele vyplývá, že postup zadavatele z hlediska srovnání nákladů na realizaci zakázky stávajícím a jiným dodavatelem je zcela relevantní. Zadavatel má za to, že s ohledem na závěry analýzy by řešení s využitím jiného dodavatele znamenalo nutnost vytvoření nového informačního systému nebo rozšíření licenčních oprávnění k IS MOSS tak, aby mohl veřejnou zakázku plnit i jiný dodavatel, přičemž první varianta byla v souladu se závěry analýzy zadavatelem odmítnuta jako neekonomická, jelikož by znamenala vynaložení dalších nákladů na duplikaci stávajícího IS MOSS. Zadavatel dále uvedl, že současně bylo možno vyloučit možnost případných budoucích úspor při zajištění provozu

systému, jelikož ze závěrů analýzy rovněž vyplynulo, že služby podpory IS MOSS jsou poskytovány za ceny, které odpovídají obvyklé hladině cen za poskytování srovnatelných služeb, tj. obvyklému procentu objemu investic, přičemž je zde nutné zahrnout náklady na uskutečněný rozvoj IS MOSS, nikoliv pouze hodnotu původní veřejné zakázky. Druhá z variant pak dle zadavatele nebyla reálná z toho důvodu, že vybraný uchazeč bez dalšího neumožnil provádění změn třetími osobami.

74. Zadavatel má tedy za to, že stav exkluzivity vybraného uchazeče byl způsoben objektivními okolnostmi mimo sféru vlivu zadavatele, kdy zadavatel oproti původnímu předpokladu dočasné potřeby nebyl následně schopen zajistit podporu IS MOSS za pomoci vlastních sil, jelikož objektivně nedisponoval nezbytnými odborníky a zásah do IS MOSS vlastními silami by znamenal ohrožení systému. Dle zadavatele je nutné také reflektovat, že následné úpravy IS MOSS nebylo s ohledem na dobu jeho vzniku a okolnosti možné předvídat, resp. že zadavatel takové následné plnění nemohl předpokládat.
75. Závěrem zadavatel konstatoval, že dle jeho názoru nemůže příslušnost Úřadu k vedení předmětného správního řízení a rozhodnutí ve věci založit zákon, který již byl zrušen, tj. zákon č. 137/2006 Sb. Zadavatel má za to, že příslušnost Úřadu je stanovena ustanovením § 274 ZZVZ, podle něhož však Úřad správní řízení v předmětné věci nezahájil. Dle zadavatele je na správní řízení nutno nahlížet tak, že je vedeno nepřislušným správním orgánem a rozhodnutí v něm vydané je nicotné ve smyslu § 77 správního řádu. Zadavatel na základě výše uvedeného navrhuje, aby bylo předmětné správní řízení ze strany Úřadu ukončeno.
76. Zadavatel uvedl, že v případě, kdy Úřad správní řízení neukončí a bude se věcí zabývat meritorně, navrhuje k prokázání výše uvedených skutečností provedení důkazů, a to materiál Ministerstva informatiky, čj. MI 1168/2003 63, dále usnesení vlády České republiky ze dne 9. listopadu 2011 č. 815 k Analýze současného stavu problematiky účastnických sporů podle zákona o elektronických komunikacích, jejichž předmětem je peněžité plnění, včetně dopadů případného přenesení této agendy na soudy, dále usnesení vlády České republiky ze dne 3. července 2013 č. 528 k Informaci o současném kritickém stavu problematiky účastnických sporů podle zákona o elektronických komunikacích, jejichž předmětem je peněžité plnění včetně dopadů na Český telekomunikační úřad, dále materiál k usnesení vlády České republiky ze dne 9. listopadu 2011 č. 815 – Analýza současného stavu problematiky účastnických sporů podle zákona o elektronických komunikacích, jejichž předmětem je peněžité plnění, včetně dopadů případného přenesení této agendy na soudy, dále usnesení vlády České republiky ze dne 21. září 2016 č. 827, o nařízení vlády, kterým se mění nařízení vlády č. 304/2014 Sb., o platových poměrech státních zaměstnanců, dále usnesení vlády České republiky ze dne 11. 4. 2016 č. 314 k řešení účastnických sporů o peněžité plnění v oblasti elektronických komunikací a servisní smlouvu, a to společně s důkazy uvedenými ve vyjádření ze dne 14. 7. 2017, 9. 8. 2017 a dokumenty poskytnutými v rámci přípisu ze dne 13. 3. 2017.
77. Na závěr zadavatel navrhl, aby v případě meritorního projednání věci Úřad správní řízení zastavil, neboť dle názoru zadavatele nedošlo ke spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Další průběh správního řízení

78. Dne 22. 1. 2018 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-01797/2018/542/PKn, kterým zadavateli dle § 39 odst. 1 správního řádu určil lhůtu k vyjádření k podkladům rozhodnutí dle § 36 odst. 3 správního řádu.
79. Dne 24. 1. 2018 bylo zástupci zadavatele Mgr. Ondřeji Zemandlovi na základě pověření ze dne 27. 7. 2017 umožněno nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0244/2017/VZ.
80. Dne 29. 1. 2018 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel zopakoval argumenty uvedené již ve vyjádření ze dne 5. 1. 2018, přičemž zadavatel nadále trvá na tom, že v případě zadání veřejné zakázky byly naplněny materiální podmínky § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. existovaly objektivní důvody pro užití jednacního řízení bez uveřejnění a zadáním veřejné zakázky nedošlo ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
81. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-04625/2018/542/PKn ze dne 14. 2. 2018 určil zadavateli novou lhůtu, ve které byl oprávněn vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí, a to s ohledem na rozšíření soupisu podkladů, který je součástí záznamu do spisu o shromáždění podkladů pro vydání rozhodnutí dle § 50 správního řádu, o nové položky.
82. Dne 15. 2. 2018 obdržel Úřad od zadavatele žádost z téhož dne o prodloužení lhůty stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-04625/2018/542/PKn ze dne 14. 2. 2018 do dne 26. 2. 2018. Úřad přípisem č. j. ÚOHS-S0244/2017/VZ-04946/2018/542/PKn ze dne 16. 2. 2018 nevyhověl žádosti zadavatele ze dne 15. 2. 2018 o prodloužení lhůty pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí. Dne 19. 2. 2018 bylo zástupci zadavatele Mgr. Ondřeji Zemandlovi na základě pověření ze dne 27. 7. 2017 umožněno nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0244/2017/VZ.
83. Dne 21. 2. 2018 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel zopakoval argumenty uvedené již ve svých předchozích vyjádřeních, přičemž zdůraznil, že trvá na návrzích na provedení dokazování a žádá o provedení všech důkazů, které navrhl v rámci vyjádření ze dne 5. 1. 2018 a 29. 1. 2018. Zadavatel rovněž nadále trvá na tom, že v případě zadání veřejné zakázky byly naplněny materiální podmínky § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. existovaly objektivní důvody pro užití jednacního řízení bez uveřejnění a zadáním veřejné zakázky nedošlo ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

84. Úřad na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ znovu přezkoumal ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o šetřené veřejné zakázce, smlouvy o dílo na původní veřejnou zakázku, vyjádření předložených účastníkem řízení, vlastních zjištění a při zohlednění závěrů druhostupňového rozhodnutí konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému novému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení zadavatele

85. V šetřeném případě se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda je splněn předpoklad stanovený v § 2 odst. 1 zákona, tedy určením, do které kategorie zadavatelů konkretizovaných v předmětném ustanovení zákona zadavatel náleží.
86. Podle § 2 odst. 2 písm. a) zákona je veřejným zadavatelem Česká republika.
87. Z ustanovení § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku České republiky“), vyplývá, že organizační složkami státu jsou ministerstva a jiné správní úřady státu.
88. Zadavatel byl zřízen zákonem č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, přičemž podle § 3 odst. 1 citovaného zákona je zadavatel ústředním správním úřadem pro výkon státní správy ve věcech stanovených tímto zákonem.
89. Zadavatel, tj. Český telekomunikační úřad, jakožto organizační složka státu podle § 3 odst. 1 zákona o majetku České republiky, tedy organizační složka České republiky, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) zákona.

Relevantní ustanovení zákona

90. Podle § 21 odst. 1 zákona upravuje zákon tyto druhy zadávacích řízení
 - a) otevřené řízení (§ 27),
 - b) užší řízení (§ 28),
 - c) jednací řízení s uveřejněním (§ 29),
 - d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34),
 - e) soutěžní dialog (§ 35),
 - f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38).
91. V souladu s § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a § 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.
92. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
93. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
94. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odstavce 1 písm. a), c) nebo d).

K výroku I. tohoto rozhodnutí

95. Úřad nejprve v obecné rovině k jednacímú řízení bez uveřejnění uvádí, že tento druh zadávacího řízení představuje zcela mimořádný způsob zadání veřejné zakázky, který obvykle vylučuje hospodářskou soutěž, coby základní cíl zákona o veřejných zakázkách. V souvislosti s použitím jednacího řízení bez uveřejnění Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 29 Af 65/2012 ze dne 29. 5. 2014, ve kterém soud uvedl, že *„použití jednacího řízení bez uveřejnění je vázáno na splnění zákonem přesně stanovených podmínek (§ 23 zákona), aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Jednací řízení je oproti ostatním druhům zadávacího řízení podstatně méně formalizované. Procedura zaměřená na dosažení pro zadavatele co nejpříznivější shody na podmínkách plnění, jež se promítne v konečném znění smlouvy, se fakticky blíží ‚běžným‘ kontraktačním pravidlům obchodních smluv. Přestože i v rámci tohoto druhu zadávacího řízení je třeba trvat na dodržení zásad plynoucích z § 6 zákona, je třeba jednací řízení bez uveřejnění pojímat jako nejméně transparentní způsob zadání veřejné zakázky, čemuž odpovídá jeho omezená použitelnost.“*.
96. Jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 zákona. V šetřeném případě směřuje argumentace zadavatele k použití ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. možnost splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem z důvodu ochrany výhradních práv.
97. Aplikace uvedeného § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. O použití příslušného druhu zadávacího řízení rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Je na zadavateli, aby prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. K posouzení existence, jež vede k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem.
98. Úřad dále uvádí, že při použití jednacího řízení bez uveřejnění musí být splněny všechny zákonné podmínky, kterými je jeho použití podmíněno. Ačkoliv informace o naplnění zákonných podmínek nemusí být součástí dokumentace o zadání veřejné zakázky, nezbavuje to zadavatele povinnosti prokázat oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění.
99. S ohledem na výše uvedené musí zadavatel v každém (jednotlivém) případě pečlivě zvážit, zda může být jednací řízení bez uveřejnění použito, resp. zda jsou dány důvody, které zadavatele k tomuto postupu opravňují. Zadavatel je současně povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která jej vedla k aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná.
100. Úřad v této souvislosti odkazuje na rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004, kde bylo konstatováno, že ustanovení směrnice

o možném použití jednacích řízení bez uveřejnění „*musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 18. května 1995, Komise v. Itálie, C-57/94, Recueil, s. I-1249, bod 23, a ze dne 28. března 1996, Komise v. Německo, C-318/94, Recueil, s. I-1949, bod 13).*“.

101. Z výše uvedeného vyplývá, že je zcela na zadavateli, aby doložil, že jednacích řízení bez uveřejnění bylo v okamžiku zahájení zadávání veřejné zakázky jedinou možnou variantou, a že předmět takto zadané zakázky nemohl být zadán v jiném druhu zadávacího řízení, které je oproti jednacím řízením bez uveřejnění z podstaty transparentnější. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě správních deliktů leží na správním orgánu, který musí zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na zadavatele. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě zadavatel, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, kde soud uvedl, že smyslem daného řízení (tedy správního řízení před Úřadem ve věci posouzení oprávněnosti použití jednacích řízení bez uveřejnění) bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacích řízení bez uveřejnění.
102. Z písemné zprávy zadavatele ze dne 23. 3. 2016, stejně jako z vyjádření zadavatele ze dne 14. 7. 2017 a z čl. II.8) oddílu II.B. Oznámení předběžných informací ve Věstníku veřejných zakázek vyplývá, že důvodem pro užití jednacích řízení bez uveřejnění k zadání veřejné zakázky byla ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona existence výhradních práv na straně vybraného uchazeče, neboť tento je výhradním vlastníkem autorských práv k IS MOSS a jako jediný má i přístup ke zdrojovým kódům. Zadavatel tedy dovozuje, že z důvodu existujících autorských práv vybraného uchazeče k IS MOSS, jakožto autorskému dílu, vznikl právní stav, kdy objektivně neexistoval více než jeden dodavatel schopný splnit předmět plnění veřejné zakázky.
103. K tomu Úřad dodává, že konkrétně při použití jednacích řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, lze na základě judikatury správních soudů dovozovat, že by neměl být „stav exkluzivity“, tj. existence jediného možného dodavatele schopného splnit předmět veřejné zakázky, vytvořen zadavatelem, přesněji řečeno, zadavatel by měl vynaložit veškeré úsilí k tomu, aby tomuto stavu exkluzivity, pokud lze jeho vznik důvodně předvídat, předešel a nemělo by se jednat pouze o jeho „nešikovnost“. Jak ostatně uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53 „*jednacích řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.*“.
104. K existenci objektivních důvodů pro použití jednacích řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv v případě veřejné zakázky Úřad konstatuje, že je nutné vycházet především

z obsahu smlouvy o dílo uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem v rámci původní veřejné zakázky, na kterou navazují smlouvy o servisní podpoře č. 2008/01 ze dne 20. 2. 2008, č. CTU_68/12 ze dne 24. 2. 2012 a servisní smlouva.

105. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 14. 7. 2017 konstatoval, že v rámci smlouvy o dílo došlo mezi zadavatelem a vybraným uchazečem ke sjednání rozsahu práv zadavatele užívat IS MOSS jakožto autorské dílo dle § 2 autorského zákona.
106. Z čl. VII. bodu 2 smlouvy o dílo vyplývá, že k části plnění vybraného uchazeče, která bude mít charakter autorského díla vybraného uchazeče, poskytne vybraný uchazeč zadavateli právo k užívání tohoto díla a veškerých jeho součástí na dobu časově neomezenou (neurčitou), přičemž co do množství rozsahu bude počet uživatelů licencí neomezený (multilicence). Z prostorového hlediska budou licence omezeny na všechna pracoviště zadavatele v České republice.
107. Čl. VII. bodu 4 smlouvy o dílo stanoví, že vybraný uchazeč na zadavatele převádí jen práva výslovně uvedená v tomto článku a zadavatel se zavazuje zdržet se zejména následujících jednání: dílo nebo jeho části (resp. jeho zdrojový kód) bez předchozího písemného souhlasu vybraného uchazeče jakkoliv měnit či upravovat vyjma uživatelského nastavení běžného při instalaci, re-instalaci a rutinní práci s dílem, dílo nebo jeho části bez předchozího písemného souhlasu vybraného uchazeče dále šířit či převádět na třetí osoby, ať už za odměnu nebo bezplatně, dílo nebo jeho části bez předchozího písemného souhlasu vybraného uchazeče využívat pro vytváření samostatných aplikací či samostatných funkčních celků, manuál nebo jeho části bez předchozího písemného souhlasu vybraného uchazeče dále šířit a kopírovat pro jiné než vlastní potřeby.
108. S ohledem na výše uvedené ve vztahu k ochraně autorských práv Úřad konstatuje, že v rámci původní veřejné zakázky bylo vytvořeno autorské dílo, přičemž autorská práva k němu náležela výlučně vybranému uchazeči, který tak byl výhradním vlastníkem autorských práv k IS MOSS.
109. Zadavatel rovněž ve vyjádření ze dne 14. 7. 2017 uvedl, že se snažil v rámci smlouvy o dílo na původní veřejnou zakázku vyjednat s vybraným uchazečem co nejširší rozsah práv autorské dílo užit, neboť se zadavateli nepodařilo s vybraným uchazečem sjednat oprávnění provádět zásahy a úpravy do IS MOSS prostřednictvím třetích osob, což vyplývalo z výše uvedeného čl. VII. bodu 4 smlouvy o dílo. Výsledkem bylo v čl. VII. bodu 5 smlouvy o dílo sjednání oprávnění zadavatele po uplynutí záruční doby (tj. cca od roku 2010) po písemném oznámení vybranému uchazeči zasahovat do zdrojových kódů díla (viz bod 7. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
110. K tomuto Úřad uvádí, že z rozsudku SDEU ze dne 2. 5. 2012 ve věci C-406/10, kde se SDEU zabýval rozsahem autorskoprávní ochrany k počítačovým programům dle čl. 1 odst. 2 směrnice č. 91/250/EHS (jež je svým obsahem totožný se zněním čl. 1 odst. 2 směrnice č. 2009/24/ES, o právní ochraně počítačových programů), vyplývá, že formami vyjádření počítačového programu, jimž přísluší autorskoprávní ochrana počítačových programů, jsou zdrojový a strojový kód počítačového programu. Z uvedeného tedy lze vyvodit, že autorská práva k počítačovému programu chrání právě jeho zdrojový, případně strojový kód.

111. Jak zadavatel ve svém vyjádření ze dne 14. 7. 2017 dále uvedl, právo zasahovat po uplynutí záruční doby do zdrojových kódů díla se jevílo jako hospodárný způsob řešení potřeb zadavatele za situace, kdy zadavatel počítal s tím, že bude schopen zajistit odborníky, kteří by v budoucnu zabezpečovali provoz či rozvoj IS MOSS.
112. Nad rámec vyjádření ze dne 14. 7. 2017, zadavatel ve svém vyjádření ze dne 5. 1. 2018 (a rovněž v rozkladu ze dne 11. 9. 2017) k předpokladu možnosti samostatně zasahovat po uplynutí záruční doby do zdrojových kódů IS MOSS za pomoci svých vlastních odborníků, namítl, že účelem původní veřejné zakázky bylo nahradit společným nástrojem jím užívané izolované aplikace, jež zajišťují podporu správních a vybraných provozních činností zadavatele. Tento původní předpoklad potřeb však zásadně ovlivnila skutečnost, že potřeba jedné z klíčových funkcionalit IS MOSS, jež měla zajišťovat podstatnou část agendy účastnických sporů podle § 129 zákona o elektronických komunikacích, byla zadavatelem předpokládána pouze po přechodnou dobu, přičemž zadavatel vycházel z toho, že již v rámci legislativních příprav zákona o elektronických komunikacích v roce 2004 legislativní návrh tuto agendu z působnosti zadavatele odebíral. Přenesení agendy ze zadavatele na obecné soudy bylo nicméně z návrhu zákona vypuštěno z důvodu personální a technické nepřipravenosti obecných soudů, přičemž přípravy přenesení působnosti nadále pokračovaly a zadavatel nemohl relevantně předpokládat, že původní předpoklady nebudou naplněny. Za situace, kdy nebyl přechod agendy rozhodování účastnických sporů ze zadavatele na obecné soudy legislativně dořešen, došlo k neočekávanému nárůstu předmětné agendy, která pro zadavatele znamenala zahlcení a částečné paralyzování jeho činnosti, přičemž se původní předpoklad zadavatele zasahovat do zdrojových kódů IS MOSS vlastními silami, tj. za pomoci svých odborníků nepodařilo naplnit vzhledem k problému získat dostatek kvalifikovaných IT odborníků. Zadavatel dále namítl, že si tato na jeho vůli nezávislá situace vyžádala zásadní personální, organizační a administrativní opatření, která spočívala mj. v provedení nezbytných úprav IS MOSS, které nebylo možné při zadání původní veřejné zakázky předpokládat. Za účelem zabezpečení provozu IS MOSS byl zadavatel dle svých slov nucen uzavřít s vybraným uchazečem smlouvu o servisní podpoře č. 2008/01 ze dne 20. 2. 2008 a č. CTU_68/12 ze dne 24. 2. 2012. K uvedenému Úřad konstatuje následující.
113. Jak vyplývá z bodu 110. odůvodnění tohoto rozhodnutí, je to právě zdrojový kód, který chrání autorská práva autora k počítačovému programu. S ohledem na tuto skutečnost má Úřad za to, že možnost zadavatele zasahovat do zdrojových kódů IS MOSS po uplynutí záruční doby ve svém důsledku přispěla k rozvolnění autorskoprávní ochrany k dílu, tj. IS MOSS ve vztahu k zadavateli. Přestože si je Úřad vědom skutečnosti, že na základě čestného prohlášení vybraného uchazeče ze dne 4. 12. 2015 vybraný uchazeč neposkytl a ani nemá v úmyslu poskytnout práva k zajištění podpory a provozu IS MOSS třetím osobám, které by mohly zasahovat do autorského díla, je nutné akcentovat skutečnost, že zadavatel svými vlastními silami, resp. samostatně mohl za situace popsané v bodě 109., resp. v bodě 7. odůvodnění tohoto rozhodnutí zasahovat do zdrojových kódů díla. S ohledem na výše uvedené lze jednoznačně konstatovat, že vybraný uchazeč v době po uplynutí záruční doby nebyl jedinou osobou, jež byla oprávněna k zásahům do zdrojových kódů IS MOSS jakožto autorského díla. Úřad tedy uzavírá, že zadavatel byl oprávněn zasahovat do zdrojových kódů IS MOSS, nicméně i přes tuto skutečnost se rozhodl servisní podporu IS MOSS poptávat externě, tj. prostřednictvím vybraného uchazeče. Jak již Úřad dovodil výše, a potvrzuje to i čestné prohlášení ze dne 4. 12. 2015, byla jakákoli možnost zadat předmět plnění veřejné

zakázky třetí osobě z hlediska ochrany výhradních práv vyloučena. V daném případě tedy nastala situace, kdy přestože vybraný uchazeč nebyl jedinou osobou, jež byla oprávněna zasahovat do zdrojových kódů, nelze říci, že by se vzhledem k účelu zákona nejednalo o stav exkluzivity vybraného uchazeče ve smyslu možné soutěže o předmět plnění veřejné zakázky. V tomto kontextu je tedy možno učinit závěr, že se v daném případě jedná o vztah exkluzivity, který byl vytvořen samotným zadavatelem.

114. Úřad uvádí, že existenci podmínek, na základě nichž lze postupovat v jednacím řízení bez uveřejnění, nesmí zadavatel zavinit sám svým předchozím jednáním. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, který přinesl odpověď na otázku, zda skutečnost, že zadavatel stav exkluzivity způsobil sám, je či není při posouzení naplnění podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona relevantní (viz bod 103. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Nejvyšší správní soud také odkázal na dřívější rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 3/2002-75 ze dne 5. 11. 2002, v němž soud konstatoval, že okolnosti, které by mohly odůvodňovat postup, kdy zadavatel osloví jednoho konkrétního zájemce, by nemohly vycházet ze stavu, kdy si zadavatel nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až bylo právně obtížné nebo nemožné je změnit, dovolával se postupu dle daného ustanovení zákona.
115. Úřad na tomto místě konstatuje, že pokud zadavatel rozvolnil autorskoprávní ochranu k IS MOSS pouze vůči své osobě (viz bod 109. odůvodnění tohoto rozhodnutí), jelikož dle svých tvrzení předpokládal zajištění servisní podpory IS MOSS vlastními kapacitami, tj. kvalifikovanými IT odborníky, vědomě tak svým postupem nastavil právní prostředí neumožňující další soutěž o předmět plnění veřejné zakázky, resp. podstoupil riziko, že se mu nepodaří následně očekávaného stavu dosáhnout.
116. Na výše uvedeném ničeho nezmění ani námitka zadavatele týkající se průběžných legislativních změn v oblasti rozhodování účastnických sporů dle § 129 zákona o elektronických komunikacích a s tím související neočekávaný nárůst předmětné agendy účastnických sporů, která pro zadavatele znamenala zahlcení a částečné paralyzování jeho činnosti. Právní stav, o kterém zadavatel hovoří, tzn. legislativní procesy vedoucí k vyřešení přenosu působnosti agendy účastnických sporů ze zadavatele na obecné soudy, trval natolik dlouhou dobu (od roku 2004, kdy návrh zákona o elektronických komunikacích agendu z působnosti zadavatele odebíral až do roku 2016, kdy byla otázka s konečnou platností vyřešena), že zadavatel mohl důvodně předpokládat, že k vyřešení dané situace v krátkém časovém horizontu nemusí dojít a agenda účastnických sporů ze zadavatele na obecné soudy nepřejde, resp. že agenda zadavateli nebude odňata. Dle názoru Úřadu obhajoba zadavatele uvedená v bodě 112. odůvodnění tohoto rozhodnutí směřuje ke krokům zadavatele souvisejících s původní veřejnou zakázkou, na jejíž plnění uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo, a nikoliv s potřebou zajištění služeb servisní podpory IS MOSS. Úřad má za to, že legislativní změny v oblasti agendy účastnických sporů nemají přímou souvislost s předmětem plnění servisní smlouvy, neboť tím je dle jejího čl. 3. „Předmět smlouvy“ zajištění provozu a údržby podporovaných systémů a operačního systému, odstranění záručních a pozáručních vad podporovaných systémů, zajištění provozu Hotline a Helpdesk, uživatelská podpora systémů na úrovni L1, L2 a L3, provádění provozních úprav podporovaných systémů, konzultace a školení zaměstnanců a součinnost při migraci dat.

Narůstající agenda účastnických sporů v důsledku níž došlo k zahlcení činnosti zadavatele, tedy neměla přímý vliv na předmět a charakter šetřené servisní smlouvy.

117. Dále tvrzení zadavatele, že se mu nepodařilo naplnit původní předpoklad zasahovat do zdrojových kódů IS MOSS vlastními silami, tj. za pomoci svých IT odborníků vzhledem k obecnému problému získat do státních institucí kvalifikované IT odborníky, je dle názoru Úřadu nutné přičíst k tíži zadavatele, neboť se nelze spokojit s pouhým obecným konstatováním, že je problém získat pro sektor veřejné správy kvalifikované IT odborníky a odkázat na stav po přijetí zákona č. 234/2014 Sb., o státní službě, ve znění pozdějších předpisů. Řešením nastalé situace, kdy nebyl přechod agendy rozhodování účastnických sporů ze zadavatele na obecné soudy legislativně vyřešen, přičemž zároveň došlo k neočekávanému nárůstu této agendy u zadavatele a zadavatel nebyl dle svého tvrzení schopen získat dostatečný počet IT odborníků, tak nicméně nemohl být postup v jednacím řízení bez uveřejnění, jelikož autorskoprávní omezení vytvořil zadavatel sám svým vlastním dřívějším postupem. K tomuto Úřad uvádí následující.
118. Jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze v případě důvodu ochrany výhradních práv využít pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele, kdy tato neexistence však stojí na objektivních základech a není důsledkem vlastní činnosti zadavatele (spočívající např. v předchozím uzavření smluv či nezajištění nezbytných práv). Úřad konstatuje, že zadavatel musí při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky (na základě které požizuje určité plnění) posoudit potřebu budoucích (navazujících) plnění a v případě existence takové potřeby uzavřít smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli a umožní realizovat tato předpokládaná navazující plnění bez využití jednacím řízení bez uveřejnění, např. tedy umožní plnění zadat v otevřenějších typech zadávacích řízení. V opačném případě by totiž zadavatel byl s budoucím užitím jednacím řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky (a takové jednací řízení bez uveřejnění by pak bylo logicky nezákonné).
119. Úřad v této souvislosti dále uvádí, že s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013) je třeba od tohoto zaviněného vytvoření stavu exkluzivity odlišovat situaci, kdy zadavatel budoucí plnění předpokládat nemohl a uzavřel smlouvu zakládající exkluzivitu jednoho dodavatele, tj. situaci, kdy by uzavření smlouvy v jiném znění, tj. např. při požadavcích na širší licenční oprávnění, bylo dle aktuálně dostupných vědomostí zadavatele nevhodné (přičemž až následně vyplyne, že uzavření smlouvy zakládající exkluzivitu bylo, vzhledem ke vzniku potřeby zadat následné plnění, řešením „nešikovným“); zásadní rozdíl je v tom, že vzniklý stav není zadavatelem zaviněný.
120. Nejvyšší správní soud dále zdůraznil, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážit, *„zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný“*, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky, přičemž dle rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015: *„citované argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného ‚zavinění‘ půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem, kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadání navazujících zakázek“*.

121. Z výše uvedeného vyplývá, že aby bylo možno konstatovat, že zadavatel, který svým jednáním při zadávání původní veřejné zakázky vytvořil exkluzivní postavení dodavatele původní veřejné zakázky, postupoval pouze „nešikovně“, muselo by v daném případě dojít k tomu, že zadavatel „*prokazatelně neměl vědomí o tom, že v budoucnu vznikne potřeba zadat další veřejné zakázky*“ (rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015).
122. S ohledem na předmět plnění veřejné zakázky pak Úřad považuje za důležité odkázat na závěry vyplývající z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 93/2015 ze dne 1. 6. 2017, v němž byla řešena skutkově obdobná problematika, přičemž v daném případě dospěl soud k výše dovozené premise, že důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění nesmí být způsobeny samotným zadavatelem.
123. K námitce zadavatele týkající se nepřiléhavosti soudní judikatury na předmětný případ, Úřad podotýká, že tato není oprávněná, neboť zadavatel si s vybraným uchazečem výslovně v čl. X. bodu 5 smlouvy o dílo sjednal, že se vybraný uchazeč zavazuje uzavřít se zadavatelem na základě výzvy zadavatele servisní smlouvu o podpoře provozu díla. Z uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel si již v době pořízení IS MOSS byl vědom budoucí potřeby zabezpečení jeho servisní podpory.
124. S ohledem na skutečnost, že IS MOSS je aplikační systém pro vedení správních řízení zadavatele a vyřizování dokumentů v elektronickém spisu, musel si být zadavatel vědom toho, že poskytování servisní podpory IS MOSS bude vyžadováno v delším časovém horizontu. Samotná potřeba systémové podpory vyplývá *ipso facto* ze samotné povahy aplikací a informačních systémů. K povaze systému se vyjádřil i předseda Úřadu v rozhodnutí R74,75/2011/VZ-17614/2011/310-ASc ze dne 9. 11. 2011, ve kterém konstatoval: „*Zadruhé k této problematice uvádím poněkud obiter dictum, že autorskoprávní ochrana počítačových programů má zvláštní povahu. V případech, kdy je počítačový program zhotovován na zakázku právníkou osobou, sice nese většinu nákladů objednatel, a přesto ve smyslu autorského zákona majetková práva vykonává dle současné autorskoprávní úpravy zhotovitel, a tedy je právně problematické provádět změny počítačového programu bez výslovného ujednání se zhotovitelem. Nelze se však v současné době vyhnout nutnosti přizpůsobení funkcionality počítačového programu do budoucna, tj. možnosti jeho změn a úprav, neboť na rozdíl od autorských děl jsou počítačové programy ze své podstaty dynamickými systémy. Touto úvahou se proto musí řídit každý zadavatel a mít ji na paměti při uzavírání smluv na dodávky a provoz informačních systémů.*“. Vzhledem k uvedenému nelze tvrdit, že zadavatel nemohl předvídat případnou nutnost uzavřít dodatečně smluvní ujednání navazující na předmět plnění veřejné zakázky.
125. Úřad k tomuto uvádí, že zadavatel si s vybraným uchazečem explicitně v čl. X. bodu 5 smlouvy o dílo, tj. původní smlouvy, sjednal, že se **vybraný uchazeč zavazuje uzavřít se zadavatelem na základě výzvy zadavatele servisní smlouvu o podpoře provozu díla**, přičemž roční cena za služby v rámci plnění této smlouvy bude stanovena procentní sazbou z celkové ceny díla obvyklou v místě plnění dle dohodnutého věcného plnění a úrovně služeb. Z uvedeného nepochybně vyplývá, že již smlouva o dílo, na základě které byl IS MOSS vytvořen a zadavateli dodán, obsahovala ve svém čl. X. bodu 5 výslovné smluvní ujednání ohledně budoucí potřeby zadavatele požadovat servis a podporu díla. Zadavatel si v době pořizování IS MOSS tak byl vědom potřeby zabezpečení jeho servisní podpory, resp. potřeby

případného uzavření servisních smluv o podpoře provozu díla. V kontextu čl. X. bodu 6 smlouvy o dílo (viz bod 9. odůvodnění tohoto rozhodnutí) je pak zřejmé, že smluvní podmínky smlouvy o dílo byly nastaveny tak, že buď zadavatel využije své právo zasahovat do zdrojových kódů a vybraný uchazeč nebude povinen zajistit servisní služby, nebo naopak zadavatel toto své právo nevyužije a v tom případě budou servisní služby zajištěny ze strany vybraného uchazeče. Je tedy evidentní, že plnění servisních služeb vlastními kapacitami ze strany zadavatele nebylo při uzavření smlouvy o dílo jediným zamýšleným výsledným stavem, se kterým byl zadavatel plně srozuměn a který předpokládal. Zadavatel tedy počítal i se situací, že bude servisní služby na podporu provozu díla poptávat externě. Nicméně licenční podmínky ve vztahu k třetím osobám stejným způsobem jako ke své osobě nerozvolnil. V této souvislosti Úřad taktéž konstatuje, že předmět plnění vyplývající ze „závazku“ podle čl. X. bodu 5 smlouvy o dílo na zajištění podpory provozu díla nebyl součástí předmětu plnění původní veřejné zakázky a taktéž nebyly podmínky tohoto plnění jednoznačně vymezeny, aby mohly být prohlášeny za určitou vyhrazenou změnu závazku, proto je nutné pohlížet na předmět tohoto plnění jako na samostatnou veřejnou zakázku, která měla být zadána v odpovídajícím zadávacím řízení.

126. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že již v rámci původní veřejné zakázky zadavatel vytvořil právní stav, v jehož důsledku nebylo možné externě plnit předmět veřejné zakázky osobou odlišnou od vybraného uchazeče, přičemž zadavatel tímto skutkovým stavem zdůvodňoval použití jednacích řízení bez uveřejnění. Úřad k tomuto uvádí, že zadavatel následně před uzavřením servisní smlouvy uzavřel celkem 2 smlouvy o servisní podpoře, a to s dobou určitou na 4 roky (celkem tedy 8 let). V době uzavření servisní smlouvy, tj. v roce 2016, si zadavatel byl vědom skutečnosti, že nebyl v předchozích osmi letech schopen tuto činnost zajišťovat vlastními silami, nelze mít tedy za to, že daná situace by byla z hlediska zadavatele jakkoli nepředvídatelná, přesto však na základě jednacích řízení bez uveřejnění zadal předmět plnění veřejné zakázky vybranému uchazeči, přičemž se odkazoval na stav exkluzivity vytvořený ve smlouvě o dílo.
127. Úřad považuje za vhodné zdůraznit, že důvody ochrany výhradních práv byly vytvořeny a následně dlouhodobě udržovány samotným zadavatelem, a to prostřednictvím smluv o servisní podpoře uzavřených v letech 2008 a 2012, které vyvstaly z právního stavu vytvořeného zadavatelem v důsledku jeho předchozího vědomého postupu při uzavření smlouvy o dílo na původní veřejnou zakázku. K tomu Úřad uvádí, že zadavatel měl v průběhu mnoha let možnost reagovat na absenci vlastních kapacit k zajištění podpory provozu díla a takovýto stav napravit sjednáním nových smluvních ujednání, která by odstranila právní omezení pro třetí osoby, či případně zahájit jiný otevřenější druh zadávacího řízení na zcela novou veřejnou zakázku, nicméně nemohl postupovat tak, že předmět plnění veřejné zakázky zadal v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči s odkazem na ochranu výhradních práv, kdy stav exkluzivity – nezajištění nezbytných práv provádět zásahy a úpravy IS MOSS prostřednictvím třetích osob, byl důsledkem jeho vlastní činnosti. Zadavatel tedy dlouhodobě udržoval stav autorskoprávní exkluzivity na straně vybraného uchazeče, přičemž aktivní kroky k jeho nápravě nepodnikl, resp. se tento stav nesnažil změnit. Jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 1 As 256/2015 ze dne 12. 5. 2016, na nějž ve svém rozsudku ve věci sp. zn. 62 Af 93/2015 ze dne 1. 6. 2017 odkázal Krajský soud v Brně, pokud zadavatel zvolil řešení, kdy veřejnou zakázku nelze zadat jinému subjektu než vybranému

uchazeči, musel si být zadavatel vědom omezení, které pro něj z takového postupu vyplývá, tedy následné nemožnosti zadat navazující veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.

128. K argumentu zadavatele, ohledně zvýšených nákladů na vytvoření nového informačního systému Úřad uvádí, že otázka hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků je sice důležitá, nikoliv však nadřazená otevřené soutěži mezi dodavateli a zadavatel jí nemůže bez dalšího ospravedlňovat použití jednacím řízení bez uveřejnění. Úřad v této souvislosti primárně odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015, ve kterém soud uvedl: „že sama zásada hospodárnosti, nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacím řízení bez uveřejnění zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže.“. Z uvedeného vyplývá, že nelze akceptovat takový postup zadavatele, při kterém by ve jménu zásady hospodárnosti docházelo k diskriminaci určitého okruhu uchazečů a omezování hospodářské soutěže. Obdobný závěr pak vyplývá z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř ze dne 29. 9. 2016, v jehož rámci předseda Úřadu mimo jiné konstatoval, že „snaha zadavatele být *„dobrým hospodářem“* je zcela souladná s obecnými principy ovládající jeho hospodaření s veřejnými finančními prostředky, avšak zcela neudržitelná jako opora pro použití jednacím řízení bez uveřejnění.“. Ekonomická stránka předmětné zakázky sama o sobě tedy nemůže být důvodem pro využití jednacím řízení bez uveřejnění, jelikož jakkoli odborně provedená analýza či odborný posudek, nemůže plnohodnotně nahradit chování dodavatelů na volném trhu. Ekonomická výhodnost a časová úspora nejsou zákonem předjímané důvody, které legitimizují použití jednacím řízení bez uveřejnění. Samotná existence těchto důvodů, resp. to, zda postup zadavatele vycházel ze snahy dosáhnout ekonomicky hospodárnějšího postupu, samo o sobě nedokládá souladnost postupu zadavatele se zákonem, neboť ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, na jehož aplikaci se zadavatel odvolává, zadavatele opravňuje k použití jednacím řízení bez uveřejnění pouze v případě exkluzivity vybraného uchazeče ve vztahu k realizaci plnění veřejné zakázky z technických, uměleckých důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu.
129. Výše uvedené závěry je pak nutné vztáhnout i na nyní šetřený případ, ve kterém je rozhodné především udržování stavu exkluzivity vedoucí k nepřipustnému omezení hospodářské soutěže. K předmětné problematice Úřad obecně uzavírá, že zásadu hospodárnosti nelze upřednostňovat před zásadou transparentnosti a zákazem diskriminace, respektive před postupem souladným se zákonem.
130. Argument Úřadu, že se zadavatel v průběhu uplynulých let nepokusil úmyslně vytvořený stav autorskoprávní exkluzivity odstranit (viz bod 127. odůvodnění tohoto rozhodnutí), považuje zadavatel za nesprávný. Zadavatel namítl, že v rámci zadání předmětné veřejné zakázky sjednal širší rozsah licenčních oprávnění, jež umožňují podporu IS MOSS prostřednictvím třetích osob alespoň v konkrétních situacích, kdy by byla ohrožena možnost poskytování podpory IS MOSS ze strany vybraného uchazeče (prohlášení konkurzu). K tomuto Úřad uvádí, že zadavatel v čl. 15 servisní smlouvy takový závazek sjednal, nicméně k tomu došlo až v roce 2016, kdy zadavatel uzavřel v pořadí již třetí smlouvu o servisní podpoře IS MOSS. V předchozích osmi letech, kdy byly uzavřeny celkem dvě smlouvy o servisní podpoře, však

zadavatel tento stav exkluzivity vybraného uchazeče udržoval a žádným způsobem se ho nepokusil odstranit.

131. Dle zadavatele je rovněž nesprávný závěr Úřadu, že sjednání širšího rozsahu licenčních oprávnění umožňující servisní podporu IS MOSS prostřednictvím třetích osob, dokládá bez dalšího schopnost převzetí podpory IS MOSS subjektem odlišným od vybraného uchazeče. Úřad k tomu podotýká, že na základě čl. 15 servisní smlouvy došlo k rozvolnění autorskoprávní ochrany vybraného uchazeče k IS MOSS s tím, že Úřad zároveň konstatoval, že předmět plnění veřejné zakázky spočívající v zajištění servisní podpory IS MOSS mohly či mohou být schopny (za situací uvedených v čl. 15 servisní smlouvy) realizovat i třetí osoby. To však neznamená, že tyto osoby jsou schopny bez dalšího tuto podporu převzít (převzetí by však bylo možné například s vynaložením určitých nákladů, nicméně tato eventualita jednoznačně nezpůsobuje nemožnost poskytnutí plnění ze strany třetích osob, tak jak zadavatel v tomto ustanovení předpokládá).
132. S ohledem na uvedené je nutno dospět k závěru, že pro posouzení toho, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, je nutno zohlednit, že v situaci, kdy jej ve vztahu k třetím osobám limitovaly autorsko-právní ujednání s vybraným uchazečem, se zadavatel neocitl nepředvídatelně, neboť při uzavírání smlouvy o dílo si musel být vědom toho, že v případě, kdy zajištění servisní podpory IS MOSS, jakožto dle čl. X. bodu 5 smlouvy o dílo předpokládané budoucí plnění, nebude schopen realizovat vlastními silami, nelze s ohledem na smluvní podmínky ve smlouvě o dílo, resp. s ohledem na právní stav vytvořený zadavatelem, umožnit soutěž o předmět plnění veřejné zakázky, tj. o služby servisní podpory IS MOSS.
133. Úřad dodává, že postup zadavatele je nevyhnutelným důsledkem jeho předchozího postupu, kdy si zadavatel musel být vědom, že svým jednáním v případě budoucího zadání externích služeb servisní podpory IS MOSS vytváří podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění pro případ, kdyby požadoval další plnění od externího dodavatele.
134. Citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013 dále uvádí, že „není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy by musel veřejnou zakázku přidělit pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách“ a následně doplňuje, že se zadavatel „nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento stav exkluzivity vytvořil“, což potvrzuje závěr Úřadu, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když postupoval tak, že zadal veřejnou zakázku s odkazem na existenci výhradního práva vybranému uchazeči.
135. K existenci technických důvodů odůvodňujících užití jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel namítl, že tyto nebyl povinen dokazovat, jelikož oprávněnost použití jednacím řízení bez uveřejnění primárně zdůvodnil a doložil existencí výhradních práv vybraného uchazeče k IS MOSS. Úřad k tomuto uvádí, že přestože se sice zadavatel v průběhu zadávacím řízení ani následně v písemné zprávě neodkázal na jiné než autorskoprávní důvody vedoucí k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, v bodu 1) „Přílohy D1 – Obecné zakázky“ Oznámení o zadání zakázky, uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek

pod ev. č. 60001910, následně uvedl, že služby mohou být poskytovány pouze konkrétním dodavatelem z důvodů, které jsou technické a spojené s ochranou výhradních práv. Rovněž ve vyjádření ze dne 14. 7. 2017, 9. 8. 2017 a 5. 1. 2018 konstatoval, že závěrem analýzy bylo, že z technických důvodů není žádný jiný dodavatel efektivně schopen převzít stávající řešení bez nutnosti vynaložit vysoké náklady. Dále zadavatel v rozkladu namítl, že Úřad k nastolení otázky existence technických důvodů měly dovést právě závěry uvedené v analýze, ze kterých rovněž vyplynulo, že z technického hlediska je technické řešení IS MOSS postaveno proprietárně, nevyužívá obecný framework jako jsou například systémy DMS nebo BPM, které by byly schopné agendu zadavatele adekvátním způsobem podporovat.

136. Jelikož je z výše uvedeného zřejmé, že zadavatel poukázal i na existenci technických důvodů odůvodňujících užití jednacního řízení bez uveřejnění, Úřad se rovněž zabýval otázkou, zda zadavatel prokázal, že v době zadání veřejné zakázky formou jednacního řízení bez uveřejnění existovaly technické důvody, jež by vedly k faktické nemožnosti plnění veřejné zakázky jiným dodavatelem, díky čemuž by došlo k naplnění podmínek stanovených v § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Námitka zadavatele, že nebyl povinen tyto důvody dokazovat, když oprávněnost jednacního řízení bez uveřejnění primárně zdůvodnil existencí výhradních práv, není oprávněná.
137. K šetřené servisní smlouvě Úřad uvádí, že si zadavatel s vybraným uchazečem v čl. 15 servisní smlouvy sjednal závazek poskytnout zadavateli přístup ke zdrojovým kódům a programové dokumentaci s tím, že pokud nastane vada kategorie A (nečinnost) či konkurz vybraného uchazeče, může tyto zadavatel bez dalšího využít ke správě či rozvoji IS MOSS, a to i prostřednictvím třetí osoby. Současně si zadavatel vyhradil právo vyzvat vybraného uchazeče k jednání o možnosti poskytnutí práva užít IS MOSS rovněž prostřednictvím třetích osob.
138. Na základě čl. 15 servisní smlouvy tak došlo k rozvolnění autorskoprávní ochrany vybraného uchazeče k IS MOSS. Z uvedeného tedy vyplývá, že předmět plnění veřejné zakázky spočívající v zajištění servisní podpory IS MOSS, mohly/mohou být schopny za výše popsaných situací realizovat i subjekty odlišné od vybraného uchazeče. Pokud by totiž skutečně z technických důvodů nemohlo dojít k plnění předmětu veřejné zakázky nikým jiným než vybraným uchazečem, pak by postup zadavatele týkající se sjednání přístupu ke zdrojovým kódům a programové dokumentaci včetně práva do nich zasahovat samostatně i prostřednictvím třetích osob postrádal jakýkoli smysl.
139. Navíc konstatování zadavatele, že z technických důvodů není žádný jiný dodavatel **efektivně** schopen převzít stávající řešení, dle názoru Úřadu neznámá, že by nebylo možné předmět plnění veřejné zakázky realizovat jiným dodavatelem, resp. že by to bylo vyloučeno. Úřad uvádí, že zadavatel nijak nedoložil, tj. neprokával (viz bod 135. odůvodnění tohoto rozhodnutí), že by nebyl žádný jiný dodavatel kromě vybraného uchazeče schopen převzít stávající řešení, jak vyplývá např. z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 93/2015 ze dne 1. 6. 2017, v němž je uvedeno, že zadavatel „*musí podrobně vysvětlit, proč rozhodně nelze v daném případě z konkrétních důvodů zadat tuto zakázku jinému dodavateli, a proč je tedy objektivně naprosto nezbytné zadat ji právě tomu dodavateli, jemuž byly zadány předchozí zakázky, a proč takovému stavu zadavatel nemohl předejít (obdobně předešlým závěry rozsudku Soudního dvora EU ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02 Komise proti Itálii).*“.

Je přitom na zadavateli, aby prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění (viz bod 101. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

140. Zadavatel rovněž neuvedl, jaké konkrétní skutečnosti technického rázu v souvislosti s fungováním informačního systému omezují v realizaci předmětu plnění šetřené veřejné zakázky jiné dodavatele než vybraného uchazeče a jaké technické problémy by byly spojené s realizací předmětu plnění šetřené veřejné zakázky jiným dodavatelem, přičemž tyto skutečnosti nevyplývají ani z dokumentace o veřejné zakázce, resp. z podkladů, které zadavatel Úřadu předložil. Pro použití jednacího řízení bez uveřejnění však nepostačuje formálně se dovolávat technických důvodů, které nejsou podloženy konkrétními podmínkami. V této souvislosti Úřad rovněž odmítá tvrzení zadavatele, že k nastolení otázky existence technických důvodů měly Úřad dovést závěry konstatované v analýze. Úřad na tomto místě opětovně poznamenává, že zadavatel musí v řízení před Úřadem prokázat, že z technického hlediska opravdu neexistoval v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky. Nelze se spokojit pouze s obecným odkazem na závěry v dokumentu, tj. analýze, z nichž by měl Úřad dle názoru zadavatele vyvodit existenci technických důvodů pro užití jednacího řízení bez uveřejnění. Zadavatel má povinnost uvést konkrétní důkazy na podporu svých tvrzení, ze kterých bude jasně vyplývat oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění.
141. Úřad tak vzhledem k výše uvedenému a vzhledem k tomu, že zadavatel vyjma odkazu na pouhé konstatování ve výše uvedené analýze, která sama v kapitole 6 „Zjištění a doporučení“ uvádí, že zadavatel musí nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, zda objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky, dospěl k závěru, že technické důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění nebyly zadavatelem doloženy a zadavatel tak neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť svá tvrzení nijak nedoložil.
142. K námitce, že Úřad zadavatele nejpozději v usnesení k vyjádření se k podkladům pro rozhodnutí nepoučil o povinnosti unést důkazní břemeno ve vztahu k prokázání existence technických důvodů, když takové důvody zkoumal, Úřad konstatuje, že ze zákona ani jiného právního předpisu nevyplývá povinnost Úřadu o tomto zadavatele v průběhu správního řízení jakkoli poučovat. Je to právě zadavatel, který má doložit oprávněnost svého postupu v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž musí unést důkazní břemeno ohledně prokázání existence důvodů pro jeho použití. V tomto ohledu Úřad odkazuje na soudní judikaturu, ze které vyplývá, že prokázání důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění je plně na zadavateli, který by měl být schopen objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení doložit již před zahájením zadávacího řízení (k tomu srov. např. závěry vyplývající z rozsudků Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 3. 1987, C-199/85 Komise Evropských společenství proti Italské republice, či z rozsudku ze dne 28. 3. 1996, C-318/94 Komise Evropských společenství proti Spolkové republice Německo), a tyto důvody by měly trvat po celou dobu trvání jednání s dodavatelem. V této souvislosti je rovněž možné odkázat na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C385/02 ze dne 14. 9. 2004, v němž Soudní dvůr konstatoval, že ustanovení o možném použití jednacího řízení bez uveřejnění „*musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává [...]*“ (viz články

č. 19 a č. 20 rozsudku). Z této premisy dále vychází i konstantní tuzemská judikatura, ze které je možno odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3. 10. 2013, kde soud k použití jednacího řízení bez uveřejnění uvádí, že „*použití jednacího řízení bez uveřejnění [je] jednou z výjimek z jinak povinného použití ‚otevřenějších‘ zadávacích řízení – zásadně řízení otevřeného podle § 21 odst. 1 písm. a) ZVZ... Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění, jak plyne z rozsudku Soudního dvora ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02 (Komise proti Itálii). Přestože se v této věci Soudní dvůr nevyjadřoval ke stavu skutkově totožnému, jaký je ve věci právě posuzované, plyne z něj, že ustanovení (směrnic), která umožňují výjimky z pravidel zadávání veřejných zakázek (a za takovou výjimku v dané věci Soudní dvůr považoval právě ‚odklon‘ od přísnějšího postupu formou jednání bez uveřejnění), musí být vykládána restriktivně, přitom **důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává (tj. zadavatel).** [...] *Potřebou restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění není tedy třeba se dále podrobněji zabývat; toto obecné východisko žalovaného je oprávněné*“ (pozn. – zvýraznění textu provedeno Úřadem). Úřad v této souvislosti v dalším odkazuje na rozsudky Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015 a sp. zn. 62 Af 93/2015 ze dne 1. 6. 2017 a na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, v němž bylo explicitně uvedeno, že „*smyslem daného řízení (pozn. – tj. řízení vedeného před Úřadem ve věci oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění příslušným zadavatelem) bylo posouzení toho, **zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění.***“ (pozn. – zvýraznění textu provedeno Úřadem).*

143. Ze shora řečeného je tak zřejmé, že důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na zadavateli, jehož povinností je, aby doložil, že pro zadání předmětné veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění byly prokazatelně splněny všechny podmínky předvídané v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
144. K argumentu zadavatele, že odůvodnění plnění veřejné zakázky zásadami hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti nesměřovalo k vlastnímu odůvodnění použití jednacího řízení bez uveřejnění, ale bylo použito ve smyslu rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 11. ledna 2013, č. j. 5 Afs 42/2012, podle něhož je relevantní postup zadavatele z hlediska srovnání nákladů na realizaci zakázky stávajícím a jiným dodavatelem, Úřad uvádí následující.
145. Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku konstatoval, že: „*na otázku týkající se existence výhradních práv nutně navazuje otázka, kterou si zadavatel musí položit, a to relevantní ekonomické stránky zakázky, tj. srovnání nákladů na realizaci zakázky stávajícím a jiným dodavatelem. Protože cílem zákona je zejména zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelovosti nakládání s veřejnými prostředky, musí zadavatel dbát na to, aby veřejné zadávání se uskutečnilo za podmínek hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí. Zadavatel si musí zjistit a ověřit, zda, než použije jednací řízení bez uveřejnění, u kterého se upřednostňují jiné zájmy spíše než transparentní a hospodárné zadání veřejné zakázky, nelze existenci výhradních práv za splnění podmínky ekonomické výhodnosti nepoužít nebo rozšířit tak, aby se již nejednalo o práva výhradní.*“ Úřad k této argumentaci uvádí, že z novější rozhodovací činnosti soudů vztahující se k této problematice již jednoznačně vyplývá,

že zásadu hospodárnosti (ekonomické výhodnosti) nelze upřednostňovat před zásadou transparentnosti a zákazu diskriminace, resp. postupem souladným se zákonem.

146. Ekonomická výhodnost proto nemůže převážit nad zákonným postupem, jak konstatoval Krajský soud v Brně v již dříve citovaném svém rozhodnutí č. j. 62 Af 112/2013 – 131 ze dne 15. 10. 2015, ve kterém uvedl, že *„sama zásada hospodárnosti, nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacímho řízení bez uveřejnění zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže.“*. K obdobnému závěru došel Krajský soud v Brně i v rozsudku č. j. 62 Af 93/2015 – 357 ze dne 1. 6. 2017, ve kterém uvedl, že *„je již bezpředmětnou otázkou, k jaké situaci posléze zvolený postup vedl a zda byl či nebyl hospodárnější, neboť to nemůže mít vliv na zbavení se odpovědnosti za to, že žalobce postupoval v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by pro to byly splněny zákonné podmínky. Obstát nemůže ani tvrzení ohledně ekonomické výhodnosti žalobcem zvoleného postupu, neboť zásada hospodárnosti nemůže mít aplikační přednost před přísně stanovenými podmínkami pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění. Také Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku ve věci sp. zn. 1 As 256/2015 uvedl, že žalobce „...měl za situace, kdy se o zakázku ucházel jediný subjekt, přinejmenším dvě legální cesty. Mohl postupovat buď způsobem, který navrhl krajský soud, tedy zadávací řízení zrušit a vypsat je poté případně znovu s určitými modifikacemi tak, aby je otevřel širšímu okruhu potenciálních uchazečů. Nebo mohl postupovat tak, jak postupoval, tedy zadávací řízení nezrušit a přistoupit na licenční podmínky společnosti HAGUESS, a.s. Při zvolení této varianty si však musel být vědom omezení, které pro něj z takového postupu vyplývá, tedy následné nemožnosti zadat navazující zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, a podle toho dále jednat...Žalobce ...si zvolil třetí, nelegální variantu, v rámci níž přistoupil na omezující licenční podmínky jediného uchazeče a zároveň následné zakázky zadával v jednacím řízení bez uveřejnění tomuto jedinému uchazeči. Takový postup byl však v rozporu se zákonem...“*.
147. Bez ohledu na skutečnost, že nelze odůvodňovat použití jednacímho řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona ekonomickou výhodností, je dále otázkou, zda je pravdivá argumentace zadavatele, že by vytvoření nového informačního systému se stejnými funkcionalitami, k němuž by měl zadavatel licenční práva v rozsahu umožňujícím jeho správu a rozvoj prostřednictvím třetí osoby, nebylo vhodné z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti vynakládání veřejných prostředků, když ze zjištění Úřadu vyplývá, že cena původního díla, tj. IS MOSS byla dle čl. II.2.1) Oznámení o zadání zakázky 17 495 000,- Kč bez DPH a jeho následný servis, resp. cena servisní smlouvy měla činit dle čl. V.4) Oznámení o zadání zakázky 14 169 850,- Kč bez DPH. Servisní smlouvě přitom předcházely další dvě smlouvy o technické podpoře, přičemž souhrnná cena za servisní služby dodaného systému převýšila náklady na jeho pořízení. Jestliže zadavatel namítá, že mu není zřejmé, z čeho tento závěr Úřadu vychází, Úřad konstatuje, že jej učinil na základě předmětných smluv o servisní podpoře IS MOSS, jež byly Úřadem jako důkaz provedeny (viz bod 150. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Pokud zadavatel dále argumentuje tím, že z analýzy vyplývá, že hodnota servisní podpory IS MOSS tvoří jen obvyklé procento objemu investic, uvádí Úřad následující.
148. Z bodu 6.1.1. „Zjištění“ analýzy vyplývá skutečnost, že se zadavatel nachází v situaci, která vykazuje charakteristické znaky závislosti na vybraném uchazeči, přičemž exkluzivita

vybraného uchazeče má vliv na dlouhodobé posilování jeho dominantní pozice. Z tohoto důvodu je dle názoru Úřadu výrazným způsobem ovlivněna možnost jednání zadavatele o smluvních podmínkách servisní podpory IS MOSS, kdy hodnota servisní podpory IS MOSS v konečném důsledku nemusí odpovídat běžným nákladům, kterých by bylo docíleno skrze otevřenou hospodářskou soutěž. Otázka, zda by náklady za uvedení smluvních vztahů do stavu, který by nebyl zatížen autorskoprávním omezením ve vztahu k zajištění služeb servisní podpory, nepředstavovaly hospodárnější řešení, než udržování zadavatelem vytvořeného stavu exkluzivity vybraného uchazeče, kdy nelze ověřit výhodnost nacenění servisních služeb ze strany tohoto uchazeče, jelikož tyto nebyly podrobeny žádné konkurenční soutěži, je tedy nadále relevantní.

149. S ohledem na závěry uvedené v druhostupňovém rozhodnutí týkající se dalšího postupu Úřadu v souvislosti s vypořádáním se s důkazními návrhy zadavatele, Úřad k tomuto konstatuje následující. Ve svém vyjádření ze dne 14. 7. 2017 navrhl zadavatel k prokázání tvrzených skutečností provedení důkazů, a to mandátní smlouvu ze dne 23. 3. 2006 se společností GORDION, s.r.o., výzvu k jednání ze dne 13. 6. 2006, nabídku dodavatele ze dne 20. 6. 2006, čestné prohlášení vybraného uchazeče ze dne 4. 12. 2015 a zápis č. 2 ze zasedání předsednictva RVIS ze dne 1. 2. 2016. Nad rámec výše uvedených důkazů zadavatel ve vyjádření ze dne 9. 8. 2017 navrhl k prokázání jím tvrzených skutečností smlouvu o dílo, smlouvu o servisní podpoře č. 2008/01 ze dne 20. 2. 2008, smlouvu o servisní podpoře č. CTU_68/12 ze dne 24. 2. 2012, Analýzu podmínek smluvního vztahu na centrální systém pro podporu agendy ČTÚ, vyjádření zadavatele ze dne 14. 7. 2017 a zprávu o projednání materiálu RVIS ze dne 4. 2. 2016. Dále zadavatel ve vyjádření ze dne 5. 1. 2018 navrhl k prokázání tvrzených skutečností k provedení důkazů materiál Ministerstva informatiky, čj. MI 1168/2003 63, usnesení vlády České republiky ze dne 9. listopadu 2011 č. 815 k Analýze současného stavu problematiky účastnických sporů podle zákona o elektronických komunikacích, jejichž předmětem je peněžité plnění, včetně dopadů případného přenesení této agendy na soudy, usnesení vlády České republiky ze dne 3. července 2013 č. 528 k Informaci o současném kritickém stavu problematiky účastnických sporů podle zákona o elektronických komunikacích, jejichž předmětem je peněžité plnění včetně dopadů na Český telekomunikační úřad, materiál k usnesení vlády České republiky ze dne 9. listopadu 2011 č. 815 – Analýza současného stavu problematiky účastnických sporů podle zákona o elektronických komunikacích, jejichž předmětem je peněžité plnění, včetně dopadů případného přenesení této agendy na soudy, usnesení vlády České republiky ze dne 21. září 2016 č. 827, o nařízení vlády, kterým se mění nařízení vlády č. 304/2014 Sb., o platových poměrech státních zaměstnanců a usnesení vlády České republiky ze dne 11. 4. 2016 č. 314 k řešení účastnických sporů o peněžité plnění v oblasti elektronických komunikací a servisní smlouvu. V souvislosti s důkazními návrhy zadavatel ve vyjádření ze dne 5. 1. 2018 odkázal i na dokumenty, které Úřadu poskytl již v rámci přípisu ze dne 13. 3. 2017. Konkrétně se jedná o žádost o projednání materiálu v RVIS ze dne 18. 1. 2016, oznámení předběžných informací v Úředním věstníku Evropské unie, výzvu k jednání ze dne 22. 2. 2016, zadávací dokumentaci na veřejnou zakázku, zápisy z jednání v rámci jednacního řízení bez uveřejnění, nabídku vybraného uchazeče ze dne 3. 3. 2016, rozhodnutí o výběru nabídky ze dne 15. 3. 2016, oznámení o výběru nabídky ze dne 15. 3. 2016, vzdání se práva na podání nabídek ze dne 17. 3. 2016, oznámení o uzavření servisní smlouvy ze dne 18. 3. 2015, oznámení o zadání veřejné zakázky v Úředním věstníku Evropské unie

a písemnou zprávu zadavatele ze dne 23. 3. 2016. Výše uvedené důkazy zadavatel rovněž navrhl k prokázání jím tvrzených skutečností. Dle § 52 správního řádu jsou účastníci povinni označit důkazy na podporu svých tvrzení, přičemž správní orgán není návrhy účastníků vázán, vždy však provede důkazy, které jsou potřebné ke zjištění stavu věci.

150. Úřad k tomuto uvádí, že z výše navrhovaných důkazů provedl za účelem ověření charakteru informací v nich obsažených, jež by mohly být pro posouzení předmětné věci potřebné, mandátní smlouvu ze dne 23. 3. 2006 se společností GORDION, s.r.o., výzvu k jednání ze dne 13. 6. 2006, nabídku dodavatele ze dne 20. 6. 2006, čestné prohlášení vybraného uchazeče ze dne 4. 12. 2015, zápis č. 2 ze zasedání předsednictva RVIS ze dne 1. 2. 2016, smlouvu o dílo, smlouvu o servisní podpoře č. 2008/01 ze dne 20. 2. 2008, smlouvu o servisní podpoře č. CTU_68/12 ze dne 24. 2. 2012, Analýzu podmínek smluvního vztahu na centrální systém pro podporu agend ČTÚ, vyjádření zadavatele ze dne 14. 7. 2017, zprávu o projednání materiálu RVIS ze dne 4. 2. 2016, servisní smlouvu, žádost o projednání materiálu v RVIS ze dne 18. 1. 2016, oznámení předběžných informací v Úředním věstníku Evropské unie, výzvu k jednání ze dne 22. 2. 2016, zadávací dokumentaci na veřejnou zakázku, zápisy z jednání v rámci jednacího řízení bez uveřejnění, rozhodnutí o výběru nabídky ze dne 15. 3. 2016, oznámení o výběru nabídky ze dne 15. 3. 2016, vzdání se práva na podání nabídek ze dne 17. 3. 2016, oznámení o uzavření servisní smlouvy ze dne 18. 3. 2015, oznámení o zadání předmětné veřejné zakázky v Úředním věstníku Evropské unie a písemnou zprávu zadavatele ze dne 23. 3. 2016.
151. Ze závěrů učiněných Úřadem vyplývá, že již smlouva o dílo, na základě které byl IS MOSS vytvořen a zadavateli dodán, obsahovala ve svém čl. X. bodu 5 výslovné smluvní ujednání ohledně budoucí potřeby zadavatele požadovat servis a podporu díla. Zadavatel si tak v době pořízování IS MOSS byl vědom potřeby zabezpečení jeho servisní podpory, resp. potřeby případného uzavření servisních smluv. Úřad rovněž konstatoval, že možnost zadavatele zasahovat na základě čl. VII. bodu 5 smlouvy o dílo do zdrojových kódů IS MOSS po uplynutí záruční doby ve svém důsledku přispěla k rozvolnění autorskoprávní ochrany k IS MOSS ve vztahu k zadavateli, přičemž z čestného prohlášení vybraného uchazeče ze dne 4. 12. 2015 vyplynulo, že vybraný uchazeč neposkytl ani v budoucnu neposkytne práva k zajištění podpory IS MOSS třetím osobám. V rámci původní veřejné zakázky tedy zadavatel vytvořil takový právní stav, v jehož důsledku nebylo možné externě plnit předmět veřejné zakázky osobou odlišnou od vybraného uchazeče, přičemž tímto skutkovým stavem zdůvodňoval použití jednacího řízení bez uveřejnění. S ohledem na tyto závěry Úřad vyhodnotil, že důkazy ve formě smlouvy o dílo a čestného prohlášení vybraného uchazeče ze dne 4. 12. 2015 měly dopad do Úřadem zjištěného skutkového stavu věci, neboť na základě jejich provedení Úřad primárně dospěl ke zjištění, že zadavatel sám vytvořil v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření smlouvy o dílo důvody ochrany výhradních práv vybraného uchazeče. Co se týče ostatních výše navržených důkazů, uvádí Úřad následující. Důkaz ve formě mandátní smlouvy ze dne 23. 3. 2006 se společností GORDION, s.r.o. se k šetřené veřejné zakázce nevztahuje, neboť předmětem mandátní smlouvy bylo výhradně pověření společnosti GORDION, s.r.o. k výkonu některých zadavatelských činností zadavatele v rámci zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku (např. spolupráce při uzavírání smlouvy o dílo s vybraným uchazečem). K oznámení předběžných informací v Úředním věstníku Evropské unie, oznámení o zadání předmětné veřejné zakázky v Úředním věstníku Evropské unie, zadávací dokumentaci na veřejnou

zakázku, výzvě k jednání ze dne 13. 6. 2006, nabídce dodavatele ze dne 20. 6. 2006, výzvě k jednání ze dne 22. 2. 2016, zápisům z jednání v rámci jednacího řízení bez uveřejnění, rozhodnutí o výběru nabídky ze dne 15. 3. 2016, oznámení o výběru nabídky ze dne 15. 3. 2016, vzdání se práva na podání nabídek ze dne 17. 3. 2016, oznámení o uzavření servisní smlouvy ze dne 18. 3. 2015 a písemné zprávě zadavatele ze dne 23. 3. 2016 Úřad konstatuje, že se jedná o dokumenty, které souvisejí s vedením a průběhem zadávacího řízení a nemohou tak relevantně ovlivnit závěry Úřadu týkající se nezákonného užití jednacího řízení bez uveřejnění zadavatelem. Úřad rovněž dodává, že z úkonů spojených s vedením zadávacího řízení, které zadavatel v rámci zadávacího řízení běžně činí, nevyplývají skutečnosti, na základě nichž by Úřad mohl změnit názor na projednávanou věc. Dále z důkazů ve formě smlouvy o servisní podpoře č. 2008/01 ze dne 20. 2. 2008, smlouvy o servisní podpoře č. CTU_68/12 ze dne 24. 2. 2012 a servisní smlouvy je zřejmé, že jejich prostřednictvím byly důvody ochrany výhradních práv zadavatelem dlouhodobě udržovány, přičemž však skutečnosti z nich vyplývající nebyly způsobilé ovlivnit závěr Úřadu, že důvody ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil sám zadavatel při uzavření smlouvy o dílo. Důkazy ve formě žádosti o projednání materiálu v RVIS ze dne 18. 1. 2016, zápisu č. 2 ze zasedání předsednictva RVIS ze dne 1. 2. 2016 a zprávy o projednání materiálu RVIS ze dne 4. 2. 2016 se vztahují k posouzení záměru zadavatele realizovat předmětnou veřejnou zakázku formou jednacího řízení bez uveřejnění, nejsou však schopny vyvrátit výše uvedené závěry Úřadu o neoprávněném použití jednacího řízení bez uveřejnění. Analýza podmínek smluvního vztahu na centrální systém pro podporu agend ČTÚ rovněž nebyla způsobilá ovlivnit Úřadem zjištěný stav věci, neboť se jedná o interní dokument, který si zadavatel nechal zpracovat pro posouzení, zda existovaly důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. K důkazu vyjádření zadavatele ze dne 14. 7. 2017 jakožto úkonu učiněného v rámci správního řízení na předmětnou veřejnou zakázku Úřad uvádí, že skutečnosti v něm tvrzené nemohou změnit názor Úřadu na projednávanou věc. Úřad shrnuje, že charakter informací obsažených ve výše uvedených důkazech nemá způsobilost relevantně ovlivnit či změnit Úřadem zjištěný stav věci. Informace, které Úřad z provedených důkazů zjistil, neovlivnily jeho závěry týkající se skutečnosti, že důvody ochrany výhradních práv byly vytvořeny samotným zadavatelem v důsledku jeho postupu při uzavření smlouvy o dílo na původní veřejnou zakázku.

152. K dalším důkazům uvedeným zadavatelem, tj. materiál Ministerstva informatiky, čj. MI 1168/2003 63, usnesení vlády České republiky ze dne 9. listopadu 2011 č. 815 k Analýze současného stavu problematiky účastnických sporů podle zákona o elektronických komunikacích, jejichž předmětem je peněžité plnění, včetně dopadů případného přenesení této agendy na soudy, usnesení vlády České republiky ze dne 3. července 2013 č. 528 k Informaci o současném kritickém stavu problematiky účastnických sporů podle zákona o elektronických komunikacích, jejichž předmětem je peněžité plnění včetně dopadů na Český telekomunikační úřad, materiál k usnesení vlády České republiky ze dne 9. listopadu 2011 č. 815 – Analýza současného stavu problematiky účastnických sporů podle zákona o elektronických komunikacích, jejichž předmětem je peněžité plnění, včetně dopadů případného přenesení této agendy na soudy, usnesení vlády České republiky ze dne 21. září 2016 č. 827, o nařízení vlády, kterým se mění nařízení vlády č. 304/2014 Sb., o platových poměrech státních zaměstnanců a usnesení vlády České republiky ze dne 11. 4. 2016 č. 314 k řešení účastnických sporů o peněžité plnění v oblasti elektronických

komunikací, Úřad konstatuje, že tyto důkazy neprovedl, neboť nemají způsobilost ovlivnit či změnit Úřadem zjištěný stav věci. Provedení těchto důkazů vztahujících se k narůstající agendě zadavatele v inkriminovaném období v oblasti účastnických sporů nebylo potřebné s ohledem na skutečnost, že sám zadavatel počítal s možností plnění ze strany jiných osob než jím samotným, přičemž pro tuto situaci si nezajistil vhodné smluvní podmínky z hlediska licenčních omezení. V tomto kontextu je zřejmé, že důvody, pro které nedošlo k plnění přímo ze strany zaměstnanců zadavatele, nejsou pro posouzení věci stěžejní, jelikož výsledným důvodem, pro který zadavatel přistoupil k uzavření smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění, je skutečnost, že neměl dostatečně ošetřeny licenční podmínky pro případ, který sám připouštěl, a to že předmět plnění bude muset poskytnout externí subjekt. Úřad dále jako důkaz neprováděl nabídku vybraného uchazeče ze dne 3. 3. 2016, konkrétně její část 4. „Návrh smlouvy“, neboť návrh servisní smlouvy je shodný s uzavřenou servisní smlouvou, kterou již Úřad jako důkaz provedl.

153. Úřad má tedy za to, že ze zajištěných podkladů, které jsou zařazeny ve správním spise, a k nimž měl zadavatel možnost se vyjádřit, byl v souladu s ustanovením § 3 správního řádu zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti.
154. K námitce zadavatele uvedené v rozkladu, resp. opětovně ve vyjádření zadavatele ze dne 5. 1. 2018, která se týkala tvrzené nepřislušnosti Úřadu k vedení předmětného správního řízení a rozhodnutí ve věci podle již zrušeného zákona, tj. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, v důsledku čehož bylo dle zadavatele správní řízení vedeno nepřislušným správním orgánem a rozhodnutí v něm vydané se stalo nicotným, Úřad odkazuje na odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu v rámci druhostupňového rozhodnutí, kde je po posouzení relevantních skutečností konstatováno, že předseda Úřadu nepovažuje postup Úřadu při zahájení a vedení předmětného správního řízení za nezákonný a původní rozhodnutí nepovažuje za nicotné (viz body 46. – 48. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
155. Druhou podmínkou pro naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je skutečnost, že postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. V tomto ohledu Úřad konstatuje, že v daném případě nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů, kteří mohli zadavateli nabídnout výhodnější podmínky plnění. Zadavatel zadal předmět plnění veřejné zakázky postupem, který postrádá prvky otevřené soutěže, neboť ji bez předchozí soutěže zadal vybranému uchazeči. Svým postupem tedy znemožnil ostatním dodavatelům účastnit se zadávacího řízení, což mohlo podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad dodává, že pro konstatování porušení zákona postačuje, že k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky mohlo dojít, není třeba prokazovat, že k ovlivnění výběru skutečně došlo, a v této souvislosti odkazuje na příslušnou rozhodovací praxi správních soudů. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že *„Pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a) zákona] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 zákona) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy*

na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.“. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „Z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu... již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.“. K obdobným závěrům došel i Nejvyšší správní soud např. v rozsudku ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012-28, či rozsudku ze dne 28. 6. 2016, č. j. 4 As 61/2016-34. Úřad na základě výše uvedeného dále konstatuje, že dne 18. 3. 2016 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem servisní smlouvu na veřejnou zakázku, čímž došlo k naplnění posledního znaku skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tj. k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.

156. Úřad na tomto místě pro úplnost dodává, že jelikož zadavatel v šetřeném zadávacím řízení postupoval podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení, a v mezidobí od zahájení zadávacího řízení do vydání tohoto rozhodnutí, konkrétně dne 1. 10. 2016, nabytí účinnosti ZZVZ, tj. zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, bylo nutno v rámci správního řízení posoudit, zda právní úprava zakotvená v ZZVZ není pro zadavatele příznivější, a zda ji tudíž není nutno s ohledem na čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod na šetřený případ aplikovat. Pokud jde o podmínky pro možnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tyto ZZVZ upravuje v § 63, který stanoví, že jednacím řízení bez uveřejnění může být zadavatelem použito mj. v případě, kdy veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž, či v případě, že je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví. Tato úprava tedy příznivější oproti právní úpravě účinné v době uzavření servisní smlouvy není. Úřad současně dodává, že jelikož v daném případě byla na základě jednacím řízení bez uveřejnění uzavřena samostatná servisní smlouva, která nemění původní smlouvu o dílo, nelze na šetřený případ jako případnou příznivější právní úpravu aplikovat ani ustanovení § 222 ZZVZ.
157. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uzavírá, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku z technických důvodů a důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil sám zadavatel v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření smlouvy o dílo a zároveň zadavatel neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 18. 3. 2016 s vybraným uchazečem servisní smlouvu na veřejnou zakázku.

158. S ohledem na skutečnosti uvedené v odůvodnění tohoto rozhodnutí proto rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

159. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na předmět plnění veřejné zakázky již byla uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

160. Úřad se opětovně v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod zabýval otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba postupovat, a to v otázce týkající se uplynutí lhůt pro zánik odpovědnosti za správní delikt, tedy ověřoval, zda právní úprava zániku odpovědnosti za spáchání správního deliktu, resp. přestupku obsažená v pozdějších právních předpisech neobsahuje pro zadavatele příznivější úpravu, než jak je tato lhůta upravena v zákoně ve znění účinném v době spáchání správního deliktu.

161. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezažal řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.

162. Podle § 270 odst. 3 ZZVZ (ve znění před nabytím účinnosti zákona č. 183/2017 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích), odpovědnost zadavatele za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezažal řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.

163. Úřad dále uvádí, že dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“). Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.

164. Podle § 270 odst. 5 ZZVZ (ve znění novely č. 183/2017 Sb.) činí promlčecí doba 5 let.

165. Podle § 270 odst. 6 ZZVZ (ve znění novely č. 183/2017 Sb.) se promlčecí doba přerušuje

- a) oznámením o zahájení řízení o přestupku,
- b) vydáním rozhodnutí, jímž je obviněný uznán vinným.

166. Podle § 270 odst. 7 ZZVZ (ve znění novely č. 183/2017 Sb.) přerušením promlčecí doby počíná běžet promlčecí doba nová.

167. Podle § 270 odst. 8 ZZVZ (ve znění novely č. 183/2017 Sb.) byla-li promlčecí doba přerušena, odpovědnost za přestupek zanikne nejpozději uplynutím 10 let od jeho spáchání.

168. Před uložení pokuty Úřad tedy ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z vlastní činnosti dne 16. 2. 2017. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 18. 3. 2016, kdy zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem servisní smlouvu v jednacím řízení bez uveřejnění. Správní řízení bylo zahájeno dne 26. 6. 2017.

169. Protože zákon, jakož ani ZZVZ (před nabytím účinnosti zákona č. 183/2017 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích), neobsahuje úpravu, na základě níž by odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu/přestupku již zanikla (k zahájení správního řízení došlo před uplynutím lhůt pro zánik odpovědnosti), přistoupil Úřad rovněž k posouzení právní úpravy obsažené v ZZVZ (ve znění novely č. 183/2017 Sb.). Dle § 270 odst. 5 ZZVZ činí promlčecí doba 5 let, přičemž v souladu s ust. § 31 odst. 1 zákona o přestupcích by počala běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku, tj. 19. 3. 2016. Jak již dříve konstatováno, správní řízení bylo zahájeno dne 26. 6. 2017, přičemž tímto okamžikem (doručením oznámení o zahájení správního řízení) došlo v souladu s ust. § 270 odst. 6 písm. a) ZZVZ k přerušení jejího běhu. Přerušením promlčecí doby počala běžet podle ust. § 270 odst. 7 ZZVZ nová promlčecí doba (v délce 5 let), přičemž odpovědnost za přestupek by zanikla nejpozději uplynutím 10 let od jeho spáchání (k tomu srov. odst. 8 předmětného ustanovení). Z právě uvedeného je tedy zřejmé, že odpovědnost zadavatele za správní delikt (resp. přestupek) by nezanikla, ani byla-li by aplikována právní úprava obsažená v ZZVZ (ve znění novely č. 183/2017 Sb.). Úřad s ohledem na shora uvedené konstatuje, že žádná z pozdějších právních úprav není pro zadavatele příznivější, neboť podle žádné z posuzovaných úprav by odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla. Vzhledem k posledně uvedenému posoudil Úřad zánik odpovědnosti za spáchání správního deliktu podle zákona účinného v době zahájení zadávání, a na základě uvedených skutečností konstatuje, že v šetřené veřejné zakázce nedošlo k zániku odpovědnosti zadavatele za spáchání správního deliktu.
170. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
171. Vzhledem ke skutečnosti, že dle čl. 10. „Cena“ servisní smlouvy zahrnuje cena plnění veřejné zakázky mimo paušálně stanovených částek za jeden měsíc služeb rovněž i jednotkové ceny za hodinu konzultantských, analytických, implementačních a školicích prací, které budou hrazeny na základě dílčích objednávek, přičemž dle čl. 18 „Závěrečná ustanovení“ bodu 18.6. servisní smlouvy byla tato uzavřena na dobu určitou, a to na 4 roky, nelze určit cenu veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu. Protože celkovou cenu veřejné zakázky nelze zjistit, činí horní hranice možné pokuty dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona částku 20 000 000,- Kč.
172. Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
173. Hlavním kritériem, které je dle výše citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Při zvažování závažnosti správního deliktu Úřad zohlednil následující skutečnosti.

174. Co se týče způsobu, resp. okolností, za kterých byl správní delikt spáchán, Úřad konstatuje, že spáchání deliktu bylo způsobeno nesprávným právním posouzením zadavatele, který neoprávněně zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byla splněna podmínka stanovená v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, kdy veřejná zakázka může být z technických důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv splněna pouze určitým dodavatelem, a to i přesto, že zadavatel byl ohledně možného nezákonného postupu varován v analýze, a to konkrétně v bodu 6.1.2. „Riziko“, kde bylo uvedeno, že v případě kontroly veřejné zakázky postavené na § 23 odst. 4 písm. a) zákona, může kontrolní subjekt dojít k názoru, že využití tohoto paragrafu pro realizaci dalších veřejných zakázek formou jednacím řízení bez uveřejnění bylo neoprávněné. Zadavatel tak přes výše uvedené upozornění nedodržel postup stanovený zákonem a dne 18. 3. 2016 uzavřel s vybraným uchazečem v rámci jednacím řízení bez uveřejnění servisní smlouvu na veřejnou zakázku.
175. Z hlediska stupně závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu celkový kontext šetřeného případu. Zadavatel tím, že předmětnou veřejnou zakázku neoprávněně zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, zamezil v účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení a zcela tak vyloučil soutěžní prostředí. Ve vztahu k závažnosti spáchaného správního deliktu tak nelze než uvést, že se v šetřeném případě jedná o delikt závažný, neboť postupem zadavatele došlo k eliminaci základního účelu procesu zadávání veřejné zakázky, kterým je zajištění spravedlivé soutěže o nejvýhodnější nabídku v souladu se základními principy zadávání vyplývajícími z ustanovení § 6 odst. 1 zákona. Úřad konstatuje, že nezákonné omezení, resp. vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, jehož hlavním cílem je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže.
176. Následkem postupu zadavatele byla skutečnost, že vybraný uchazeč nebyl vystaven konkurenci, neproběhla žádná soutěž, na základě níž by byla získána skutečně nejvýhodnější nabídka, v důsledku čehož mohlo dojít k nevhodnému využití veřejných prostředků. Nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mohli nabídnout nižší cenu požadovaného plnění.
177. Jako k přitěžující okolnosti přihlédl Úřad ke skutečnosti, že zadavatel byl v bodu 6.1.2. „Riziko“ analýzy upozorněn na potenciální možnost nezákonného postupu, kdy v případě kontroly veřejné zakázky postavené na § 23 odst. 4 písm. a) zákona, může kontrolní subjekt dojít k názoru, že využití tohoto paragrafu pro realizaci dalších veřejných zakázek formou jednacím řízení bez uveřejnění bylo neoprávněné. Zadavatel nicméně toto výslovné upozornění nerefletoval a uzavřel s vybraným uchazečem v rámci jednacím řízení bez uveřejnění servisní smlouvu na veřejnou zakázku.
178. Při určení výše pokuty vzal Úřad v úvahu i ekonomickou situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této situaci Úřad přihlédl i k finančním možnostem zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Z údajů uvedených ve „Výroční zprávě Českého telekomunikačního úřadu za rok 2016“ (dostupné na <http://www.ctu.cz/vyrocnizpravyrok2016>) vyplývá, že objem finančních prostředků, s nimiž zadavatel hospodaří, se pohybuje v řádech miliard korun. Úřad proto konstatuje, že výše uložené pokuty – vzhledem k objemu finančních prostředků,

kterými zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje – nemá v žádném případě likvidační charakter.

179. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit mimo jiné dvě základní funkce právní odpovědnosti, jež nelze oddělit, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku ve věci sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam.
180. Po zvážení všech okolností případu Úřad při určení výměry uložené pokuty dospěl k závěru, že výše pokuty v hodnotě 300 000,- Kč (tj. při samé spodní hranici zákonné sazby), naplňuje vzhledem k okolnostem případu obě shora uvedené funkce právní odpovědnosti. Úřad nad rámec právě řečeného dodává, že při uvažování o výši uložené pokuty jsou Úřadem zohledňovány ty okolnosti, jež vyplývají přímo ze zákona, případně okolnosti, které tvoří základní postuláty, na nichž je zákon vystavěn. Úřad je tudíž v rámci své činnosti při přezkumu zadávání veřejných zakázek vázán zákonem, a tedy přezkoumává postupy zadavatelů (a případně za zjištěné pochybení ukládá pokutu) v intencích zákona. Úřad podotýká, že výše uložené pokuty v žádném případě nedosahuje zákonem připuštěné maximální výše, je naopak třeba konstatovat, že uložená pokuta se pohybuje při spodní hranici zákonné sazby a plní tak výrazně preventivní funkci.
181. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty zadavateli ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
182. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má

odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Česká republika - Český telekomunikační úřad, Sokolovská 219/58, 190 00 Praha 9

Vypraveno dne:

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