



UOHSX00AEP8Z

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0277/2017/VZ-25377/2017/532/KSt

Brno: 30. srpna 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 14. 7. 2017 z moci úřední, jehož účastníkem je

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

ve věci podezření ze spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, obviněným – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – při zadávání veřejné zakázky „Technická podpora a zajištění rozvoje aplikace NS-SIS II v letech 2016 - 2018“ na základě výzvy k jednání ze dne 26. 1. 2016 v jednacím řízení bez uveřejnění, jehož formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 2. 3. 2016 pod ev. č. zakázky 516680 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 3. 2016 pod ev. č. 2016/S 045-074420,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – spáchal přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Technická podpora a zajištění rozvoje aplikace NS-SIS II v letech 2016 - 2018“ na základě výzvy k jednání ze dne 26. 1. 2016 v jednacím řízení bez uveřejnění, jehož formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 2. 3. 2016 pod ev. č. zakázky 516680 a v Úředním

věstníku Evropské unie dne 4. 3. 2016 pod ev. č. 2016/S 045-074420, porušil ustanovení § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, neboť neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč – HEWLETT-PACKARD s. r. o., IČO 17048851, se sídlem Za Brumlovkou 1559/5, Michle, 140 00 Praha 4, a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv jmenovaného vybraného uchazeče vytvořil jmenovaný obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění výše specifikované veřejné zakázky, tzn. Schengenského informačního systému, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 26. 2. 2016 s jmenovaným vybraným uchazečem Rámcovou smlouvu o poskytování technické podpory a rozvoje aplikace NS-SIS II, ve znění dodatku č. 1 ze dne 27. 6. 2016.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

pokuta ve výši 1 000 000,- Kč (jeden milion korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Výzvou k jednání ze dne 26. 1. 2016 vyzval obviněný – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 (dále jen „obviněný“ nebo též „zadavatel“) – vybraného uchazeče – společnost HEWLETT-PACKARD s. r. o., IČO 17048851, se sídlem Za Brumlovkou 1559/5, Michle, 140 00 Praha 4, dříve se sídlem Vyskočilova 1/1410, 140 21 Praha 4 (dále jen „vybraný uchazeč“) – k jednání za účelem zadat veřejnou zakázku „Technická podpora a zajištění rozvoje aplikace NS-SIS II v letech 2016 - 2018“ v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), a to v souladu s § 21 odst. 1 písm. d) zákona, ve smyslu § 11 zákona, § 89 zákona a § 92 zákona (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Dne 26. 2. 2016 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem Rámcovou smlouvu o poskytování technické podpory a rozvoje aplikace NS-SIS II, ve znění dodatku č. 1 ze dne 27. 6. 2016 (dále jen „rámcová smlouva“).
3. „Oznámení o zadání zakázky“ v jednacím řízení bez uveřejnění uveřejnil obviněný ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 3. 2016 pod ev. č. 516680 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 3. 2016 pod č. 2016/S 045-074420.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

4. Na základě dokumentů zaslaných obviněným a vlastního šetření získal Úřad pochybnosti o zákonnosti postupu obviněného při zadávání šetřené veřejné zakázky, a to, zda se obviněný nedopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že porušil ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž takový postup mohl mít podstatný vliv na výběr nevhodnější nabídky a obviněný již uzavřel rámcovou smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku.
5. Z uvedeného důvodu zahájil Úřad z moci úřední řízení ve věci podezření ze spáchání přestupku obviněným podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 116 zákona zadavatel.
7. Zahájení řízení o přestupku oznámil Úřad účastníku řízení oznámením č. j. ÚOHS-S0277/2017/VZ-20669/2017/532/KSt ze dne 14. 7. 2017, v němž seznámil obviněného se skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí, a uvedl popis skutku, o kterém má být v řízení rozhodováno, a jeho předběžnou právní kvalifikaci.
8. Dne 14. 7. 2017, kdy bylo oznámení o zahájení řízení o přestupku obviněnému doručeno, bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), zahájeno řízení z moci úřední ve věci podezření ze spáchání přestupku obviněným.
9. Usnesením č. j. ÚOHS-S0277/2017/VZ-20759/2017/532/KSt ze dne 14. 7. 2017 stanovil Úřad obviněnému lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
10. Úřad dále usnesením č. j. ÚOHS-S0277/2017/VZ-21748/2017/532/KSt ze dne 27. 7. 2017 stanovil obviněnému lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření obviněného ze dne 20. 7. 2017

11. Dne 20. 7. 2017 obdržel Úřad sdělení obviněného z téhož dne, kterým obviněný navrhl, aby Úřad akceptoval pro potřeby zahájeného správního řízení podklady, které Úřadu zaslal již v rámci šetření podnětu, a to
 - vyjádření ze dne 15. 6. 2017,
 - smlouvu TP2013-PPR-13979-23/ČJ-2013-990656 ze dne 23. 8. 2013,
 - smlouvu TP2014-PPR-30625-22/ČJ-2013-990656 ze dne 25. 4. 2014,
 - smlouvu TP2015-PPR-25960-49/ČJ-2014-990656 ze dne 30. 6. 2015,
 - smlouvu PPR-17257-24/ČJ-2012-990656 ze dne 4. 2. 2013,
 - smlouvu PPR-29573-30/ČJ-2013-990656 ze dne 7. 4. 2014
 - smlouvu PPR-5780-42/ČJ-2015-990656 ze dne 16. 6. 2015,
 - smlouvu o dílo uzavřenou v roce 2006 pod č. j. ZM-163/VZ-2006,

- znalecký posudek č. 1124-113/2015 ze dne 29. 9. 2015 vypracovaný společností APOGEO Esteem, a. s., Znalecký ústav, IČO 26103451, se sídlem Rohanské nábřeží 671/15, 186 00 Praha 8 (dále jen „znalecký posudek“).
12. Současně obviněný navrhl, aby Úřad vycházel i ze záznamu z jednání schůze vlády ČR konané dne 25. 1. 2016, kde ministr vnitra Milan Chovanec informoval členy vlády o tom, že obviněný bude zadávat šetřenou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění.
 13. Obviněný se domnívá, že se svým jednáním nedopustil přestupku, když zadal šetřenou veřejnou zakázku podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť ta mohla být splněna jen určitým dodavatelem, a to s ohledem k technickým požadavkům předmětu plnění a s ohledem na ochranu výhradních práv vybraného uchazeče, což plyne mimo jiné i z obsahu čestného prohlášení vybraného uchazeče, kde je uvedeno, že je vlastníkem výhradních práv k specifickému programovému vybavení, návrhům z oblasti architektonické, systémové, komunikační a aplikační, metodikám integrace, jakož i související dokumentace a celkového designu NS-SIS, a je jejich jediným vykonavatelem.
 14. Vzhledem ke skutečnosti, že obviněný ve sdělení ze dne 20. 7. 2017 uvedl, že má Úřad pro potřeby tohoto správního řízení využít i jeho vyjádření ze dne 15. 6. 2017, Úřad nyní shrnuje argumenty obviněného uvedené v citovaném vyjádření.
 15. Obviněný upozorňuje na čl. 9 smlouvy o dílo č. j. ZM-163/VZ-2006, který mu má bránit v realizaci technické podpory a rozvoje aplikace NS-SIS II jiným, než vybraným uchazečem. K tomu obviněný dodal, že systém SIS II byl plánován Evropskou komisí cca od roku 2002 a měl být vytvořen konsorciem HEWLETT-PACKARD a Steria spolu s Vízovým informačním systémem. Obviněný dále uvedl, že při jeho tvorbě neustále docházelo k odkladům a změnám harmonogramu. Protože vstup České republiky do Schengenského prostoru byl podmiňován existencí NS-SIS II, bylo jeho vytvoření národní prioritou. Již při podpisu smlouvy o dílo č. j. ZM-163/VZ-2006, která počítala s vyhotovením systému NS-SIS II za 240 dnů, byl dle obviněného znám záměr Portugalska na povýšení centrálního SIS I a dodání portugalského řešení všem přístupujícím zemím, tedy i České republice, aby nebylo jejich připojení k Schengenskému prostoru podmiňováno dokončením NS-SIS II. Tento projekt byl posléze realizován a Česká republika tak spustila NS-SIS I v září 2007. Vzhledem k uvedeným skutečnostem se podle obviněného smluvní ošetření jeví jako dostačující, protože nebyla jistota, na jakou dobu bude systém NS-SIS II tvořen, a zda vůbec bude systém NS-SIS II dokončen. Projekt NS-SIS II byl následně pozastaven od roku 2008 do roku 2010 a do provozu byl spuštěn až v roce 2013. Obviněný tedy v dané situaci nemohl odhadovat životnost informačního systému, s čímž souvisí i zajištění výkonu autorských práv v nejširším rozsahu.
 16. Obviněný dále uvedl, že následně předpokládal vytvoření týmu, který by řešil úpravy systému vlastními prostředky. Nicméně k vytvoření dostatečných programátorských, analytických a projektových kapacit jen pro NS-SIS II na straně obviněného nedošlo a při zajišťování služeb souvisejících s provozem dodaného díla se obracel na vybraného uchazeče. Tento stav bude dle vyjádření obviněného narovnan na základě rámcové smlouvy, podle které obviněný získá po splnění smluvních podmínek kompletní autorská práva.
 17. Podle obviněného rozvoj komplexních systémů různými dodavateli obnáší především rizika z hlediska zabezpečení chodu systému, neboť dodavatel, který převezme rozvoj systému po

původním dodavatel, systém detailně nezná. U systému NS-SIS II je vyžadována dostupnost na 99,99%, což znamená možnou nedostupnost pouze v řádu jednotek minut v měsíci. Dále obviněný dodal, že nový dodavatel zpravidla nezasahuje do kódu, ale vyměňuje celé moduly, což je zpravidla ekonomicky náročnější. Pokud má mít dodavatel možnost systém skutečně rozvíjet, je potřeba předat kompletní a funkční vývojové prostředí, což je také ekonomicky náročné.

18. Obviněný v této souvislosti odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 43/2012-54 a rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 62/2010-367 ze dne 26. 4. 2012, ve kterých byla žalobcem Česká republika – Ministerstvo zemědělství, a které řeší problematiku, kdy žalobce, stejně jako obviněný, nemá práva k vývoji systému prostřednictvím třetí osoby. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu podle obviněného vyplývá, že dodavatel je subjekt založený za účelem podnikání a nemá důvod se vzdát podnikatelské úvahy předáním práv k vývoji třetí osobě. V rozsudku je dále uvedeno, jak nahlížet na účelové vytváření vztahu exkluzivity, k čemuž, jak dodal obviněný, u obviněného ani u žalobce nedošlo, přičemž bylo současně zřejmé, že u obviněného i u žalobce bude zasahováno do autorského díla. Tuto skutečnost obviněnému potvrdil znalecký posudek. Krajský soud v Brně podle obviněného souhlasil s tím, že si má státní organizace smluvně vyhradit právo ke změně i jiným než původním dodavatelem, přičemž takový souhlas má být explicitně smluvně ošetřen. Nicméně to, že to státní organizace neudělala, ji nestaví do role, kdy nelze institut jednacím řízení bez uveřejnění využít. Rozsudek totiž zmiňuje i technické hledisko při posuzování institutu jednacím řízení bez uveřejnění. U rozsáhlých systémů není zásah jiným dodavatelem jednoduchou záležitostí, neboť jde o komplexní projekt, kdy nový dodavatel musí převzít rozsáhlé know-how, aby zaručil převzetí záruk za funkčnost díla. Obviněný dále cituje následující pasáž rozsudku: *„Rovněž technické důvody, které má citované ustanovení na mysli, mohou spočívat např. v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility, v požadavku odůvodněném také technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění (zde informačního systému). Důvodem pro aplikaci tohoto ustanovení je skutečný a prokazatelný stav technické neslučitelnosti či provozních problémů, které by vznikly z důvodu změny dodavatele. Nutno konstatovat, že uvedené je typické právě mimo jiné i pro oblast informačních technologií. (...) Nejvyšší správní soud uvádí, že je nutno na toto žalobcově chování hledět z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Pokud zadavatel bude požadovat například komentovaný zdrojový kód a povolení k tomu, aby dál mohl rozvíjet software pomocí třetí osoby či širší licenční oprávnění, tak bude zajisté předchozí veřejná zakázka finančně náročnější, protože dodavatel bude požadovat finanční prostředky navíc. Je proto otázkou účelnosti takto vynaložených veřejných prostředků, jestli je správné, aby si zadavatel vyhrazoval práva, o kterých nelze v době přípravy zadávacím řízení rozumně očekávat, že nastanou. Pokud v průběhu životnosti softwaru nastane z hlediska zadavatele objektivní změna (nová legislativa, nové manažerské rozhodnutí nadřízených orgánů), tak může nastat situace, kdy by vyloučení použití jednacím řízení bez uveřejnění fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software.“*

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

19. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření obviněného a na základě vlastního zjištění konstatuje, že obviněný při zadávání výše specifikované veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, za což mu byla uložena pokuta uvedená ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení obviněného

20. Úřad nejprve ověřil postavení obviněného podle § 2 zákona.
21. Podle § 2 odst. 1 zákona za zadavatele veřejné zakázky se pro účely zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
22. Podle § 2 odst. 2 zákona veřejným zadavatelem je
- a) Česká republika,
 - b) státní příspěvková organizace,
 - c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
 - d) jiná právnická osoba, pokud
 1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
23. Z ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) zákona vyplývá, že veřejným zadavatelem je mimo jiné i Česká republika, resp. podle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, i její organizační složky.
24. Ministerstvo vnitra je ústředním orgánem státní správy, jehož působnost je vymezena v § 12 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů. Ministerstvo vnitra je tedy organizační složkou státu ve smyslu § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, přičemž podle § 3 odst. 2 citovaného zákona organizační složka není právnickou osobou a její jednání je při výkonu její působnosti nebo výkonu předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů jednáním státu.
25. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že obviněný je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) zákona, protože se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách, a to ustanovení platná pro veřejné zadavatele.

Relevantní ustanovení právních předpisů

26. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
27. Podle § 21 odst. 1 zákona tento zákon upravuje tyto druhy zadávacích řízení
- a) otevřené řízení (§ 27 zákona),

- b) užší řízení (§ 28 zákona),
 - c) jednací řízení s uveřejněním (§ 29 zákona),
 - d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34 zákona),
 - e) soutěžní dialog (§ 35 zákona),
 - f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38 zákona).
28. Zadavatel může podle § 21 odst. 2 zákona 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.
29. Zadavatel může podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona 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.
30. Zadávací řízení zahajuje zadavatel podle § 26 odst. 1 zákona odesláním
- a) oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění, nebo
 - b) výzvy o zahájení zadávacího řízení.
31. Za výzvu o zahájení zadávacího řízení se podle § 26 odst. 3 zákona pro účely tohoto zákona považuje
- a) písemná výzva k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění,
 - b) písemná výzva k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení,
 - c) písemná výzva k podání nabídek v řízení na základě rámcové smlouvy (§ 92).
32. V písemné výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění oznamuje zadavatel podle § 34 odst. 1 zákona zájemci nebo omezenému počtu zájemců svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení.
33. Zadavatel se podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona dopustí přestupku 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.
34. Podle § 120 odst. 2 písm. a) se za přestupek uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
35. Podle § 12 odst. 1 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), v rozhodném znění (dále jen „autorský zákon“), má autor právo své dílo užít v původní nebo jiným zpracované či jinak změněné podobě, samostatně nebo v souboru anebo ve spojení s jiným dílem či prvky a udělit jiné osobě smlouvou oprávnění k výkonu tohoto práva; jiná osoba může dílo užít bez udělení takového oprávnění pouze v případech stanovených tímto zákonem.
36. Podle § 12 odst. 4 autorského zákona je právem dílo užít myšleno
- a) právo na rozmnožování díla (§ 13 autorského zákona),
 - b) právo na rozšiřování originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 14 autorského zákona),
 - c) právo na pronájem originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 15 autorského zákona),
 - d) právo na půjčování originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 16 autorského zákona),
 - e) právo na vystavování originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 17 autorského zákona),

- f) právo na sdělování díla veřejnosti (§ 18 autorského zákona), zejména
1. právo na provozování díla živě nebo ze záznamu a právo na přenos provozování díla (§ 19 a 20 autorského zákona),
 2. právo na vysílání díla rozhlasem či televizí (§ 21 autorského zákona),
 3. právo na přenos rozhlasového či televizního vysílání díla (§ 22 autorského zákona),
 4. právo na provozování rozhlasového či televizního vysílání díla (§ 23 autorského zákona).
39. Podle § 12 odst. 5 autorského zákona se způsoby užití díla vyplývající z § 12 odstavce 4 pro účely tohoto zákona vymezují v ustanoveních § 13 až 23 autorského zákona. Dílo lze užit i jiným způsobem než způsoby uvedenými v § 12 odstavci 4.
40. Podle § 66 odst. 1 autorského zákona do práva autorského nezasahuje oprávněný uživatel rozmnoženiny počítačového programu, jestliže
- a) rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu, činí-li tak při zavedení a provozu počítačového programu nebo opravuje-li chyby počítačového programu,
 - b) jinak rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu v souladu s jeho určením, není-li dohodnuto jinak,
 - c) zhotoví si záložní rozmnoženinu počítačového programu, je-li nezbytná pro jeho užívání,
 - d) zkoumá, studuje nebo zkouší sám nebo jím pověřená osoba funkčnost počítačového programu za účelem zjištění myšlenek a principů, na nichž je založen kterýkoli prvek počítačového programu, činí-li tak při takovém zavedení, uložení počítačového programu do paměti počítače nebo při jeho zobrazení, provozu či přenosu, k němuž je oprávněn,
 - e) rozmnožuje kód nebo překládá jeho formu při rozmnožování počítačového programu nebo při jeho překladu či jiném zpracování, úpravě či jiné změně, je-li k ní oprávněn, a to samostatně nebo prostřednictvím jím pověřené osoby, jsou-li takové rozmnožování nebo překlad nezbytné k získání informací potřebných k dosažení vzájemného funkčního propojení nezávisle vytvořeného počítačového programu s jinými počítačovými programy, jestliže informace potřebné k dosažení vzájemného funkčního propojení nejsou pro takové osoby dříve jinak snadno a rychle dostupné a tato činnost se omezuje na ty části počítačového programu, které jsou potřebné k dosažení vzájemného funkčního propojení.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

41. Výzvou k jednání ze dne 26. 1. 2016 vyzval obviněný vybraného uchazeče v souladu s § 21 odst. 1 písm. d) zákona a za podmínek stanovených v § 23 odst. 4 písm. a) zákona k jednání za účelem zadání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění a za účelem uzavření rámcové smlouvy na její realizaci.
42. Podle čl. 2. „Předmět a rozsah veřejné zakázky“ výzvy k jednání *„Předmětem plnění veřejné zakázky (dále též jen „VZ“) je technická podpora a zajištění rozvoje aplikace Schengenského informačního systému (NS-SIS II) v letech 2016 – 2018, tj. od uzavření smlouvy do 31. 12. 2018. Jedná se o technickou podporu a s ní související služby pro řešení standardních provozních i krizových situací. Dále se jedná o zajištění rozvoje aplikace NS-SIS II, který bude*

požadován tak, jak budou vydávány příští regulace a nařízení Evropské komise a z požadavků uživatelů systému na národní straně.

Podrobná specifikace předmětu plnění je uvedena v příloze č. 3 výzvy – Technická specifikace předmětu plnění.

V posledním roce tříletého období trvání rámcové smlouvy dojde k předání všech nevýhradních práv k specifickému programovanému vybavení, návrhům z oblasti architektonické, systémové, komunikační a aplikační, dokumentaci a celkovému designu NS-SIS II Ministerstvu vnitra ČR – Policejní prezidium ČR.“

43. V čl. 1. „Specifikace předmětu plnění“ zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce je blíže specifikována činnost, která je předmětem šetřené veřejné zakázky, a to následujícím způsobem:

„- Technická podpora aplikace systému NS-SIS II

- Korektivní a adaptivní služby podpory produkčního systému NS-SIS II realizovaného Dodavatelem (...)*
 - Služby helpdesku*
 - Řízení a správa změn prováděných v systému NS-SIS II*
- Zajišťování rozvoje aplikace systému NS-SIS II – cílem je zajistit další rozvoj (evoluci) systému, který bude požadován tak, jak budou vydávány příští regulace a nařízení Evropské komise (potažmo agentury eu-LISA). Dále je cílem zajistit další rozvoj systému vyplývající z požadavků uživatelů systému na národní straně.*

Podrobná specifikace předmětu plnění je uvedena v příloze č. 3 výzvy – Technická specifikace předmětu plnění.“

44. Dne 26. 2. 2016 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem rámcovou smlouvu.
45. Z „Preambule“ rámcové smlouvy, z bodu 1, vyplývá, že „Tato Rámcová smlouva je v souladu s ust. § 11 a § 89 ZVZ uzavřena na základě jednacního řízení bez uveřejnění, v režimu nadlimitní veřejné zakázky s názvem „Technická podpora a zajištění rozvoje aplikace NS-SIS II v letech 2016 – 2018“ č.j PPR-18584/ČJ-2015-990656 (dále též „Veřejná zakázka“) s jedním dodavatelem.“
46. Dále jsou v čl. 1. „Vymezení pojmů“ rámcové smlouvy obsahově vymezeny mimo jiné i tyto pojmy:
- „(...) „SIS II“ je Schengenský informační systém druhé generace účelem, kterého je zajistit na územích členských států vysokou úroveň bezpečnosti a v rámci prostoru svobody, bezpečnosti a práva Evropské unie dle nařízení Rady EU č. 1987/2006 a Rozhodnutí Rady EU č. 533/2007*
- „NS-SIS II“ je národní komunikační rozhraní Schengenského informačního systému druhé generace. Je to datový systém, který byl dodán na základě smlouvy č. ZM-163/VZ-2006 ze dne 23. 10. 2006 včetně všech dodatků a dále rozvíjen na základě smluv uzavřených mezi Objednatelem a Dodavatelem. (...).“*
47. Smluvní strany si v čl. 15. „Licence“ rámcové smlouvy sjednaly tyto licenční podmínky:

„15.1. Vzhledem k tomu, že součástí plnění dle Prováděcích smluv je i plnění, které může naplňovat znaky autorského díla ve smyslu 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“), je k těmto autorským dílům poskytována licence za podmínek sjednaných dále v tomto článku Smlouvy.

15.1.1 Objednatel je oprávněn veškerá plnění Dodavatele považovaná za autorské dílo ve smyslu autorského zákona (dále jen „**autorská díla**“) užívat dle níže uvedených podmínek.

- a. Objednatel je oprávněn od okamžiku účinnosti poskytnutí licence k autorskému dílu užívat toto autorské dílo k účelu, ke kterému bylo vytvořeno, a to výhradně pro interní potřeby Objednatele. Pro vyloučení pochybností to znamená, že Objednatel je oprávněn užívat autorské dílo v neomezeném množství a územním rozsahu, a to po celou dobu trvání majetkových autorských práv k takovému autorskému dílu.
- b. Dodavatel touto Smlouvou poskytuje Objednateli licenci k autorským dílům, přičemž účinnost této licence nastává okamžikem akceptace plnění dle této Smlouvy, která příslušné autorské dílo obsahuje; do té doby je Objednatel oprávněn autorské dílo užít v rozsahu a způsobem nezbytným k provedení akceptace příslušného plnění.
- c. V případě poskytování plnění, jehož předmětem jsou služby rozvoje „SW vytvořeného na objednávku“, se licence vztahuje i na autorské dílo ve zdrojovém a strojovém kódu a to v rozsahu, aby Objednatel sám, i mimo výše uvedeného, mohl případně převzít další rozvoj takového „SW vytvořeného na objednávku“ ve shodě s odstavcem 9.3 Smlouvy o dílo na vybudování národního Schengenského informačního systému ze dne 23. 10. 2006. „SW vytvořený na objednávku“ dle předchozí věty je taxativně vymezen v Příloze č. 1 Smlouvy o dílo na vybudování národního Schengenského informačního systému ze dne 23. 10. 2006 dle odst. 9.3 Smlouvy o dílo.
- d. S výjimkou uvedenou pod písmenem c) bodu 15.1.1 této Smlouvy, tj. mimo oprávnění Objednatele k úpravám takového plnění, jehož předmětem byl rozvoj dříve dodaného „SW vytvořeného na objednávku“, není součástí poskytované licence k plnění dle této Smlouvy oprávnění Objednatele, ani třetích osob, provádět jakékoliv modifikace, úpravy, změny autorského díla a/nebo jiné zásahy do něj. Objednatel rovněž není oprávněn zapracovávat autorské dílo do dalších autorských děl, zařazovat ho do děl souborných či do databází apod.
- e. Udělení licence nelze ze strany Dodavatele vypovědět. Objednatel není oprávněn udělit třetí osobě podlicenci k užití autorského díla nebo svoje oprávnění k užití autorského díla třetí osobě postoupit bez předchozího písemného souhlasu Dodavatele.

15.1.2 *Je-li součástí plnění tzv. standardní či proprietární software, u kterého Dodavatel nemůže udělit Objednateli oprávnění dle předchozích ustanovení, řídí se poskytovaná licence licenčními podmínkami dodaného softwarového produktu. Pro vyloučení pochybností Smluvní strany uvádějí, že za standardní software se nepovažuje software, který byl Dodavatelem, nebo 3.os. vytvořen výhradně pro účely této Smlouvy.*

15.1.3 *Licence v rozsahu čl. 15.1 je zahrnuta v ceně plnění. Objednatel není povinen licenci využít.*

15.2. *Smluvní strany se dále dohodly, že v případě naplnění čl. 15.4 této Smlouvy poskytne Dodavatel dnem 28. 2. 2019 Objednateli k plnění, které naplňuje znaky díla chráněného podle autorského zákona a které bylo Dodavatelem Objednateli poskytnuto na základě této Smlouvy a smluv č., ze dne:*

ZM-163/VZ-2006, 23.10.2006;

D1 - P-54/VZ-2007, 9.5.2007;

D2-P-60/VZ-2007;

D3 -p-138/VZ-2007, 11.9.2007;

D4-P182/VZ-2007, 19.12.2007;

D5-MV-31861-7/P-2008, 30.6.2008;

D6-MV-12281-1/P-2009, 27.2.2009;

D6a-MV-61950-1/P-2009, 7.9.2009;

D6b-MV-61950-2/P-2009, 7.9.2009;

D7a-MV-87888-1/P-2009, 5.3.2010;

ZD7a-MV-109869-1/REG-6-2010, 14.12.2010;

D8-MV-72516-1/REG/6-2011, 28.6.2011;

D9-MV-89058/VZ-2011, 16.8.2011;

D10-MV-17032-9/VZ-2012, 12.3.2012;

D11-MV-62862-8/VZ-2012, 26.6.2012;

D12-MV-24077-14/KAP-2013, 25.3.2013;

TP2013-PPR-13979-23/ČJ-2013-990656, 23.8.2013;

TP2014-PPR-30625-22/ČJ-2013-990656, 25.4.2014;

TP2015-PPR-25960-49/CJ-2014-990656, 30.6.2015;

PPR-17257-24/ČJ-2012-990656, 4.2.2013;

PPR-29573-30/ČJ-2013-990656, 7.4.2014;

PPR-5780-42/ČJ-2015-990656, 16.6.2015,

a to nad rámec již udělené licence, nevýhradní licenci takové dílo užít všemi způsoby a bez množstevního, časového nebo územního omezení. Součástí licence je i právo Objednatele k provedení změn nebo modifikací díla, a to i prostřednictvím třetích osob, a souhlas k poskytnutí oprávnění užít plnění jakýmkoliv třetím osobám z oblasti veřejné správy. Objednatel nemá povinnost licenci využít. Byl-li součástí plnění tzv. standardní či proprietární software, u kterého Dodavatel nemůže udělit Objednateli oprávnění dle tohoto odstavce Smlouvy, řídí se poskytovaná licence licenčními podmínkami dodaného softwarového produktu dle čl. 15.1.2;

- 15.3. *Licence udělená dle č 15.2 Smlouvy se vztahuje ve stejném rozsahu k počítačovým programům ve zdrojovém a strojovém kódu, jakož i ke koncepčním přípravným materiálům. Dodavatel se zavazuje v případě, že se licence vztahuje k počítačovým programům poskytnout Objednateli dokumentované zdrojové kódy takových počítačových programů a koncepční přípravné materiály na elektronickém nosiči dat v aktualizované verzi ke dni 28. 2. 2019.*
- 15.4. *V případě, že bude realizováno plnění dle této Rámcové smlouvy v minimální hodnotě 130.000.000,- Kč bez DPH, bude licence uvedená v čl. 15.2 této Smlouvy zahrnuta v ceně poslední Prováděcí smlouvy Tím není jakkoli dotčena sjednaná doba poskytnutí této dodatečné licence Objednateli dle čl 15.2 smlouvy, tj. k 28. 2.2019. V opačném případě bude licence dle čl. 15.2 této Smlouvy poskytnuta výhradně úplatně, přičemž cena licence bude odpovídat rozdílu sumy 130.000.000,- Kč a finanční hodnoty bez DPH vyčerpané z této Rámcové smlouvy do 28. 2. 2019. Objednatel má právo dodatečnou licenci dle předchozí věty neodebrat.*
- 15.5. *Dodavatel se zavazuje před ukončením této Smlouvy poskytnout Objednateli, případně Novému smluvnímu dodavateli Objednatele součinnost nezbytnou k převzetí technické podpory a rozvoje NS-SIS II, což zahrnuje činnosti vymezené v Příloze č. 1 Smlouvy. Nový smluvní dodavatel bude Dodavateli oznámen písemně, a to neprodleně po podpisu jeho smlouvy s Objednatelem. Dodavatel nemá povinnost poskytnout uvedenou součinnost třetí osobě bez řádně podepsané smlouvy s Objednatelem o poskytování technické podpory resp. rozvoje NS-SIS II.“.*

Další zjištěné skutečnosti

48. Již dne 31. 5. 2005 Rada Evropské unie v rámci rozhodnutí pod číslem 2005/0103 (CNS) (dále jen „rozhodnutí Rady“) rozhodla o zřízení, provozu a využívání Schengenského informačního systému druhé generace (SIS II), když uvedla, že se zřizuje „(...) automatizovaný informační systém nazývaný Schengenský informační systém druhé generace (dále jen „SIS II“), který umožní příslušným orgánům členských států spolupracovat prostřednictvím výměny informací za účelem kontroly osob a věcí.“ (viz čl. 1 „Zřízení a obecný cíl SIS II“ rozhodnutí Rady). V článku 6 „Vnitrostátní systémy“ rozhodnutí Rady Rada Evropské unie rozhodla, že „Každý členský stát odpovídá za provozování a údržbu svého NS i za jeho propojení se SIS II.“.
49. Obviněný uzavřel dne 23. 10. 2006 s vybraným uchazečem Smlouvu o dílo č. j. ZM-163/VZ-2006, ke které byly uzavřeny následující dodatky:
- dodatek č. 1 ze dne 9. 5. 2007,
 - dodatek č. 2 ze dne 22. 5. 2007,
 - dodatek č. 3 ze dne 11. 9. 2007,
 - dodatek č. 4 ze dne 19. 12. 2007,
 - dodatek č. 5 ze dne 30. 6. 2008,
 - dodatek č. 6 ze dne 27. 2. 2009,
 - dodatek č. 6 - A ze dne 7. 9. 2009,
 - dodatek č. 6 - B ze dne 7. 9. 2009,
 - dodatek č. 7 - A ze dne 5. 3. 2010,
 - dohoda o změně dodatku č. 7 - A ze dne 14. 12. 2010,
 - dodatek č. 8 ze dne 28. 6. 2011,

- dodatek č. 9 ze dne 16. 8. 2011,
- dodatek č. 10 ze dne 12. 3. 2012,
- dodatek č. 11 ze dne 29. 6. 2012 a
- dodatek č. 12 ze dne 25. 3. 2013 (dále jen „smlouva o dílo“).

50. Podle „Preambule“ smlouvy o dílo *„Účelem této smlouvy je vybudování národního Schengenského informačního systému splňujícího požadavky Evropské komise v rozsahu specifikovaném touto smlouvou.“*
51. Podle čl. 1. „Předmět smlouvy“ bodu 1.1 smlouvy o dílo, bylo předmětem této smlouvy *„(...) vybudování (dodávka – vývoj, instalace, implementace a zajištění jeho záručního servisu) národního Schengenského informačního systému (projektu) (dále jen „NS-SIS“).“*
52. V čl. 9. „Práva duševního vlastnictví a licence“ si obviněný v bodech 9.1, 9.2 a 9.3 smlouvy o dílo sjednal následující podmínky.

„9.1 Zhotovitel prohlašuje, že je oprávněn poskytnout Objednateli licenci k užívání software a jeho komponentům v rozsahu nezbytném pro realizaci dodávky NS-SIS v rozsahu stanoveném touto smlouvou. Zhotovitel se na základě této smlouvy zavazuje, že software dodávaný jako součást NS-SIS splňuje požadavky Objednatele specifikované touto smlouvou. Pokud by se toto prohlášení, resp. tento závazek, prokázalo jako nepravdivé nebo nesprávné, resp. Zhotovitel by tento závazek nesplnil, musí Zhotovitel bezodkladně chybějící převoditelná práva získat, nebo právně či jinak vadné části nahradit částmi bez právních vad. Tímto není dotčena povinnost Zhotovitele nahradit Objednateli veškerou způsobenou škodu; Objednatel má rovněž právo v takovém případě od smlouvy odstoupit.

9.2 Pokud není v článku 9.3 této smlouvy stanoveno jinak, Zhotovitel poskytuje touto smlouvou Objednateli nepřevoditelnou neexkluzivní licenci k užití software, který tvoří součást NS-SIS, a ostatní licenční podmínky budou závislé na podmínkách dohodnutých s výrobcem příslušného software, od kterého Zhotovitel licenci koupí. Objednatel je povinen při používání software ve vztahu k rozsahu práv a povinností uživatele SW dodržovat takové ostatní licenční podmínky pro užívání příslušného software. Zhotovitel je povinen licenční podmínky Objednateli poskytnout nejpozději při předání příslušné fáze NS-SIS v místě dodání.

9.3 Dojde-li při plnění fáze I. NS-SIS k vytvoření díla Zhotovitelem, které je předmětem autorskoprávní ochrany podle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů autorského zákona, ve znění pozdějších předpisů, získává jeho vytvořením Objednatel k takto vytvořenému dílu jako celku i k jeho jednotlivým částem časově neomezenou nevýhradní licenci dílo užít a dojde-li při plnění fáze II. – IV. NS-SIS k vytvoření díla Zhotovitelem, které je předmětem autorskoprávní ochrany podle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů autorského zákona, ve znění pozdějších předpisů, získává jeho vytvořením Objednatel k takto vytvořenému dílu jako celku i k jeho jednotlivým částem časově neomezenou výhradní licenci dílo užít. Objednatel bude dále vlastníkem všech datových modelů vytvářených v rámci dodávky NS-SIS již od okamžiku zahájení jejich tvorby, a to i před jejich předáním Objednateli. V příloze č. 1 (zejména strany 68, 69, 70, 72, 73, 74, 75, 100) je

dále specifikován software, který je předmětem autorskoprávní ochrany podle zákona č. 121/2000 Sb., a který je pro Objednatele vytvořen na objednávku. Objednatel bude vykonavatelem vlastnických práv autora k takovému software. Výkon těchto vlastnických práv zahrnuje i práva ke zdrojovým kódům předmětného SW a jejich úpravy. (...)“.

Právní posouzení

K výroku I. tohoto rozhodnutí

53. Úřad nejprve obecně uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění podle 23 odst. 4 písm. a) zákona je výjimečný způsob zadání veřejné zakázky, kdy je zakázka sice zadávána v režimu podle zákona, ale vzhledem k povaze tohoto řízení je hospodářská soutěž fakticky zcela vyloučena; vyloučen je tak ten aspekt zadávacího řízení, který má zajistit ekonomickou výhodnost pořízení předmětu plnění veřejné zakázky a rovněž omezit jakékoli nezákonné či korupční jednání. Současně je tento druh zadávacího řízení postupem podle zákona nejméně formalizovaným a kontrolovatelným.
54. Jednací řízení bez uveřejnění by tedy mělo být skutečně krajním řešením tam, kde plnění požadované zadavatelem není možné zajistit jinak, a v žádném případě by nemělo docházet k jeho nadužívání. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění lze uskutečnit pouze v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není, resp. by nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, typicky v otevřeném řízení. V totožném duchu se vyjádřil v rozsudku ze dne 11. 1. 2013 sp. zn. 5 Afs 42/2012 i Nejvyšší správní soud, když uvedl, že 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. soutěží 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.“. Otázku splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je proto v souladu s ustálenou soudní rozhodovací praxí nutno posuzovat restriktivně, což vyplývá např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu, sp. zn.: 1 Afs 23/2012 ze dne 20. 11. 2012 nebo rozsudku Krajského soudu v Brně, sp. zn.: 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015.
55. Jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona tedy lze v případě technických důvodů či 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 pořizuje určité plnění) posoudit potřebu budoucích (navazujících) plnění a v případě existence takové potřeby uzavřít takovou smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli a umožní realizovat tato předpokládaná navazující plnění bez využití jednacího řízení bez uveřejnění, např. tedy umožní plnění zadat v otevřenějších typech zadávacích řízení. V opačném případě by totiž zadavatel byl s budoucím užitím jednacího řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky (a takové jednací řízení bez uveřejnění by pak bylo logicky nezákonné).

56. 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 (příčemž 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.
57. K právě uvedenému Úřad odkazuje především na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013 sp. zn. 5 Afs 42/2012, ve kterém soud jednoznačně uvedl, že „(...) *jednací 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 nastatou situaci dostupnými právními prostředky změnit.*“. Pokud pak Nejvyšší správní soud v témže rozsudku uvedl, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážít, „*zda postup zadavatele je skutečně zaviněný či pouze nešikovný*“, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky, odkazuje Úřad na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015 sp. zn. 62 Af 112/2013, podle kterého „(...) *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.*“.
58. Shora uvedené restriktce vyplývají i z odstavce 50 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, s účinností ke dni 18. 4. 2016, ve kterém se uvádí, že „(...) *s ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení.*“.
59. K uvedenému Úřad dodává, že i z výše citované směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 tedy vyplývá, že jednací řízení bez uveřejnění by mělo být pouze výjimečným způsobem zadávání veřejných zakázek, a to tehdy, kdy zadavatel skutečně není z objektivních důvodů schopen zajistit požadované plnění jinak, než

prostřednictvím vybraného uchazeče, přičemž v žádném případě by nemělo docházet k nadužívání tohoto druhu zadávacího řízení. Přestože citovaná směrnice byla do českého právního řádu transponována až ke dni 1. 10. 2016, lze podpůrně odkázat rovněž na její znění, neboť podmínky stanovené pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění v citované směrnici se oproti podmínkám v době, kdy obviněný zahájil zadávání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle zákona, nezměnily.

60. Je tak zřejmé, že použít jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa nebo náhrada a dále jestliže neexistence soutěže není výsledkem umělého zúžení parametrů veřejné zakázky, tedy pokud se zadavatel svým vlastním jednáním nedostal do takové situace, kdy musel veřejnou zakázku zadat konkrétnímu dodavateli, protože si svým předchozím jednáním vytvořil podmínky, které umožňovaly zadání zakázky pouze konkrétnímu dodavateli.
61. Z pohledu posouzení postupu obviněného v případě šetřené veřejné zakázky je tedy s ohledem na výše uvedené nutné posoudit jednak naplnění „formální“ stránky jednacím řízení bez uveřejnění, tj. zda byly dány objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení (autorskoprávní či technické); je však nutné posoudit rovněž „materiální“ podmínku pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, a to zda obviněný stav výlučnosti dodavatele sám nevytvořil.
62. Dle předložené dokumentace, resp. dle čl. 2. „PŘEDMĚT A ROZSAH VEŘEJNÉ ZAKÁZKY“ písemné výzvy k jednání ze dne 26. 1. 2016 je předmětem plnění veřejné zakázky: *„(...) technická podpora a zajištění rozvoje aplikace Schengenského informačního systému (NS-SIS II) v letech 2016 – 2018, tj. od uzavření smlouvy do 31. 12. 2018. Jedná se o technickou podporu a s ní související služby pro řešení standardních provozních i krizových situací. Dále se jedná o zajištění rozvoje aplikace NS-SIS II, který bude požadován tak, jak budou vydávány příští regulace a nařízení Evropské komise a z požadavků uživatelů systému na národní straně.“*
63. Dále z čl. 1. „Vymezení pojmů“ rámcové smlouvy vyplývá, že systém NS SIS II je národní komunikační rozhraní Schengenského informačního systému druhé generace. Je to datový systém, který byl dodán na základě smlouvy o dílo, a který byl dále rozvíjen na základě dalších smluv uzavřených mezi obviněným a vybraným uchazečem (podrobněji viz dále v textu).
64. V dokumentu „Písemná zpráva zadavatele“ ze dne 29. 2. 2016 obviněný uvedl, že zahájil zadávací řízení formou jednacím řízení bez uveřejnění podle § 21 odst. 1 písm. d) zákona. Z písemné zprávy dále vyplývá, že důvodem pro užití jednacím řízení bez uveřejnění bylo, že *„Oslovený dodavatel je nositelem výhradních práv k autorským dílům vytvořených při realizaci předchozích zakázek v rámci budování NS-SIS II.“*
65. Tutéž skutečnost dále obviněný zmínil ve vyjádření ze dne 13. 3. 2017, když uvedl, že důvodem pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona byla skutečnost, že *„(...) společnost HP je vlastníkem výhradních majetkových práv k specifickému programovému vybavení, návrhům z oblasti architektonické, systémové, komunikační a aplikační, metodikám integrace, jakož i související dokumentace a celkového designu NS-SIS II a jejich jediným vykonavatelem.“*

66. V rámci řízení o přestupku obviněný doplnil podklady pro rozhodnutí mimo jiné i o čestné prohlášení vybraného uchazeče ze dne 26. 10. 2015, ve kterém vybraný uchazeč prohlašuje, že je ve smyslu autorského zákona „(...) *vlastníkem výhradních majetkových práv k specifickému programovému vybavení, návrhům z oblastí architektonické, systémové, komunikační a aplikační, metodikám integrace, jakož i související dokumentace a celkového designu NS-SIS a jejich jediným vykonavatelem. Tato práva nebyla poskytnuta žádné další právnické nebo fyzické osobě.*“.
67. Obviněný dále ve sdělení ze dne 20. 7. 2017 požadoval, aby Úřad akceptoval pro potřeby zahájeného řízení jako podklad pro rozhodnutí i znalecký posudek. Předmětem znaleckého posudku bylo posouzení šetřené veřejné zakázky pro účely záměru uzavřít smlouvu na její realizaci v jednacím řízení bez uveřejnění.
68. V části 2. „Nález“, bodu 2.2.2.2 „Technické důvody pro oslovení současného dodavatele“ znaleckého posudku je uvedeno následující: „*NS-SIS II je realizován jako systém složený z více SW komponent, které zajišťují jeho funkcionality. Všechny komponenty byly vyvinuty na základě definované architektury a prostředků HW a SW platformy. Dvě hlavní komponenty – na zakázku vyvíjený modul nssis a Autorem díla NS-SIS (viz 3.2 společnost HEWLETT-PACKARD) zakoupená verze komponenty SIB (COTS SW s doplněním specifík pro jednotlivé členské státy) jsou kompatibilní pouze s platformou HP-UX. Celý systém je tak úzce provázán s technologiemi HP, databáze jsou provozovány na diskovém poli HP 3PAR. S ohledem na složitost systému a potřebné odborné znalosti vyplývající jedině z několikaleté zkušenosti s vývojem, fungováním a podporou systému a zároveň s ohledem na znalost souhry jednotlivých komponent neexistuje na trhu jiný dodavatel než HP, který by tyto podmínky splňoval.*“.
69. Dále znalecký posudek obsahuje bod 3.2 „Posouzení možnosti JŘBÚ“, ze kterého vyplývá, že znalec již dne 3. 4. 2015 zpracoval jiný znalecký posudek na posouzení zakázky „Zvýšení dostupnosti systému NS-SIS II – část II“, v rámci kterého zodpověděl i tyto otázky:

Na otázku, zda jsou díla tvořící „Národní část Schengenského informačního systému druhé generace“ autorským dílem chráněným podle autorského zákona, znalec odpověděl ano, a dodal, že NS-SIS II je autorským dílem chráněným autorským zákonem podle § 2 odst. 2. Na otázku, zda je vybraný uchazeč držitelem, resp. vykonavatelem autorských práv k uvedenému dílu, bylo ve znaleckém posudku odpovězeno, že ano. Z další otázky a odpovědi pak vyplývá, že v rámci projektu Návrh a doplnění NS-SIS II bude nezbytné zasahovat do díla a provádět změny tak, že bude zasahováno do autorského díla. K otázce, kdo je oprávněn v rámci projektu Návrh a doplnění NS-SIS II zasahovat do díla a provádět jeho změny, znalec uvedl, že podle licenčních ujednání uzavřených v rámci smlouvy o dílo č. j. ZM-163/VZ 2006 ze dne 23. 10. 2006 v čl. 9.3 předal vybraný uchazeč vlastnická práva spolu s právy k zdrojovým kódům a jejich úpravám obviněnému. Na základě tohoto je dle znalce oprávněn v rámci projektu Technická podpora a zajištění rozvoje aplikace NS-SIS II v letech 2016 – 2018 zasahovat do díla a provádět jeho změny buď vybraný uchazeč, nebo obviněný, který však nemá možnost tuto činnost předat jinému subjektu. Na další otázku, a to zda má jiný subjekt než vybraný uchazeč nebo obviněný oprávnění zasahovat do díla a měnit ho tak, aby nedošlo k neoprávněnému zásahu do autorského díla, znalec odpověděl „*Ne, jiný subjekt než Autor nebo Zadavatel nemá oprávnění zasahovat do díla a měnit ho tak, aby nedošlo k neoprávněnému zásahu do autorského díla.*“.

subjektu je řešení projektu Návrh a doplnění NS-SIS II z technických a ekonomických důvodů nejefektivnější, znalec odpověděl, že z technických i ekonomických důvodů je nejvýhodnější řešení prostřednictvím vybraného uchazeče.

70. Znalec ve znaleckém posudku k výše uvedeným otázkám a odpovědím dodal, že tyto byly zpracovány již dříve, ve výše uvedeném posudku na posouzení zakázky „Zvýšení dostupnosti systému NS-SIS II – část II“. Vzhledem ke skutečnosti, že se však jedná o totožný systém a v názvu šetřené veřejné zakázky je zmíněn rozvoj tohoto systému, lze jednoznačně použít všechny otázky a odpovědi již jednou zpracované. Protože není znalec oprávněn k právnímu hodnocení, posuzuje tuto situaci pouze v rovině technické a ekonomické, přičemž dospěl k závěru, že šetřenou veřejnou zakázku je možné po stránce technické a ekonomické řešit prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění.
71. K uvedenému Úřad opakuje, že jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je zadavatel oprávněn využít pouze tehdy, pokud příslušná veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů, z uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
72. O použití příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. V šetřeném případě směřuje argumentace obviněného k použití § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu spočívajícího v možnosti splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem z důvodu technické náročnosti změny dodavatele a rovněž autorskoprávní ochrany.
73. K tomu Úřad opětovně uvádí, že aplikace ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. Je na obviněném, aby v rámci případného přezkumu jeho postupu ze strany Úřadu prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. Pouze tak může obviněný naplnit požadavek na přezkoumatelnost jeho postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti stanovené v § 6 odst. 1 zákona (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 5. 2007 ve věci sp. zn. 31 Ca 166/2005 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, sp. zn. 5 Afs 131/2007).
74. Prokázání důvodů použití jednacího řízení bez uveřejnění je tak plně na obviněném, 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 dodavateli. V této souvislosti je rovněž možné odkázat na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-385/02 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).*

75. Dále Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 3 As 18/2015-32 ze dne 25. 11. 2015 uvedl, „(...) že smyslem daného řízení bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění. (...)“. Pojmem „dané řízení“ se v citovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu rozumí správní řízení vedené před Úřadem, jehož předmětem bylo posouzení oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, a z uvedené citace tedy jasně vyplývá, že úkolem Úřadu ve správním řízení je posoudit, zda zadavatel naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění prokázal. Ke stejným závěrům pak dospěl i Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 95/2013-74 ze dne 13. 1. 2015, který byl následně potvrzen citovaným rozsudkem Nejvyššího správního soudu, a rovněž i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 93/2015.
76. Z výše uvedeného vyplývá, že důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na obviněném, jehož povinností je, aby doložil veškeré důvody, které svědčí pro naplnění podmínek § 23 zákona, v šetřeném případě konkrétně podmínek stanovených v § 23 odst. 4 písm. a) zákona a objektivně tedy prokázal zákonnost svého postupu. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě přestupků 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 obviněném. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě obviněný, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem a zvolil tedy tento druh zadávacího řízení oprávněně.
77. Úřad se tedy v šetřeném případě především zabýval otázkou, zda obviněný unesl důkazní břemeno a prokázal, že zadání šetřené veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona bylo v souladu se zákonem, přičemž na základě níže uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že obviněný důkazní břemeno v šetřeném případě neunesl.
78. Úřad se nejprve zabýval skutečností, zda zadavatelem uváděné technické důvody svědčí pro možnost zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Jak již bylo opakovaně zmíněno výše, je to právě obviněný, který je povinen, nade vší pochybnost prokázat objektivní existenci jediného dodavatele schopného plnit, tedy že v době zadání zakázky z technického hlediska opravdu neexistoval jiný dodavatel schopný z technického hlediska splnit předmět šetřené veřejné zakázky.

79. K výše uvedenému Úřad doplňuje, že z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 78/2013-148 ze dne 21. 12. 2015 rovněž vyplývá, že obviněný je povinen svá tvrzení o nemožnosti splnit předmět veřejné zakázky třetí osobou z technických důvodů relevantním způsobem doložit, což obviněný dle názoru Úřadu nesplnil. V rozsudku č. j. 3 As 18/2015-32 ze dne 25. 11. 2015 v té souvislosti Nejvyšší správní soud dovodil, že za účelem prokázání splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je obviněný povinen předložit takové podklady, ze kterých bude jednoznačně vyplývat důvodnost jeho postupu při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tedy že z předložených podkladů bude jednoznačně vyplývat, že veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem právě z technických důvodů, neboť „(...) považuje dále za vhodné akcentovat úvahu krajského soudu zmíněnou v úvodní části odůvodnění napadeného rozsudku, se kterou se ztotožňuje, podle níž relevantním podkladem k prokázání důvodů pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ mohou být toliko listiny obsahující odborné technické hodnocení, (...).“. Rovněž tak z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0823/2014/VZ-44764/2016/512/VNv ze dne 4. 11. 2016 vyplývá, že je to obviněný, který je povinen v rámci správního řízení předložit takové důkazy, které prokáží, že v době zadání šetřené veřejné zakázky neexistoval žádný jiný dodavatel, než vybraný uchazeč, který by byl schopný splnit předmět veřejné zakázky z technických důvodů. Takovými důkazy by pak obviněný měl disponovat již v okamžiku zahájení zadávání šetřené veřejné zakázky.
80. Obviněný k oprávněnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění u šetřené veřejné zakázky s ohledem na technické důvody předložil Úřadu znalecký posudek, z jehož části 2. „Nález“, bodu 2.2.2.2 „Technické důvody pro oslovení současného dodavatele“ vyplývá, že „(...) Dvě hlavní komponenty – na zakázku vyvíjený modul nssis a Autorem díla NS-SIS (viz 3.2 společnost HEWLETT-PACKARD) zakoupená verze komponenty SIB (COTS SW s doplněním specifik pro jednotlivé členské státy) jsou kompatibilní pouze s platformou HP-UX. Celý systém je tak úzce provázán s technologiemi HP, databáze jsou provozovány na diskovém poli HP 3PAR. S ohledem na složitost systému a potřebné odborné znalosti vyplývající jedině z několikaleté zkušenosti s vývojem, fungováním a podporou systému a zároveň s ohledem na znalost souhry jednotlivých komponent neexistuje na trhu jiný dodavatel než HP, který by tyto podmínky splňoval.“.
81. Ze znaleckého posudku tak dle názoru obviněného vyplývá, že na trhu neexistuje jiný dodavatel, než vybraný uchazeč, který by z technického hlediska byl schopen předmět šetřené veřejné zakázky splnit.
82. Dle názoru Úřadu však z předmětného znaleckého posudku vyplývá pouze to, že vybraný uchazeč je tím, kdo zná předmětný systém, má zkušenosti s jeho vývojem a fungováním, neboť celý systém je úzce provázán s jeho technologiemi a z tohoto důvodu je tak jediným dodavatelem, který je z technických důvodů schopen splnit předmět šetřené veřejné zakázky.
83. K technickým důvodům, které mají svědčit o nutnosti zadat předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, pak obviněný pouze dále uvedl, že rozvoj komplexních systémů různými dodavateli obnáší rizika z hlediska zabezpečení chodu systému, neboť dodavatel, který převezme rozvoj systému po původním dodavateli, systém detailně nezná.

84. V této souvislosti však Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 78/2013-148 ze dne 21. 12. 2015, ze kterého vyplývá, že „(...) *Skutečnost, že tento uchazeč byl dosavadním dodavatelem žalobce, zná jeho IT prostředí a má tudíž jisté know-how, totiž sama o sobě není technickým důvodem pro zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění tomuto dodavateli. Tím by (...) mohly být vedle již zmíněné neslučitelnosti též provozní problémy, které by vznikly změnou dodavatele. K tomu je nutno poznamenat, že určité riziko provozních problémů v souvislosti se změnou dodavatele zde z povahy věci bude vždy, avšak aby bylo relevantní a akceptovatelné pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, je třeba, aby se jednalo o riziko značné, zapříčiněné právě technickými parametry a jednoznačně tvrzené a doložené zadavatelem – žalobcem.*“.
85. Z právě citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně tedy vyplývá, že pouhá skutečnost, že vybraný uchazeč detailně zná podrobně celý systém, není sama o sobě technickým důvodem pro zadání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. K tomu, aby mohl obviněný zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči, je třeba, aby riziko z hlediska zabezpečení chodu IT systému bylo značné a bylo zapříčiněno právě technickými parametry, tedy že z technických důvodů není možné, aby bylo plnění veřejné zakázky provedeno jinou osobou než vybraným uchazečem.
86. Ze znaleckého posudku, aby mohl být považován za relevantní podklad obsahující odborné technické hodnocení, prokazující technickou výlučnost konkrétního dodavatele, by tedy mělo vyplývat, jaké konkrétní technické důvody (které by měly být v posudku jasně a přesně popsány) existují a vedou k tomu, že předmět šetřené veřejné zakázky nemůže realizovat jiný dodavatel než vybraný uchazeč. Znalecký posudek předložený obviněným však žádné konkrétní technické důvody (mezi něž nepatří pouhá kompletní znalost fungování systému), proč musí být předmět plnění šetřené veřejné zakázky realizován pouze vybraným uchazečem, neuvádí.
87. Dle názoru Úřadu tedy obviněný technické důvody, které by odůvodňovaly použití jednacím řízení bez uveřejnění, nesdělil, resp. neprokázal a nevyplývají ani z předloženého znaleckého posudku, když ten pouze uvádí, že předmětný systém v sobě zahrnuje komponenty dodávané vybraným uchazečem a celý systém je tedy provázán s technologií vybraného uchazeče. Nicméně skutečnost, že určitý systém funguje na jednotlivých komponentech konkrétního uchazeče (výrobce) je zcela běžná, a nic nevyovídá o tom, že by nebylo možné na takové komponenty navázat systém jiného dodavatele, resp. zadavatel neprokázal (toto ani znalecký posudek nijak podrobněji nespécifikuje), jaké problémy by tím mohly vzniknout, resp. neuvádí žádné konkrétní důvody, proč nelze daný systém z technického hlediska spravovat i jiným dodavatelem. Nadto v čl. 15. „Licence“ rámcové smlouvy (podrobněji viz bod 47. odůvodnění tohoto rozhodnutí) si obviněný a vybraný uchazeč sjednali, že obviněný je oprávněn získat kompletní autorská práva k danému systému, a tím i možnost komplexního oprávnění výkonu vlastnických práv, včetně provádění změn prostřednictvím třetích osob. V čl. 15.5 rámcové smlouvy je výslovně uvedeno, že *„Dodavatel se zavazuje před ukončením této Smlouvy poskytnout Objednateli, **případně Novému smluvnímu dodavateli** Objednatele **součinnost nezbytnou k převzetí technické podpory a rozvoje NS-SIS II, což zahrnuje činnosti vymezené v Příloze č. 1 Smlouvy. Nový smluvní dodavatel bude Dodavateli oznámen písemně, a to neprodleně po podpisu jeho smlouvy s Objednatelem. Dodavatel nemá povinnost poskytnout uvedenou součinnost třetí osobě bez řádně***

podepsané smlouvy s Objednatelem o poskytování technické podpory resp. rozvoje NS-SIS II.“ K právě uvedenému Úřad dodává, že pokud by tedy skutečně nemohlo z technických důvodů dojít k úpravám systému NS-SIS II nikým jiným než vybraným uchazečem, pak by smluvní ujednání v rámcové smlouvě upravující součinnost s novým dodavatelem, postrádalo jakýkoliv smysl, neboť i v případě všech potřebných licenčních oprávnění, by, v případě technické neslučitelnosti, nebyl schopen úpravy systému NS-SIS II provést nikdo jiný než vybraný uchazeč. Z uvedeného důvodu argument znalce uvedený ve znaleckém posudku o nemožnosti splnění předmětu šetřené veřejné zakázky z technických důvodů (znalost jednotlivých komponent a propojenost systému s platformou vybraného uchazeče) jiným dodavatelem, nelze dle názoru Úřadu akceptovat, neboť není podrobně odůvodněn a relevantně prokázán, když pouze obecně konstatuje, že systém obsahuje komponenty vybraného uchazeče a z toho důvodu není možné systém upravovat jiným dodavatelem, přičemž tomu odporuje i citované ustanovení rámcové smlouvy, kdy je zřejmé, že zadavatel si sjednal možnost úpravy systému i třetími stranami, což by, v případě technické neslučitelnosti, ani nebylo možné.

88. K uvedenému Úřad dodává, že obviněný ani blíže nespecifikoval, jaká konkrétní rizika se zabezpečením chodu systému by mohla nastat, ani jaká míra rizikovosti by byla spojená s realizací předmětu šetřené veřejné zakázky jiným dodavatelem. Obviněný ve vyjádření ze dne 15. 6. 2017 pouze uvedl, že u systému NS-SIS II je vyžadována dostupnost na 99,99%, což znamená nedostupnost systému v řádu jednotek minut za měsíc. Uvedený argument obviněného však pouze pojmenovává jednu z technických podmínek provozu systému NS-SIS II, a nespecifikuje tedy žádné konkrétní riziko, tedy technický důvod, který by mohl nastat v případě změny dodavatele. Uvedené skutečnosti nevyplývají ani z vyjádření obviněného, ani z dokumentace o veřejné zakázce.
89. S ohledem na skutečnost, že zadavatel musí v řízení před Úřadem prokázat, že z hlediska technického opravdu neexistoval v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky, Úřad uvádí, že povinnost zjištění skutkového stavu věci Úřadem se s ohledem na přenos důkazního břemene v souvislosti s doložením naplnění podmínek opravňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda zadavatel toto důkazní břemeno unesl. Je tedy povinností zadavatele, aby svůj postup spočívající v zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona byl schopen nejen odůvodnit, ale své závěry o existenci důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona také doložit relevantními podklady. Úřad tedy nerezignuje na svoji povinnost zjistit úplný skutkový stav věci, avšak nemůže za zadavatele povinnost ohledně doložení existence objektivních důvodů k použití jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona suplovat. Úřad má tedy v šetřeném případě povinnost posoudit, zda zadavatel unesl důkazní břemeno, tedy zda prokázal naplnění důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž jak vyplývá, z výše uvedeného, obviněný důkazní břemeno v tomto smyslu neunesl, neboť konkrétní technické důvody obviněný nesdělil a nebyly dostatečně prokázány ani v předloženém znaleckém posudku, který k technickým důvodům uvádí pouze skutečnost, že systém funguje na komponentech vybraného uchazeče, což však nijak neprokazuje, že by předmětnou veřejnou zakázku nemohl realizovat jiný dodavatel.

90. Na základě výše uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že technické důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění nebyly obviněným doloženy a obviněný tak neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacím řízení bez uveřejnění, když pouze odkazuje na údajnou existenci těchto důvodů, aniž by však jejich existenci relevantně doložil, přičemž je to právě obviněný, který je nositelem tohoto důkazního břemene.
91. Dále Úřad dodává, že obviněný citoval i z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 43/2012-54 a rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 62/2012-367, ze kterých vyplývá možnost zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, a to především u informačních systémů, pokud k tomu vedou obviněného jednak technické důvody (jejichž existence byla Úřadem vyvrácena výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí), pro které by plnění od jiného dodavatele mohlo vyvolat vyšší náklady nebo značné riziko nefunkčnosti pořízeného plnění, tedy kdy existuje skutečný a prokazatelný stav technické neslučitelnosti či provozních problémů, které by vznikly z důvodu změny dodavatele. Současně z citovaných rozsudků vyplývá, že by obviněný v takovém případě měl posoudit svůj postup při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž i z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky (podrobněji viz bod 18. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
92. V této souvislosti obviněný argumentuje tím, že nový dodavatel zpravidla nezasahuje do zdrojového kódu, ale vyměňuje celé moduly, což je zpravidla ekonomicky náročnější. Podle názoru obviněného je tedy rovněž třeba zkoumat, zda byl oprávněn zadat šetřenou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění i z ekonomického hlediska, tedy z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti vynakládání veřejných prostředků.
93. K argumentaci obviněného o hospodárnosti jeho postupu Úřad dále uvádí, že postup, kdy zadavatel od uzavření smlouvy o dílo, na základě které byl Schengenský informační systém vytvořen, opakovaně uzavírá s vybraným uchazečem smlouvy týkající se provozování a úprav systému, lze jen stěží považovat za postup hospodárný, resp. hospodárnější, než kdyby předmětné služby byly zajišťovány dlouhodobě dodavatelem vybraným např. na základě otevřeného řízení. Nejvyšší správní soud již v rozsudku sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11.1.2013 výslovně uvedl, že v jednacím řízení bez uveřejnění se upřednostňují jiné zájmy spíše než transparentní a hospodárné zadání veřejné zakázky.
94. K otázce dodržení zásady hospodárnosti se vyjádřil např. i předseda Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř ze dne 29. 9. 2016, když uvedl, 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.“. V této souvislosti pak Úřad dále odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015, ve kterém soud – příléhavě i na posuzovaný případ – uvedl: „Tu soud také poznamenává, 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.“.

95. Úřad v této souvislosti odkazuje dále i na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 18/2015 – 32, ve kterém je uvedeno, že „(...) důkazní břemeno, pokud jde o prokázání naplnění podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, svědčí zadavateli (stěžovateli), proto nelze důvodně požadovat po správních orgánech či krajském soudu, aby se nad rámec podkladů předložených stěžovatelem zabývaly „porovnáním ekonomických výdajů stěžovatele na pořízení nového programového vybavení“. Nejvyšší správní soud se pak ztotožňuje se závěry krajského soudu i v tom smyslu, že zásada hospodárnosti nemůže mít automaticky aplikační přednost před splněním striktních zákonných podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, a to zvláště tehdy, pokud stěžovatel nemá k dispozici důkladný ekonomický rozbor svědčící takové výhodnosti.“. Ekonomická stránka předmětné zakázky tedy sama o sobě nemůže být důvodem pro využití jednacního řízení bez uveřejnění a jakkoli odborně provedená analýza či odborný posudek nemůže plnohodnotně nahradit chování soutěžitelů na volném trhu. V daném případě navíc zadavatel hospodárnost svého postupu prostřednictvím ekonomické analýzy či jiného relevantního podkladu nijak nedoložil. V daném případě tedy není možné posoudit rozpor požadavku na zajištění konkurenčního prostředí s požadavkem na hospodárné, efektivní a účelné vynakládání veřejných prostředků. „Ekonomičnost“, resp. hospodárnost zadavatelem provedeného řešení, tedy zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči bez soutěže, je tedy v tomto případě zcela v rovině tvrzení obviněného, které není žádným způsobem doloženo (zadavatel nepředložil ekonomickou analýzu, ani žádný jiný dokument, který by ekonomickou výhodnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění prokazoval).
96. Úřad dále uvádí, že obviněný ve vyjádření ze dne 20. 7. 2017 rovněž uvedl, že šetřená veřejná zakázka mohla být splněna jen vybraným uchazečem, a to mimo jiné i s ohledem na ochranu výhradních práv, což vyplývá i z obsahu čestného prohlášení vybraného uchazeče, podle kterého je vybraný uchazeč vlastníkem výhradních práv k specifickému programovému vybavení, návrhům z oblasti architektonické, systémové, komunikační a aplikační, metodikám integrace, jakož i související dokumentace a celkového designu NS-SIS a je jejich jediným vykonavatelem.
97. Pokud jde o zadavatelem tvrzenou existenci objektivních důvodů pro použití jednacního řízení bez uveřejnění spočívajících v nutnosti ochrany autorských práv, pak Úřad uvádí, že je nutné vycházet především z předmětu smlouvy o dílo, předmětu šetřené veřejné zakázky, který je definován jednak výzvou k jednání a dále i uzavřenou rámcovou smlouvou na tuto veřejnou zakázku.
98. Podle čl. 1. „Předmět smlouvy“ bodu 1.1 smlouvy o dílo, bylo předmětem této smlouvy „(...) vybudování (dodávka – vývoj, instalace, implementace a zajištění jeho záručního servisu) národního Schengenského informačního systému (projektu) (dále jen „NS-SIS“).“.
99. Z licenčních ujednání v čl. 9.3 smlouvy o dílo vyplývá, že obviněný má právo dílo NS-SIS II, které je předmětem autorskopravní ochrany podle autorského zákona, užívat. Čl. 9.2 smlouvy o dílo uvádí, že „(...) Zhotovitel poskytuje touto smlouvou Objednateli nepřevoditelnou neexkluzivní licenci k užití software, který tvoří součást NS-SIS, a ostatní licenční podmínky budou závislé na podmínkách dohodnutých s výrobcem příslušného software, od kterého Zhotovitel licenci koupí. Objednatel je povinen při používání software ve vztahu k rozsahu práv a povinností uživatele SW dodržovat takové ostatní licenční podmínky pro užívání příslušného software. Zhotovitel je povinen licenční podmínky Objednateli

poskytnout nejpozději při předání příslušné fáze NS-SIS v místě dodání.“; čl. 9.3 smlouvy o dílo rovněž obsahuje ujednání, podle kterého „(...) Objednatel bude vykonavatelem vlastnických práv autora k takovému software. Výkon těchto vlastnických práv zahrnuje i práva ke zdrojovým kódům předmětného SW a jejich úpravy (...)“ (podrobněji viz bod 52. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

100. V šetřeném případě je pak předmětem veřejné zakázky zásah do stávajícího systému NS-SIS II, neboť předmětem plnění veřejné zakázky je podle čl. 2. „Předmět a rozsah veřejné zakázky“ výzvy k jednání technická podpora a zajištění rozvoje systému NS-SIS II v letech 2016 – 2018, tj. od uzavření smlouvy do 31. 12. 2018. Jedná se o technickou podporu a s ní související služby pro řešení standardních provozních i krizových situací. Dále se jedná o zajištění rozvoje aplikace NS-SIS II, přičemž rozvoj aplikace bude probíhat dle příštích regulací a nařízení Evropské komise a na základě požadavků uživatelů systému na národní straně.
101. Systém NS-SIS II lze přitom nepochybně kvalifikovat jako autorské dílo ve smyslu § 2 odst. 2 autorského zákona, jak to vyplývá z čl. 9. „Práva duševního vlastnictví a licence“ smlouvy o dílo, z čl. 15. „Licence“ rámcové smlouvy, tak i ze znaleckého posudku.
102. K uvedenému dále Úřad uvádí, že z podkladů poskytnutých obviněným rovněž vyplývá, že systém NS-SIS byl po jeho vytvoření na základě smlouvy o dílo dále provozován, spravován a rozvíjen na základě dalších smluv, které obviněný v mezidobí od uzavření smlouvy o dílo do uzavření rámcové smlouvy uzavřel s vybraným uchazečem (podrobněji viz bod 114. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad pouze pro úplnost uvádí, že z těchto uzavřených smluv nevyplývá, že by obviněný získal k systému NS-SIS širší oprávnění týkající se práva užívat a upravovat systém, než jaké bylo sjednáno ve smlouvě o dílo.
103. V souhrnu výše uvedených skutečností Úřad rekapituluje, že systém NS-SIS byl pro obviněného vytvořen na základě smlouvy o dílo, přičemž jakožto počítačový program je chráněn coby dílo ve smyslu příslušných autorskoprávních předpisů, což vyplývá jednak z čl. 9. „Práva duševního vlastnictví a licence“ smlouvy o dílo, dále z čl. 15. „Licence“ rámcové smlouvy, i ze znaleckého posudku. Ze smlouvy o dílo, jakož i z některých následně uzavřených smluv mezi obviněným a vybraným uchazečem, vyplývá, že obviněný je oprávněn systém NS-SIS užívat. Dále z čl. 9.3. smlouvy o dílo vyplývá, že obviněný bude vykonavatelem vlastnických práv autora k software, který je pro něho vytvořen na objednávku, přičemž výkon těchto vlastnických práv zahrnuje práva ke zdrojovým kódům předmětného software a jejich úpravy. Pro úplnost Úřad dodává, že i ze znaleckého posudku vyplývá právo obviněného provádět úpravy systému, neboť k otázce, kdo je oprávněn v rámci projektu Návrh a doplnění NS-SIS II zasahovat do díla a provádět jeho změny, znalec uvedl, že podle licenčních ujednání uzavřených v rámci smlouvy o dílo č. j. ZM-163/VZ 2006 ze dne 23. 10. 2006 v čl. 9.3 předal vybraný uchazeč vlastnická práva spolu s právy k zdrojovým kódům a jejich úpravám obviněnému. Z výše uvedených skutečností vyplývá, že do Schengenského informačního systému může zasahovat a provádět jeho změny buď vybraný uchazeč, nebo obviněný, který však nemá možnost tuto činnost předat jinému subjektu.
104. Předmětem šetřené veřejné zakázky je pak zásah do systému NS-SIS II, neboť předmětem plnění veřejné zakázky je zajištění technické podpory a rozvoje tohoto systému spočívající

v zajištění technické podpory a s ní související služby pro řešení standardních provozních i krizových situací. Dále se jedná o zajištění rozvoje aplikace NS-SIS II, který bude požadován na základě budoucích regulací a nařízení Rady Evropské unie a požadavků uživatelů systému na národní straně.

105. Jak již Úřad uvedl, z judikatury citované v odůvodnění tohoto rozhodnutí jednoznačně vyplývá, že při posuzování naplnění podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona je nezbytné vždy zkoumat nejen to, zda objektivně existují výhradní práva svědčící konkrétnímu dodavateli, s ohledem na něž není možno veřejnou zakázku zadat jinému subjektu, ale je nutno zkoumat i naplnění materiální podmínky pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění, tj. zda obviněný stav výlučnosti tohoto dodavatele pro plnění veřejné zakázky sám nevytvořil. Aniž by tedy bylo nutno se blíže zabývat obsahem ve smlouvě o dílo sjednaného práva obviněného systém NS-SIS užívat a provádět jeho úpravy (zejména s ohledem na vymezení obsahu tohoto práva v příslušných autorskoprávních předpisech), Úřad konstatuje, že obviněným tvrzená autorskoprávní ochrana systému NS-SIS II a z ní plynoucí nemožnost jiného dodavatele do systému zasahovat by jako oprávněný důvod pro použití jednacím řízení bez uveřejnění obstála pouze v případě, že by ji obviněný sám nezpůsobil. Z toho důvodu se Úřad dále zabýval naplněním materiální podmínky použití jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany autorských práv, tj. posouzením, zda obviněný jím tvrzený stav, kdy veřejnou zakázku podle něj může splnit pouze vybraný uchazeč, sám nevytvořil.
106. 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 obviněný stav exkluzivity způsobil sám, je či není při posouzení naplnění podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona relevantní. Z citovaného rozsudku považuje Úřad za vhodné přímo citovat, že *„(...) jednacím 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 i fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastatou situací dostupnými právními prostředky změnit.“* Závěry tohoto rozsudku taktéž korespondují se závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 28. 11. 2012, v němž se Nejvyšší správní soud zabýval situací, kdy byl postup obviněného při zadávání veřejné zakázky zatížen vadou již při tvorbě nedokonalé a nepodložené projektové dokumentace a dospěl k závěru, že *„(...) předvídatelnou nedokonalost projektové dokumentace a nemožnost na jejím základě dokončit původní předmět díla nelze následně zhojit zadáním prací pomocí jednacím řízení bez uveřejnění.“* Nejvyšší správní soud také odkázal na dřívější rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 3/2002 ze dne 5. 11. 2002, v němž soud konstatoval, že okolnosti, které by mohly odůvodňovat postup, kdy obviněný osloví jednoho konkrétního zájemce, nemohou vycházet ze stavu, kdy si obviněný nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až je následně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolává se postupu dle daného ustanovení zákona.
107. 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.“

108. Z výše uvedeného vyplývá, že aby bylo možno konstatovat, že obviněný, 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, „(...) aby 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).
109. K uvedenému Úřad uvádí, že předmětem plnění smlouvy o dílo uzavřené již dne 23. 10. 2006 s vybraným uchazečem (na základě této smlouvy byl Schengenský informační systém vytvořen, pozn. Úřadu) bylo podle „Preambule“ smlouvy o dílo „(...) vybudování národního Schengenského informačního systému splňujícího požadavky Evropské komise v rozsahu specifikovaném touto smlouvou.“ a podle čl. 1. „Předmět smlouvy“ bodu 1.1 smlouvy o dílo „(...) vybudování (dodávka – vývoj, instalace, implementace a zajištění jeho záručního servisu) národního Schengenského informačního systému (projektu) (dále jen „NS-SIS“).“
110. K výše popsanému Úřad dodává, že z obsahu smlouvy o dílo a jeho dodatků vyplývá, že jednotlivé dodatky smlouvy o dílo byly uzavírány především z důvodů nových požadavků, pokynů, závazných doporučení jak Rady Evropské unie, tak výkonných orgánů zúčastněných na centrálním projektu SIS, které se týkaly předmětu uzavřené smlouvy o dílo.
111. Jak vyplývá z vyjádření obviněného ze dne 15. 6. 2017, vstup České republiky do Schengenského prostoru byl podmiňován existencí systému NS-SIS, a proto se jeho vytvoření stalo národní prioritou.
112. Z tohoto důvodu muselo být obviněnému známo rozhodnutí Rady ze dne 31. 5. 2005 pod číslem 2005/0103 (CNS) o zřízení, provozu a využívání Schengenského informačního systému druhé generace (SIS II), ve kterém je mimo jiné uvedeno, že se zřizuje „(...) automatizovaný informační systém nazývaný Schengenský informační systém druhé generace (dále jen „SIS II“), který umožní příslušným orgánům členských států spolupracovat prostřednictvím výměny informací za účelem kontroly osob a věcí.“ (viz. čl. 1 „Zřízení a obecný cíl SIS II“). Podle článku 6 „Vnitrostátní systémy“ Rady Evropské unie rozhodla, že „Každý členský stát odpovídá za provozování a údržbu svého NS i za jeho propojení se SIS II.“
113. Z výše uvedených skutečností je zřejmé, že obviněný věděl již v době uzavření smlouvy o dílo, a to s ohledem na výše citované rozhodnutí Rady, že musí systém udržovat v provozu, a že rovněž odpovídá za jeho neustálé propojení s centrálním systémem SIS. Obviněný tak musel mít prokazatelně vědomí o potřebě budoucích aktualizací, úprav a doplnění tohoto systému, neboť se jedná o systém, který má zajistit vzájemnou spolupráci mezi příslušnými orgány členských států Evropské unie, a to za účelem zajištění vysoké úrovně bezpečnosti na územích členských států Evropské unie, který umožní výměnu informací za účelem kontroly osob a věcí. Obviněnému muselo být již při uzavírání smlouvy o dílo zřejmé, že systém NS-SIS II bude užívat dlouhodobě a bude proto třeba provádět např. s ohledem na požadavky

Evropské unie a na požadavky uživatelů systému na národní straně jisté úpravy. Potřebu budoucích aktualizací a úprav systému musel obviněný předpokládat i bez ohledu na skutečnost, že nejdříve byl na základě smlouvy o dílo vyhotoven systém SIS na základě portugalského řešení a že ke spuštění systému NS-SIS II došlo na základě smlouvy o dílo až v roce 2013, jak vyplývá z vyjádření obviněného ze dne 15. 6. 2017.

114. K právě řečenému dále Úřad dodává, že obviněný předtím, než uzavřel šetřenou rámcovou smlouvu, uzavřel s vybraným uchazečem následující smlouvy:

- smlouvu PPR-17257-24/ČJ-2012-990656 ze dne 4. 2. 2013 – jednalo se o smlouvu na dodávku produktů a služeb za účelem realizace veřejné zakázky „Obnova infrastruktury SIS II před spuštěním do rutinního provozu (1. etapa) a diskové pole pro testy SIS II“;
- smlouvu TP2013-PPR-13979-23/ČJ-2013-990656 ze dne 23. 8. 2013 s názvem „Technická podpora NS-SIS II“ – předmětem plnění smlouvy byla podle čl. I. „Předmět smlouvy“ technická podpora systému NS-SIS II, a to (podle čl. VI. „Místo a doba plnění“ uvedené smlouvy) v období od 1. 8. 2013 do 31. 12. 2013;
- smlouvu PPR-29573-30/ČJ-2013-990656 ze dne 7. 4. 2014 – jednalo se o kupní smlouvu, jejímž předmětem byla dodávka HW a SW, obnova a zaintegrování technologie záložního centra SIS II;
- smlouvu TP2014-PPR-30625-22/ČJ-2013-990656 ze dne 25. 4. 2014 s názvem „Technická podpora a čtecí kopie NS-SIS II 2014“ – předmětem plnění smlouvy byla podle čl. I. „Předmět smlouvy“ technická podpora systému NS-SIS II, a to (podle čl. VI. „Místo a doba plnění“ uvedené smlouvy) v období od 1. 4. 2014 do 31. 12. 2014, a dále doplňkové služby na vyžádání podle příl. č. 1 této smlouvy realizované na bázi čas a materiál pro minimální rozvoj systému a dále rozvoj systému v souladu s požadavky ze strany Evropské unie podmíněné schválením vedení projektu;
- smlouvu TP2015-PPR-25960-49/ČJ-2014-990656 ze dne 30. 3. 2015 s názvem „Technická podpora aplikace NS-SIS II 2015“ – předmětem plnění smlouvy byla podle čl. I. „Předmět smlouvy“ technická podpora systému NS-SIS II, a to (podle čl. VI. „Místo a doba plnění“ uvedené smlouvy) v období od podpisu smlouvy do 31. 12. 2015, a dále doplňkové služby na vyžádání podle příl. č. 1 této smlouvy realizované na bázi čas a materiál pro minimální rozvoj systému a dále rozvoj systému v souladu s požadavky ze strany Evropské unie podmíněné schválením vedení projektu;
- smlouvu PPR-5780-42/ČJ-2015-990656 ze dne 16. 6. 2015 s názvem „Zvýšení dostupnosti systému NS-SIS II – část II“ – předmětem plnění smlouvy byl podle čl. I. „Předmět smlouvy“ návrh a doplnění systému NS-SIS II pro zvýšení celkové kapacity, dostupnosti a efektivnosti.

115. K uvedenému Úřad dodává, že jak vyplývá z předmětu plnění jednotlivých výše specifikovaných smluv (viz bod 114. odůvodnění tohoto rozhodnutí), obviněný systém NS-SIS II i poté, co již byla ukončena platnost a účinnost smlouvy o dílo, nadále užíval, upravoval či rozšiřoval jeho kapacitu, a to vždy na základě smluv uzavřených s vybraným uchazečem. Obviněný argumentuje skutečností, že při vzniku systému NS-SIS byl znám záměr Portugalska na povýšení centrálního SIS I a dodání portugalského řešení všem přístupujícím zemím, tedy i České republice; vzhledem k uvedeným skutečnostem se podle obviněného smluvní ošetření jeví jako dostačující, protože nebyla jistota, na jakou dobu bude systém NS-SIS II tvořen, a zda vůbec bude systém NS-SIS II dokončen. Dále obviněný uvádí, že projekt NS-SIS

II byl následně pozastaven od roku 2008 do roku 2010 a do provozu byl spuštěn až v roce 2013; dle obviněného tedy v dané situaci nebyl způsobilý odhadovat životnost informačního systému, s čímž souvisí i zajištění výkonu autorských práv v nejširším rozsahu. Z právě uvedeného je však zcela zřejmé, že i pokud by Úřad připustil, že obviněný při uzavírání původní smlouvy o dílo nemusel mít zcela jasnou představu o fungování systému, jeho udržitelnosti a způsobu zajištění jeho fungování, pak ale nejpozději v roce 2013, kdy byl spuštěn ostrý provoz systému, takové jistoty nabyl, a tudíž nejpozději od okamžiku uzavření smlouvy TP2013-PPR-13979-23/ČJ-2013-990656 ze dne 23. 8. 2013 s názvem „Technická podpora NS-SIS II“, jejímž předmětem byla podle čl. I. „Předmět smlouvy“ technická podpora systému NS-SIS II, a to v období od 1. 8. 2013 do 31. 12. 2013, kterou uzavřel s vybraným uchazečem, měl vzniklý stav exkluzivity napravit, neboť od této chvíle bylo už zcela zřejmé, že obviněný je povinen systém udržovat a spravovat (viz rozhodnutí Rady), a že to bude právě obviněný, kdo bude muset správu systému zajišťovat. Aby byl obviněný oprávněn použit pro zadání veřejné zakázky jednací řízení bez uveřejnění, musí 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 dodavateli. Z výše uvedeného vyplývá, že uvedená premisa nebyla jednáním obviněného naplněna.

116. K tomuto Úřad dodává, že z vyjádření obviněného ze dne 15. 6. 2017 vyplývá, že při zavádění systému NS-SIS obviněný vycházel z předpokladu, že bude vytvořen tým při kanceláři SIS, který bude dodané řešení upravovat vlastními prostředky. Jak dále obviněný v citovaném vyjádření uvedl, k vytvoření dostatečných programátorských, analytických a projektových kapacit jen pro SIS II však nedošlo a obviněný se při zajišťování dalších služeb souvisejících s provozem NS-SIS II obracel na vybraného uchazeče. K právě uvedenému lze však pouze odkázat na výše řečené, neboť jestliže při uzavírání smlouvy o dílo obviněný takovou skutečnost předpokládal, tedy autorská práva a licenční podmínky nesjednal vhodným způsobem s ohledem na jeho předpoklad úpravy systému vlastními prostředky, pak mu ale v dalším průběhu, resp. při uzavírání dalších navazujících smluv, již muselo být zřejmé, že takové řešení nebude realizováno a tomu měl tedy přizpůsobit ujednání obsažená v dalších navazujících smlouvách. Je třeba si uvědomit, že původní smlouva byla uzavřena v roce 2006; nelze tedy přijmout argument obviněného, že během deseti let mohl stále oprávněně očekávat, že bude vytvořen tým, který bude systém spravovat. V šetřené veřejné zakázce byla smlouva uzavřena dne 26. 2. 2016, přičemž od roku 2006 měl obviněný možnost a zároveň tedy i povinnost ustanovení týkající se autorských práv a licenčních podmínek upravit tak, aby mohl veřejné zakázky týkající se systému NS-SIS realizovat i jiný dodavatel; jestliže tak obviněný neučinil, nelze pak využití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona považovat za souladné se zákonem, resp. naplňující materiální stránku předmětného ustanovení zákona.
117. Obviněný si tedy již v době pořizování systému NS-SIS II, popř. nejpozději v roce 2013 musel být vědom potřeby jeho dalšího rozvoje, aktualizací, rozšíření či úprav. Situaci, kdy musel jakékoliv další úpravy zadávat výhradně vybranému uchazeči, si tak obviněný v šetřeném případě vytvořil vědomě. V daném případě tedy neplatí, že by se jednalo o úpravy, o kterých nešlo v době přípravy zadávacího řízení rozumně očekávat, že nastanou, a obviněný měl již

v době uzavírání původní smlouvy o dílo, popř. smluv navazujících na tuto budoucí potřebu myslet a způsob pořízení softwaru, popř. jeho dalších úprav tomuto přizpůsobit.

118. V rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013 je dále uvedeno, 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 „(...) zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento stav exkluzivity vytvořil“, což zcela nepopíratelně potvrzuje dílčí závěr Úřadu, že obviněný nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když postupoval tak, že zadával šetřené veřejné zakázky s odkazem na existenci výhradního práva vybraného uchazeče, jejichž existence je nadto s ohledem na zákonné licence dle § 66 odst. 1 písm. a) a b) autorského zákona přinejmenším sporná.
119. Pokud pak obviněný ve vyjádření ze dne 15. 6. 2017 dále uvádí, že v době uzavření smlouvy o dílo nemohl odhadovat životnost informačního systému, a že tudíž s tím souviselo i zajištění výkonu autorských práv sjednané ve smlouvě o dílo, nelze tento argument přijmout, neboť ze závazků vyplývajících z členství v Evropské unii a vstupu České republiky do Schengenského prostoru mělo být obviněnému nepochybně zřejmé, že bude muset vytvořit systém, který by zajistil propojení příslušných orgánů členských států za účelem zajištění vysoké úrovně bezpečnosti, a že zároveň bude třeba takový systém dlouhodobě rozvíjet a udržovat v technicky odpovídajícím stavu, aby byly plněny závazky České republiky, a to po dobu, kdy bude Česká republika členskou zemí Schengenského prostoru, a to bez ohledu na skutečnost, jak bude takový systém nazván a na základě jakého řešení bude vytvořen.
120. Pokud by přitom obviněný „vysoutěžil“ již v původní veřejné zakázce, na jejíž realizaci uzavřel smlouvu o dílo, popř. nejpozději následně v roce 2013, kdy již bylo zřejmé, že obviněný bude tím subjektem, který bude systém samostatně provozovat a spravovat, taková oprávnění, na základě kterých by ve vztahu k tomuto systému již disponoval nezbytným oprávněním, které si sjednal v čl. 15. „Licence“ rámcové smlouvy, mohly by být změny a modifikace systému NS-SIS II prováděny prostřednictvím třetích osob, tedy prostřednictvím jiného dodavatele. V takovém případě by obviněný nemusel při uzavírání rámcové smlouvy postupovat formou jednacího řízení bez uveřejnění.
121. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uzavírá, že z materiální stránky nebyla podmínka pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu ochrany výhradních práv splněna, a zadavatel se tedy na nutnost ochrany autorských práv vybraného uchazeče při zdůvodnění svého postupu při zadání veřejné zakázky nemůže účinně odvolávat.
122. Pouze pro úplnost Úřad uvádí, že neopomenul, že obviněný zároveň odkázal i na záznam z jednání schůze vlády, kde ministr vnitra Milan Chovanec informoval členy vlády o tom, že šetřená veřejná zakázka bude zadávána v jednacím řízení bez uveřejnění, nicméně Úřadu v této souvislosti není zcela zřejmé, jakým způsobem by měl být předmětný záznam zohledněn. Odpovědnost za zadání šetřené veřejné zakázky nese pouze obviněný, nikoliv Vláda České republiky a skutečnost, že vláda byla informována o zadání předmětné veřejné

zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, je zcela podružná a nijak obviněného nezbavuje jeho odpovědnosti za to, jakým způsobem při aplikaci „zadávacích pravidel“ postupoval.

123. Úřad dále uvádí, že dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“). Úřad se proto v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod zabýval otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba jednání obviněného posuzovat. V této souvislosti lze uvést, že jednání obviněného je přestupkem podle obou právních předpisů [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona, § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kdy o případném naplnění znaku skutkové podstaty spočívajícím v alespoň potenciálním vlivu na výběr dodavatele nemůže být v situaci, kdy o veřejnou zakázku neproběhla žádná soutěž, pochyb], přičemž obviněnému by při ukládání sankce podle ZZVZ hrozila stejně vysoká pokuta [srov. ust. § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ] jako podle právní úpravy aplikované v šetřeném případě. Co se týče merita vedeného správního řízení, tzn. posouzení splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tak ani v tomto ohledu není ZZVZ právní úpravou příznivější, neboť § 63 odst. 3 ZZVZ stanovuje pro možnost využití jednacím řízení bez uveřejnění stejné podmínky, jako § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Jelikož se v šetřeném případě jedná o „nové“ plnění, na jehož předmět byla uzavřena samostatná smlouva, tzn. nedošlo ke „změně smlouvy“, nelze v šetřeném případě aplikovat ani § 222 ZZVZ. Za tohoto stavu věci není podle Úřadu pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ pro obviněného příznivější, a proto jednání obviněného Úřad posuzoval v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny podle právní úpravy účinné v době spáchání přestupku. Závěrem v této souvislosti lze uvést, že uplatnění výše uvedeného principu v rámci správního trestání vyplývá rovněž z judikatury Nejvyššího správního soudu konkrétně pak např. z rozsudku č. j. 5 Afs 68/2011-99 ze dne 21. 3. 2012, v jehož rámci Nejvyšší správní soud dovodil povinnost správních orgánů zabývat se dodržáním ústavního principu povinnosti použít pozdější právní úpravu, pokud je pro obviněného příznivější (obdobně též i rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2012 – 48 ze dne 12. 4. 2013).
124. Úřad na základě výše uvedených skutečností shrnuje, že obviněný zadal šetřenou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv a z důvodů technických, ačkoliv k tomu nebyly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, když důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil sám obviněný v důsledku svého předchozího postupu při uzavření smlouvy o dílo, popř. smluv následných a současně obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč.
125. Uvedený nezákonný postup obviněného přitom mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť použitím jednacím řízení bez uveřejnění obviněný nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacím řízení zúčastnit, resp. zcela vyřadil možnost účasti jakéhokoliv jiného dodavatele než vybraného uchazeče. Nelze vyloučit, že pokud by obviněný dodržel postup stanovený zákonem a zadával veřejnou zakázku v jiném, otevřenějším, druhu zadávacím řízení, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří mohli nabídnout výhodnější plnění než vybraný uchazeč.
126. K potencialitě vlivu nezákonného postupu obviněného na výběr nejvhodnější nabídky Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012, kde soud uvedl, že „[p]ro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbývá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala

možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou. [...] K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat“. Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že „v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „...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.“ 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)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) 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.“

127. 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. Zákonodárce 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.“
128. Se shora uvedeným závěrem Krajského soudu v Brně vyslovil souhlas i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 4 As 61/2016-38 ze dne 28. 6. 2016, když konstatoval, že v případě, kdy správní orgán (Úřad) shledá, že „se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu (...) Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem (...), že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“
129. Na základě výše uvedeného tedy Úřad dospěl k závěru, že obviněný spáchal přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání šetřené veřejné zakázky porušil ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč,

a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění šetřené veřejné zakázky, tzn. Schengenského informačního systému, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 26. 2. 2016 s vybraným uchazečem rámcovou smlouvu.

130. Z výše uvedených důvodů rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí – uložení pokuty

131. Obviněný se podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona dopustí přestupku 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.

132. Jelikož obviněný při zadávání šetřené veřejné zakázky porušil ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč, a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění veřejné zakázky, tzn. Schengenského informačního systému, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel s vybraným uchazečem rámcovou smlouvu, spáchal přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

133. Jak vyplývá z ustanovení § 112 odst. 1 zákona o přestupcích, na přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona hledí jako na přestupky podle tohoto zákona.

134. Vzhledem ke skutečnosti, že dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti zákon o přestupcích, je třeba s ohledem na § 112 odst. 1 zákona o přestupcích na dosavadní správní delikty, tedy i na správní delikty upravené zákonem, hledět jako na přestupky podle zákona o přestupcích. Z uvedeného důvodu Úřad dospěl k závěru, že obviněný spáchal podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona přestupek (pro úplnost Úřad uvádí, že v tomto ohledu došlo pouze ke změně odborného názvosloví, kdy pojem „správní delikt“ byl nahrazen pojmem „přestupek“, pozn. Úřadu). Tatáž argumentace se pak vztahuje i vzhledem k pojmu „obviněný“, kdy podle § 69 zákona o přestupcích se podezřelý z přestupku stává obviněným, jakmile vůči němu správní orgán učiní první úkon v řízení. Vzhledem ke skutečnosti, že předmětné správní řízení je vedeno ve věci podezření za spáchání přestupku, je zadavatel v tomto rozhodnutí označován v souladu se zákonem o přestupcích jako obviněný (i v tomto případě se jedná pouze o změnu odborného názvosloví nemající vliv na hmotněprávní posouzení jednání obviněného, resp. zadavatele, pozn. Úřadu).

135. Pro úplnost Úřad dodává, že jednání obviněného, jak již uvedl výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, posuzoval při zohlednění čl. 40 odst. 6 Listiny podle právní úpravy účinné v době spáchání přestupku, neboť jednání obviněného je přestupkem jak podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tak i podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ a ZZVZ ani zákon o přestupcích

nepředstavují v šetřené věci příznivější právní úpravu (k posouzení zániku odpovědnosti obviněného za spáchání přestupku dle přestupkového zákona podrobněji viz dále).

136. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
137. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. Úřad zjistil pochybnosti o zákonnosti postupu obviněného dne 16. 2. 2017, přičemž řízení o přestupku bylo zahájeno dne 14. 7. 2017. Smlouva na veřejnou zakázku byla obviněným uzavřena dne 26. 2. 2016. Z uvedeného vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost obviněného za přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nezanikla, neboť Úřad zahájil správní řízení před uplynutím 5 let ode dne, kdy byl přestupek spáchán, a současně do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl.
138. K uvedenému dále Úřad dodává, že z ustanovení § 112 odst. 2 zákona o přestupcích vyplývá, že ustanovení dosavadních zákonů o lhůtách pro projednání přestupku nebo jiného správního deliktu, lhůtách pro uložení pokuty za přestupek nebo jiný správní delikt a lhůtách pro zánik odpovědnosti za přestupek nebo jiný správní delikt se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona nepoužijí. Odpovědnost za přestupek a dosavadní jiný správní delikt však nezanikne dříve, než by uplynula některá ze lhůt podle věty první, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.
139. 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.
140. Vzhledem ke skutečnosti, že je Úřad ode dne 1. 7. 2017 povinen aplikovat v řízení o přestupku zákon o přestupcích, zabýval se Úřad opětovně v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba postupovat a tedy posuzovat otázku týkající se uplynutí lhůt odpovědnosti za přestupek, tedy zda právní úprava zániku odpovědnosti za spáchání přestupku obsažená v ZZVZ a v zákoně o přestupcích neobsahuje pro obviněného příznivější úpravu, než jak je tato lhůta upravena v zákoně. Protože ani ZZVZ, ani zákon o přestupcích neobsahuje ustanovení, na základě kterých by odpovědnost obviněného za spáchání přestupku již zanikla, není pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ a v zákoně o přestupcích pro obviněného příznivější, a proto Úřad posoudil zánik odpovědnosti za spáchání přestupku podle zákona, a na základě uvedených skutečností konstatuje, že v šetřené veřejné zakázce nedošlo k zániku odpovědnosti obviněného za spáchání přestupku.
141. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
142. Z čl. 4. „Cena za plnění dle prováděcích smluv“, bodu 4.3. rámcové smlouvy vyplývá, že „Celková cena plnění dle Prováděcích smluv uzavřených dle této Rámcové smlouvy nesmí

přesáhnout 165.289.256,00 Kč bez DPH, tj. 199 999 999,76 Kč, při sazbě DPH ve výši 21%. (...).“.

143. Vzhledem ke skutečnosti, že se jedná o rámcovou smlouvu, která je uzavřena na dobu ode dne 1. 3. 2016 do dne 28. 2. 2019, avšak dosud neuplynula doba účinnosti rámcové smlouvy, a celková cena za plnění poskytované vybraným uchazečem obviněnému na základě jednotlivých prováděcích smluv je stanovena jako maximální cena, nelze v šetřeném případě celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. Z uvedeného důvodu činí horní hranice pokuty za spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona částku ve výši 20 000 000,- Kč. Pro úplnost Úřad uvádí, že i v případě, že by základem pro určení pokuty byla maximální cena předmětné veřejné zakázky uvedená ve smlouvě o dílo, činila by horní hranice pokuty částku ve výši 19 999 999,- Kč, tzn. základ pro určení výše pokuty by byl de facto stejný; Úřad přitom sděluje, že ukládaná pokuta (viz dále) se horní hranici sankce ani v nejmenším nepřibližuje.
144. Podle § 37 písm. a), b), c) a g) zákona o přestupcích (Úřad zde cituje pouze ta ustanovení, která jsou v daném případě pro určení druhu a výměry trestu relevantní, pozn. Úřadu) se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlídnou zejména k povaze a závažnosti přestupku, k tomu, že o některém z více přestupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky, nebylo rozhodnuto ve společném řízení, k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem a u právnické osoby nebo podnikající fyzické osoby k povaze její činnosti.
145. Podle § 38 písm. a), b), c), d), f) a g) zákona o přestupcích je povaha a závažnost přestupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, významem a rozsahem následku přestupku, dále způsobem spáchání přestupku, okolnostmi spáchání přestupku, rovněž i délkou doby, po kterou trvalo protiprávní jednání pachatele nebo po kterou trval protiprávní stav udržovaný protiprávními jednáními pachatele a počtem jednotlivých dílčích útoků, které tvoří pokračování v přestupku.
146. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná, nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. S požadavky soudu na řádné odůvodnění pokuty, obsaženými ve výše citovaném rozsudku, se Úřad vypořádává následujícím způsobem.
147. S ohledem na povahu spáchaného přestupku (viz odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí) Úřad v souladu s Hlavou VII přestupkového zákona zohlednil při ukládání pokuty následující skutečnosti. Ke způsobu spáchání přestupku Úřad uvádí, že obviněný spáchal přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při výběru dodavatele veřejné zakázky, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když dne 26. 2. 2016 uzavřel v rámci jednacího řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku, aniž by pro daný druh zadávacího řízení byly splněny zákonné podmínky, přičemž tento postup obviněného mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.

148. Popsané jednání obviněného mělo za následek úplné vyloučení hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli, protože v důsledku nezákonného postupu obviněného došlo k zadání předmětné veřejné zakázky přímo vybranému uchazeči. Vybraný uchazeč tedy nebyl v souvislosti s předmětem šetřené veřejné zakázky zadané v jednacím řízení bez uveřejnění vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky. Vybraný uchazeč tudíž nebyl nucen při sestavování nabídky vzít v úvahu, jaké podmínky plnění by mohly obsahovat konkurenční nabídky, a jak by měl svoji nabídku této skutečnosti přizpůsobit.
149. Jako polehčující okolnost v této souvislosti Úřad při stanovení pokuty hodnotí skutečnost, že obviněný svým jednáním při uzavírání smlouvy na šetřenou veřejnou zakázku napravit původní příčinu, když vyjednal úpravu nevhodných smluvních podmínek upravujících licenční ujednání, tedy když si v čl. 15 „Licence“ rámcové smlouvy s vybraným uchazečem sjednal mimo jiné i možnost získání komplexního oprávnění k výkonu majetkových práv, s cílem odstranění „exkluzivity“ vybraného uchazeče ve vztahu k úpravám systému NS-SIS II.
150. Úřad neshledal v šetřeném případě žádné přitěžující okolnosti, které by ovlivnily stanovení výše udělené pokuty.
151. Úřad pro úplnost uvádí, že nejsou ani dány důvody pro konstatování toho, že by obviněný za spáchaný správní delikt neodpovídal z důvodu, že by vynaložil veškeré úsilí k tomu, aby porušení právní povinnosti zabránil, neboť obviněný v tomto smyslu ani neargumentoval.
152. Úřad ve vztahu ke způsobu stanovení výše uložené pokuty na tomto místě rovněž odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 As 245/2015 – 33 ze dne 16. 8. 2016, v němž je mimo jiné konstatováno následující: *„Podle § 35 trestního zákona se při postihu souběhu trestných činů ukládá úhrnný nebo souhrnný trest. Tyto tresty „představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: cit. dílo, str. 301). Z téhož ustanovení pak plyne zásada uložení shodného trestu za sbíhající se trestné činy bez ohledu na to, zda je o těchto činech vedeno společné řízení (§ 20 odst. 1 trestního řádu) či ne. Při ukládání úhrnného i souhrnného trestu soud vychází ze stejných zásad. Z hlediska trestního práva tedy nehraje roli, kdy všechny sbíhající se trestné činy vyjdou najevo, tato skutečnost nesmí být pachateli ani ku prospěchu, ani na újmu. Je zřejmé, že pro trestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale naopak je zcela nezbytné použití absorpční zásady, tedy vzájemné posouzení veškerých souvisejících trestních sazeb.“*
153. S ohledem na výše uvedené provedl Úřad šetření, zda je v daném případě na místě zohlednit i jiné sbíhající delikty, za které již zadavateli byla uložena pokuta podle zákona. Jak již bylo uvedeno v bodě 137. odůvodnění tohoto rozhodnutí, ke spáchání právě projednávaného přestupku došlo dne 26. 2. 2016. Úřad ověřil, že v právě projednávaném případě je delikt zadavatele v souběhu s deliktem, o kterém bylo rozhodnuto výrokem I. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0138/2016/VZ-12955/2016/512/LVa ze dne 30. 3. 2016 (citované rozhodnutí nabylo právní moci dne 8. 4. 2016), který byl spáchán dne 28. 1. 2016, a za který byla Úřadem uložena pokuta ve výši 5 000,- Kč (veškerá pravomocná rozhodnutí Úřadu jsou dostupná online na <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti.html>).

154. S ohledem na výše uvedené Úřad přikročil k uplatnění institutu souhrnného trestu způsobem, který se Úřadu jeví v oblasti správního práva jako jediný možný, kdy nevzniká riziko, že by se Úřad jako správní orgán dopustil nedodržení zásady legality zakotvené v článku 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.
155. Měl-li by Úřad uložit zadavateli pokutu za uvedený delikt a nemá-li zároveň v tomto správním řízení zákonné zmocnění zrušit předcházející „výrok o trestu“ (tj. výrok výše uvedeného rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0138/2016/VZ-12955/2016/512/LVa ze dne 30. 3. 2016), lze absorpční zásadu ve formě uplatnění pravidel pro ukládání souhrnného trestu aplikovat pouze tím způsobem, že Úřad v rámci uložení sankce za projednávaný správní delikt zohlední předchozí uloženou pokutu za delikt, jež je s projednávaným deliktem v souběhu, tj. pokutu uloženou rozhodnutím uvedeným v bodě 153. odůvodnění tohoto rozhodnutí za spáchání správního deliktu.
156. S ohledem na výše uvedené Úřad rekapituluje, že obviněnému uložil za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí pokutu ve výši 1 000 000,- Kč, a to při respektování absorpční zásady ve formě analogického použití institutu souhrnného trestu.
157. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako „nespravedlivá“. Z rozpočtu obviněného na rok 2017 zveřejněného na internetových stránkách <http://monitor.statnipokladna.cz/2017/statni-rozpocet/kapitola/314#> vyplývá, že obviněný podle schváleného rozpočtu předpokládá v roce 2017 příjmy ve výši 8 119 944 tis. Kč.
158. Nad rámec výše popsaného Úřad dodává, že k uhrazení pokuty za spáchaný přestupek může obviněný využít i jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.
159. Pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, jež nelze oddělit, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a 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 uložení velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku č. j. 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 obviněného materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro obviněného likvidačním. Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam.
160. Úřad posoudil postup obviněného ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému přestupku obviněného přistoupil k uložení pokuty obviněnému ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

161. Uložená pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

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, třída 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. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

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

Vypraveno dne:

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