



UOHSX00AG2TT

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0284/2017/VZ-28235/2017/533/HKu

Brno: 29. září 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v řízení o přestupku zahájeném dne 25. 7. 2017 z moci úřední, jehož účastníkem je:

- obviněný – Česká republika – Česká správa sociálního zabezpečení, IČO 00006963, se sídlem Křížová 1292/25, 150 00 Praha 5,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, obviněným – Česká republika – Česká správa sociálního zabezpečení, IČO 00006963, se sídlem Křížová 1292/25, 150 00 Praha 5 – při zadávání veřejné zakázky „Dodatek Smlouvy o poskytování služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje elektronické spisové služby ze dne 17. 10. 2013“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 20. 8. 2015, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 10. 2015 pod ev. č. 513882, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 10. 2015 pod ev. č. 2015/S 201-364629,

**rozhodl takto:**

### I.

Obviněný – Česká republika – Česká správa sociálního zabezpečení, IČO 00006963, se sídlem Křížová 1292/25, 150 00 Praha 5 – **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 „Dodatek Smlouvy o poskytování služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje elektronické spisové služby ze dne 17. 10. 2013“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 20. 8. 2015, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek

uveřejněno dne 14. 10. 2015 pod ev. č. 513882, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 10. 2015 pod ev. č. 2015/S 201-364629, porušil ustanovení § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal 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 důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče – ICZ a.s., IČO 25145444, se sídlem Na hřebenech II 1718/10, Nusle, 140 00 Praha 4 – vytvořil jmenovaný obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se vytvoření a rozvoje elektronické spisové služby, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 23. 9. 2015 se jmenovaným vybraným uchazečem „Dodatek č. 2 ke Smlouvě o poskytování služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje elektronické spisové služby“.

## II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **se** obviněnému – Česká republika – Česká správa sociálního zabezpečení, IČO 00006963, se sídlem Křížová 1292/25, 150 00 Praha 5 – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

**pokuta ve výši 200 000 Kč (dvě stě tisíc korun českých).**

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

## ODŮVODNĚNÍ

### I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), k výkonu dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, získal pochybnosti o zákonnosti postupu obviněného – Česká republika – Česká správa sociálního zabezpečení, IČO 00006963, se sídlem Křížová 1292/25, 150 00 Praha 5 (dále jen „obviněný“) – při zadávání veřejné zakázky „Dodatek Smlouvy o poskytování služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje elektronické spisové služby ze dne 17. 10. 2013“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 20. 8. 2015, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 10. 2015 pod ev. č. 513882, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 10. 2015 pod ev. č. 2015/S 201-364629 (dále jen „veřejná zakázka“). Úřad proto s obviněným zahájil řízení o přestupku z moci úřední (v podrobnostech viz níže). Z dokumentace o veřejné zakázce a dalších podkladů doručených Úřadu obviněným zjistil Úřad následující.
2. Obviněný na základě otevřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Elektronická podatelna a výpravna ČSSZ v návaznosti na systém datových schránek“, jejíž oznámení o zadání bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 24. 2. 2012 pod ev. č. 60066256, uzavřel dne 16. 2. 2012 se společností ICZ a.s., IČO 25145444, se sídlem Na hřebenech II 1718/10, Nusle, 140 00 Praha 4 (dále jen „vybraný uchazeč“) Smlouvu o dílo (dále jen „původní smlouva“), jejímž předmětem byla dodávka a implementace elektronické spisové služby ESS, podatelny/výpravny pro datové schránky, podatelny/výpravny pro e-

mail, technického vybavení, následné technické podpory nezbytné pro produkční provoz dodaného APV a HW po dobu jednoho roku v prostředí České správy sociálního zabezpečení. Úřad poznamenává, že v oznámení o zakázce, které bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 11. 10. 2011 pod ev. č. 60066256, je uveden název předmětné veřejné zakázky jako: „Elektronická podatelna a výpravna České správy sociálního zabezpečení v návaznosti na systém datových schránek“.

3. V čl. 2. „Předmět plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace k výše specifikovanému otevřenému řízení je uvedeno, že obviněný realizuje projekt „Elektronická podatelna a výpravna České správy sociálního zabezpečení v návaznosti na systém datových schránek“, kdy cílem řešení je: *»(...) vytvoření elektronické spisové služby (dále jen „ESS“) a elektronicky řízeného oběhu dokumentů. V praxi to znamená zavedení evidence, zpracování a uchování elektronických dokumentů došlých a odesílaných informačním systémem datových schránek (dále jen „ISDS“), prostřednictvím e-podatelny (e-mailu) a evidence a zpracování listinných dokumentů došlých do listinné podatelny a odesílaných výpravnou (...). Předmětem veřejné zakázky je dodávka a implementace: elektronické spisové služby ESS (centrální hostované řešení spisové služby); podatelny / výpravny pro datové schránky; e-podatelny / výpravny pro e-mail; technického vybavení (HW vybavení pro provoz uvedeného aplikačního programového vybavení - APV); technické podpory nezbytné pro produkční provoz dodaného APV a HW po dobu jednoho roku v prostředí České správy sociálního zabezpečení«.*
4. V čl. 2.9 „Rozšiřitelnost a další/budoucí rozvoj, ostatní požadavky“ zadávací dokumentace k otevřenému zadávacímu řízení je uvedeno: *„ČSSZ komplexně zajišťuje významnou část sociálního zabezpečení České republiky, což v praxi znamená, že ročně přijímá, odesílá a zpracovává miliony dokladů. Přitom musí vyhovět všem současným i budoucím zákonným požadavkům na zpracování a zejména na dlouhodobé uchování elektronických dokumentů v zpracovatelné formě. Dodávaný systém ESS musí být proto schopný dalšího dlouhodobého rozvoje a být otevřený pro spolupráci s produkty třetích stran. Je třeba zajistit realizaci individuálních požadavků ČSSZ. Je požadováno, aby: Dokumenty a spisy po ukončení a uzavření ve spisové službě byly následně migrovány do elektronické dlouhodobé důvěryhodné spisovny, kterou ČSSZ buduje v rámci jiného projektu (...). Zadavatel požaduje, aby uchazeč převedl na zadavatele uživatelská práva (licenci) k nabízenému řešení a veškerých jeho součástí, pokud mají charakter autorského díla, v nezbytném rozsahu a na dobu trvání majetkových práv autora nebo kteréhokoliv ze spoluautorů a garantoval, že v případě, kdy nebude schopen plnit smluvní požadavky, předá zdrojový kód ČSSZ nebo jeho dodavatelům.“.*
5. V čl. 6.1 „Požadavky na návrh smlouvy“ zadávací dokumentace otevřeného řízení je uvedeno, že uchazeč musí do návrhu smlouvy zpracovat mj. *„Smluvní prohlášení uchazeče, že převede na zadavatele uživatelská práva (licenci) k nabízenému řešení a veškerých jeho součástí, pokud mají charakter autorského díla, v nezbytném rozsahu a na dobu trvání majetkových práv autora nebo kteréhokoliv ze spoluautorů a garantuje, že v případě, kdy nebude schopen plnit smluvní požadavky, předá zdrojový kód ČSSZ nebo jeho dodavatelům.“* a dále *„Uchazeč formuluje ve smlouvě zásady, které bude zahrnovat budoucí smlouva mezi zadavatelem a uchazečem o dalším dlouhodobém rozvoji dodané ESS u zadavatele.“.*
6. Dle kapitoly XIII., odstavce (2) původní smlouvy *„Zhotovitel je povinen zajistit, aby Objednatel nabyl příslušná oprávnění z práv duševního vlastnictví, která se týkají předmětu Díla a která jsou nezbytná k jeho užívání Objednatelem a k jeho provozování a zachování funkčnosti.“.*

7. Dle kapitoly XIII., odstavce (3) původní smlouvy „*Zhotovitel se zavazuje, že převede na Objednatele užívací práva (licenci) k poskytovanému řešení a veškerým jeho součástem, pokud mají charakter autorského díla, v nezbytném rozsahu a na dobu trvání majetkových práv autora nebo kteréhokoliv ze spoluautorů a garantuje, že v případě, kdy nebude schopen plnit smluvní požadavky, předá zdrojový kód Objednateli nebo jeho dodavatelům.*“.
8. Dle kapitoly XIII., odstavce (4) původní smlouvy „*Zhotovitel poskytuje Objednateli časově i místně neomezenou, bezplatnou a výhradní licenci k užití práv duševního vlastnictví k výsledku řešení Díla, které je předmětem smlouvy včetně možnosti zcela nebo zčásti poskytnout třetí osobě oprávnění tvořící součást licence.*“.
9. Na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 5. 8. 2013 na veřejnou zakázku „*Poskytování služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje elektronické spisové služby*“, jejíž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 5. 11. 2013 pod ev. č. 353888, uzavřel obviněný dne 17. 10. 2013 s vybraným uchazečem „*Smlouvu o poskytování služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje elektronické spisové služby*“ (dále jen „*smlouva o poskytování služeb technické podpory*“), jejímž předmětem bylo zajištění služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje elektronické spisové služby ve smyslu rozsahu všech aktivních komponent nezbytných pro funkčnost celého systému.
10. Dle kapitoly X., odstavce (1) smlouvy o poskytování služeb technické podpory »*Smluvní strany jsou povinny dodržovat platnými a účinnými právními předpisy stanovené povinnosti k ochraně práv průmyslového a jiného duševního vlastnictví, jakož i chránit práva dle 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“).*«.
11. Dle kapitoly X., odstavce (3) smlouvy o poskytování služeb technické podpory „*Poskytovatel se zavazuje k předání zdrojových kódů objednateli v případě, že nebude schopen plnit povinnosti dle této Smlouvy.*“.
12. Dle kapitoly X., odstavce (4) smlouvy o poskytování služeb technické podpory „*Poskytovatel prohlašuje, že vlastní veškerá oprávnění k autorskému dílu dle autorského zákona, které Poskytovatel v rámci poskytování Služeb vytvoří, a že získal veškerá oprávnění autorů a třetích osob vykonávajících majetková autorská práva k takovému autorskému dílu a je oprávněn je poskytnout Objednateli.*“.
13. V oznámení o zadání zakázky (ev. č. formuláře 7303011053888), které bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 5. 11. 2013, je v oddílu V.4) uvedena celková konečná hodnota veřejné zakázky, jež činí částku 27 351 744 Kč bez DPH. Stejně tak v kapitole VI. Cena plnění, odstavci (2) smlouvy o poskytování služeb technické podpory je uvedena celková cena za dobu trvání této smlouvy ve výši 27 351 744 Kč bez DPH.
14. Na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 20. 8. 2015 uzavřel obviněný dne 23. 9. 2015 s vybraným uchazečem „*Dodatek č. 2 ke Smlouvě o poskytování služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje elektronické spisové služby*“, tj. smlouvu na šetřenou veřejnou zakázku (dále jen „*Dodatek č. 2*“).

15. V odstavci 3. Preambule Dodatku č. 2 je uvedeno: „*Tento Dodatek č. 2 je uzavírán za účelem rozšíření stávajícího plnění v předmětu - maintenance aplikačního programového vybavení elektronická spisová služba (dále jen „APV ESS“) a služeb technické podpory ESS, které vyplývá z dvouletého rozvoje funkcionalit ESS, v rámci kterého byly vytvořeny nové programové moduly, integrace s dalším APV a s novou sběrnicovou architekturou informačního systému Objednatele.*“ V čl. I. Předmět Dodatku č. 2, odst. 3 Dodatku č. 2 je uvedeno: „*Předmětem tohoto Dodatku č. 2 je změna níže uvedených ustanovení Smlouvy, Přílohy č. 1 Smlouvy, Přílohy č. 2 Smlouvy a Přílohy č. 4 Smlouvy.*“ V čl. II. Změna ustanovení, odstavci 2 Dodatku č. 2 je uvedeno: „*V čl. III. se odst. 1 ruší a nahrazuje se zněním: „(1) Předmětem této Smlouvy je zajištění Služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje elektronické spisové služby (dále jen „ESS“) ve smyslu rozsahu všech aktivních komponent nezbytných pro funkčnost celého systému uvedených v aktuální technické dokumentaci, poskytované Poskytovatelem Objednateli na základě Smlouvy o dílo číslo: SML 648/2011/CSSZ.9.50.S.02 uzavřené dne 16. 2. 2012, ve znění dodatku č. 1 ze dne 29. 3. 2012, dodatku č. 2 ze dne 31. 7. 2012 a dodatku č. 3 ze dne 20. 9. 2012 (dále jen „Smlouva o dílo“), jejíž účinnost končí k 31. 8. 2013, včetně rozšíření funkcionalit systému ESS v letech 2013 – 2014, a to zejména novými programovými moduly, integracemi s dalším APV a novou sběrnicovou architekturou informačního systému Objednatele. Tyto úpravy (rozšíření funkcionalit systému ESS) vyplynuly ze změny potřeb dosavadního provozu ESS, především změny komunikace se systémem ISDS, podstatným rozšířením počtu elektronických dokumentů evidovaných v ESS a předávaných elektronicky do integrovaných externích APV. Konkrétně byla technická podpora provozu ESS rozšířena o následující oblasti:*

*Implementace integrace aplikací ESS – EXK;*

*Implementace integrace aplikací ESS – SPR;*

*Implementace integrace aplikací ESS – IKR;*

*Rozšíření specializovaného rozhraní ESS na AAA portál;*

*Interní předávání dokumentů a spisů mezi jednotlivými okresními správami sociálního zabezpečení;*

*Automatizované odkládání vyřízených elektronických dokumentů z ESS do Správy spisovny;*

*Ukládání odpovědí zasílaných exekutorům do ESS;*

*Úprava řešení předávání e-mailů z e-podatelný do integrovaných agend; a další úpravy, které vyplynuly ze změny potřeb dosavadního provozu ESS .“.*

16. V dokumentu „*Návrh na realizaci zadávacího řízení*“, který obviněný předložil jako součást dokumentace o veřejné zakázce, je mj. uvedeno: »*Veřejná zakázka bude realizována jako JŘBU s firmou ICZ a.s. (...). Tento způsob odůvodňujeme prohlášením společnosti ICZ a.s., které podepsal předseda představenstva společnosti. V uvedeném Prohlášení společnosti ICZ, a.s., jsou obsaženy následující skutečnosti:*

*1. ICZ je jediným a výhradním vykonavatelem majetkových práv k programovému vybavení „e-spis“ – Elektronická spisová služba (dále jen software) a k veškeré dokumentaci k software, podle 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*

*2. ICZ má výhradní právo poskytovat třetím osobám oprávnění k využití software (licence)*

*3. ICZ má výhradní právo software podporovat, rozvíjet, modifikovat a upravovat.*

*Vzhledem k výše uvedenému „Prohlášení“ společnosti ICZ a.s. bude ČSSZ muset využít ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona (...) které ji umožňuje pro zadání veřejné zakázky využít JŘBU, vzhledem k tomu, že veřejná zakázka může být splněna z důvodu ochrany výhradních práv jen jedním dodavatelem, a to společností ICZ a.s. Dále je k odůvodnění nutno uvést, že programové vybavení „e-spis“ je chápáno v souladu s výše uvedeným prohlášením společnosti ICZ a.s. jako autorské dílo ve smyslu AutZ. Zadavatel nedisponuje potřebným oprávněním (tedy právy zasahovat a měnit tento systém, které by mohl poskytnout třetí osobě) a tudíž jedinou osobou, která je z hlediska ochrany výhradních práv oprávněna tyto úpravy a rozšíření provést je dodavatel a implementátor systému ESS, tedy firma ICZ a.s.«.*

17. *V záznamu č.j. .51 - 1622- 18.8.2015/2633 ze dne 18. 8. 2015, jehož obsahem je odůvodnění použití JŘBU pro zadání veřejné zakázky, je mj. uvedeno: »ČSSZ nemá k plnění VZ na „Dodatek smlouvy o poskytování služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje elektronické spisové služby ze dne 17. 10. 2013“ ve vlastní režii potřebná oprávnění a znalosti«.*
18. *V písemné zprávě zadavatele o posuzované veřejné zakázce ze dne 12. 10. 2015 je v bodu 8. uvedeno: „Veřejnou zakázku bylo možno realizovat pouze jako jednací řízení bez uveřejnění dle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona se společností ICZ a.s., která byla implementátorem elektronické spisové služby na ČSSZ v rámci projektu č. 157 a se kterou je již uzavřena smlouva o poskytování služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje elektronické spisové služby.“.*
19. *V oznámení o zadání zakázky (ev. č. formuláře 7503011013882), které bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 10. 2015, je v oddílu V.4) uvedena celková konečná hodnota veřejné zakázky, jež činí částku 19 295 688 Kč bez DPH. Z článku II. Změna ustanovení, z odst. 3 Dodatku č. 2 vyplývá, že celková cena za dobu trvání smlouvy (pozn. Úřadu: smlouvy o poskytování služeb technické podpory) činí částku 33 205 719 Kč bez DPH. V návaznosti na celkovou cenu za dobu trvání smlouvy (27 351 744 Kč bez DPH), která byla uvedena v kapitole VI. Cena plnění, odstavci (2) smlouvy o poskytování služeb technické podpory lze konstatovat, že uzavřením Dodatku č. 2 byla celková cena za dobu trvání smlouvy navýšena o 5 853 975 Kč bez DPH (33 205 719 Kč bez DPH – 27 351 744 Kč bez DPH), tzn. hodnota prověřované veřejné zakázky činila 5 853 975 Kč bez DPH, tj. 7 083 309, 75 Kč včetně DPH, přičemž uvedenou hodnotu veřejné zakázky potvrdil rovněž obviněný ve svém vyjádření ze dne 12. 9. 2017(viz dále odstavec 33 odůvodnění tohoto rozhodnutí). V této souvislosti Úřad upřesňuje, že ke smlouvě o poskytování služeb technické podpory byl dne 22. 9. 2014 uzavřen Dodatek č. 1, který neupravoval změnu ceny plnění.*
20. *V rámci vyjádření ze dne 14. 6. 2017, které obviněný doručil Úřadu dne 15. 6. 2017, tzn. před zahájením předmětného řízení o přestupku, obviněný uvádí, že na základě otevřeného řízení (na původní veřejnou zakázku) byl vybraným uchazečem dodán programový systém elektronické spisové služby (dále rovněž i „ESS“), jehož je vybraný uchazeč tvůrcem, přičemž*

tento systém představuje standardní komerční řešení dodavatele, tzv. „krabicový software“. Obviněný dodává, že pro jeho potřeby bylo provedeno přizpůsobení (tzv. „kustomizace“) tohoto SW do podmínek infrastruktury Integrovaného informačního systému ČSSZ. Dále uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, že výrobci SW zásadně neposkytují zdrojové kódy ke svému krabicovému software, obviněný tyto nepoptával jako součást vlastního plnění. Obviněný dále uvádí, že v případě, kdy by chtěl získat společně s poptávaným SW rovněž jeho zdrojové kódy, musel by si fakticky nechat vyrobit na zakázku zcela nový SW, což by bylo, podle jeho názoru, řešení nepoměrně více náročné na finance a zejména na čas, nehledě na značně vyšší riziko výskytu technických komplikací při zavádění zcela nového a nevyzkoušeného SW do provozu v prostředí obviněného, což s ohledem na povahu činnosti obviněného, který je např. správcem informačního systému kritické informační infrastruktury, představuje samo o sobě neakceptovatelné riziko. Samotná kustomizace má sice povahu díla vytvořeného na zakázku přímo pro zadavatele (obviněného), nicméně je funkčně a technicky neoddělitelná od „základního“ krabicového software, bez něhož není prakticky využitelná. Obviněný rovněž k uvedenému vyjádření přiložil znalecký posudek ze dne 7. 8. 2014, který mj. popisuje technický charakter ESS a odpovídá na některé související autorskoprávní otázky. V uvedeném znaleckém posudku je mj. vysloven závěr (kapitola VI. Závěrečné stanovisko znalce), že v rámci původní veřejné zakázky na elektronickou spisovou službu vzniklo dílo ve smyslu § 2 odst. 2 autorského zákona, a že držitelem výhradních práv k elektronické spisové službě je vybraný uchazeč.

21. Dále obviněný v předmětném vyjádření uvádí, že ESS byla v prostředí obviněného implementována v roce 2012, přičemž produkční provoz ESS byl podmíněn ukončením souběžného projektu s názvem „Vytvoření informačního a komunikačního rozhraní ČSSZ za účelem poskytování informací klientům“, na který měla implementace ESS přímou návaznost. Nasazení uvedeného souvisejícího projektu však bylo více než o rok opožděné a v době přípravy zadávací dokumentace na otevřené řízení na původní veřejnou zakázku nebylo možné specifikovat technické parametry a konkrétní způsob řešení potřebných integrací na informační a komunikační rozhraní (datové schránky, e-portál ČSSZ), které bylo realizováno právě v rámci předmětného projektu. Obviněný upřesňuje, že např. řešení a implementace integrací ESS s aplikacemi ESS – EXK a ESS – SPR tak, jak jsou uvedeny v Dodatku č. 2, nebylo možné před zahájením otevřeného řízení konkretizovat a v roce 2012 specifikovat, neboť nebylo známo konkrétní aplikační řešení rozhraní pro vzájemnou komunikaci. Obviněný dále dodává, že v letech 2011-2012 existovala pravděpodobnost, že výše uvedený projekt nebude vůbec dokončen, a tedy i možnost, že rozšíření a moduly ESS budou odlišné od těch, které byly skutečně realizovány na základě Dodatku č. 2. Obviněný dodává, že z uvedených důvodů nemohl využít ani institutu opčního práva.
22. Obviněný shrnuje, že z důvodu povahy pořizovaného SW (krabicový software) bylo nereálné získat současně rovněž jeho zdrojové kódy, resp. oprávnění vlastními prostředky do SW zasahovat. Obviněný připouští, že z otevřeného řízení na původní veřejnou zakázku vzešel pro vybraného uchazeče stav exkluzivity pro budoucí zasahování do ESS, nicméně, podle jeho názoru, byl tento stav zapříčiněn samotnou povahou předmětu plnění, přičemž obviněný tento stav nemohl ovlivnit. Ohledně předvídaní potřeby budoucího zadání veřejné zakázky, která byla smluvně realizována Dodatkem č. 2, pak obviněný připouští, že v době realizace otevřeného řízení sice předpokládal, že v budoucnu dojde k rozšíření ESS, avšak vzhledem ke skutečnosti, že v době zahájení a realizace otevřeného řízení na původní

veřejnou zakázku neznal konkrétní podobu plnění, která byla předmětem Dodatku č. 2 a nemohl tedy předpokládat budoucí potřebu tohoto konkrétního plnění a nemohl je z tohoto důvodu v otevřeném řízení ani poptávat.

23. Podle názoru obviněného byly naplněny důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, resp. obviněný tyto důvody účelově svým předchozím jednáním nevytvořil a potřebu takového budoucího plnění, které bylo v rámci šetřené veřejné zakázky skutečně realizováno, nemohl předvídat.

## **II. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU**

24. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 116 zákona obviněný.
25. Zahájení řízení o přestupku oznámil Úřad obviněnému pod č. j. ÚOHS-S0284/2017/VZ-21529/2017/533/HKu ze dne 25. 7. 2017, přičemž ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi, které vymezují předmět řízení o přestupku, uvedl popis skutku a jeho předběžnou právní kvalifikaci.
26. Shora citované oznámení o zahájení řízení o přestupku bylo obviněnému doručeno dne 25. 7. 2017 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona, v návaznosti na § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), zahájeno řízení o přestupku z moci úřední.
27. Usnesením č. j. ÚOHS-S0284/2017/VZ-21635/2017/533/HKu ze dne 27. 7. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
28. Usnesením č. j. ÚOHS-S0284/2017/VZ-24055/2017/533/HKu ze dne 18. 8. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
29. Usnesením č. j. ÚOHS-S0284/2017/VZ-26314/2017/533/HKu ze dne 11. 9. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu k provedení úkonu – podání vysvětlení odlišné výše hodnoty veřejné zakázky, která je uvedena v oddílu V.4) oznámení o zadání zakázky (ev. č. formuláře 7503011013882), které bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 10. 2015 a hodnoty veřejné zakázky, která vyplývá z článku II. Změna ustanovení, z odst. 3 Dodatku č. 2.
30. Usnesením č. j. ÚOHS-S0284/2017/VZ-26633/2017/533/HKu ze dne 14. 9. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu k provedení úkonu – zaslání vyjádření k objasnění skutečnosti, zda zadání předmětné veřejné zakázky bylo v dané době nezbytné a změna v osobě dodavatele nebyla možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení a změna dodavatele by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů, a prokázání tvrzených skutečností prostřednictvím doložení konkrétních technických důvodů (v dostatečných podrobnostech) týkajících se předmětné veřejné zakázky, resp. prostřednictvím ekonomické kalkulace či jiného obdobného podkladu vyčísloujícího případné navýšení nákladů v souvislosti se změnou dodavatele a dále k provedení úkonu – zaslání vyjádření k objasnění skutečnosti, zda potřeba zadat předmětnou veřejnou zakázku vznikla v důsledku okolností, které zadavatel (obviněný)



jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, včetně případného prokázání této skutečnosti prostřednictvím relevantních dokumentů.

31. Usnesením č. j. ÚOHS-S0284/2017/VZ-27338/2017/533/HKu ze dne 20. 9. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
32. Dne 21. 9. 2017 nahlédl do spisu zástupce obviněného (Martin Březina). Plná moc ze dne 21. 9. 2017 k nahlédnutí do spisu a protokol o nahlížení do spisu jsou součástí správního spisu.

#### **Vyjádření obviněného ze dne 12. 9. 2017**

33. Dne 12. 9. 2017 obdržel Úřad od obviněného vyjádření v návaznosti na usnesení č. j. ÚOHS-S0284/2017/VZ-26633/2017/533/HKu ze dne 11. 9. 2017, v němž obviněný uvádí, že ve Věstníku veřejných zakázek bylo dne 14. 10. 2015 uveřejněno Oznámení o zadání veřejné zakázky, přičemž jako konečná hodnota veřejné zakázky byla nedopatřením uvedena hodnota veřejné zakázky ve výši 19 295 688 Kč bez DPH. Uvedenou skutečnost obviněný odůvodňuje nepřesností v komunikaci uveřejňující osoby s věcným útvarem obviněného. Obviněný upřesnil, že skutečná celková konečná hodnota veřejné zakázky je 5 853 975 Kč bez DPH.

#### **Vyjádření obviněného ze dne 19. 9. 2017**

34. Dne 19. 9. 2017 obdržel Úřad od obviněného v návaznosti na usnesení č. j. ÚOHS-S0284/2017/VZ-26314/2017/533/HKu ze dne 14. 9. 2017 vyjádření, v němž obviněný uvádí, že všechny relevantní podklady již Úřadu poskytl a skutkové okolnosti vysvětlil ve vyjádření zaslaném Úřadu dne 15. 6. 2017, a že již není možné uvést nové skutečnosti. Obviněný dále opakuje argumentaci uvedenou ve vyjádření ze dne 14. 6. 2017 a dále ve smyslu ust. § 222 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále také jen „ZZVZ“), obviněný uvádí, že v případě prověřované veřejné zakázky se jednalo o rozšíření plnění obsaženého již v původní veřejné zakázce a nikoliv o plnění nové. Dodává, že právě rozšíření stávajících služeb naplňuje podmínku nezahrnutí v původním závazku, která je předpokladem aplikace § 222 odst. 5 ZZVZ a že služby, které byly předmětem Dodatku č. 2 a byly nezbytné k zajištění a dosažení účelu původní veřejné zakázky (tj. Smlouvy o poskytování služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje elektronické spisové služby). Co se týče ekonomických nebo technických důvodů, pro které by změna dodavatele v případě plnění prověřované veřejné zakázky nebyla možná, obviněný uvádí, že nemožnost změny spočívala v tom, že objektem poskytovaných služeb bylo autorské dílo dodavatele, ke kterému neposkytuje oprávnění k provádění zásahů odběrateli nebo třetí stranou. Co se týče možného zvýšení nákladů a způsobení značných obtíží obviněnému při změně dodavatele plnění prověřované veřejné zakázky, obviněný uvádí, že pokud by chtěl předmětné plnění realizovat jiným dodavatelem, musel by fakticky soutěžit pořízení celého systému elektronické spisové služby od úplného počátku, čímž by veškeré předchozí investice do elektronické spisové služby zcela znehodnotil. Upřesňuje, že jen přímé finanční náklady za pořízení, podporu a maintenance ESS činily 39 737 422 Kč včetně DPH. Ohledně dotazu Úřadu, zda potřeba zadat předmětnou veřejnou zakázku vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, obviněný odkazuje na argumentaci uvedenou ve vyjádření ze dne 14. 6. 2017 a dodává, že v roce 2013 nebylo možno rozšíření služeb podpory ESS realizované Dodatkem č. 2 předpokládat, neboť potřeba

jejich realizace vznikla až na základě legislativních změn, které nabyly účinnosti v průběhu let 2013 a 2014, které vyvolaly např. nutnost změn v ESS z důvodu přizpůsobení se zasílání nevalidních datových vět od soudních exekutorů. Dodává, že jmenované legislativní změny se primárně promítly nejprve do úprav vlastních agendových aplikací a následně i do podpory služeb elektronické spisové služby. Z uvedených důvodů proto obviněný nemohl v zadávacím řízení, na základě kterého byla podepsána smlouva o poskytování služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje elektronické spisové služby, předvídat potřebu služeb – úprav ESS, které byly předmětem Dodatku č. 2. Obviněný se domnívá, že uzavření Dodatku č. 2 by vyhovělo jak kritériím stanoveným v ust. § 222 odst. 5 ZZVZ, tak i kritériím stanoveným v ust. § 222 odst. 6 ZZVZ.

### III. ZÁVĚRY ÚŘADU

35. 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 a dalších podkladů předložených obviněným, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se obviněný při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, za což mu byla uložena pokuta uvedená ve výroku II. tohoto rozhodnutí; veškeré podklady, z nichž při posouzení případu Úřad vycházel, jsou obsaženy ve správním spise vedeném pod sp. zn. S0284/2017/VZ.

#### Relevantní ustanovení zákona

36. Podle § 2 odst. 1 zákona se za zadavatele veřejné zakázky pro účely tohoto zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
37. Podle § 2 odst. 2 zákona je veřejným zadavatelem
- 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, dozorním či kontrolním orgánu.
38. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
39. Podle § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.

40. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
41. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel 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.
42. 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 správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).

#### **Relevantní ustanovení dalších právních předpisů**

43. Podle § 3a, věty první, zákona č. 582/1991 Sb., o organizaci a provádění sociálního zabezpečení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o organizaci a provádění sociálního zabezpečení“), Česká správa sociálního zabezpečení a okresní správy sociálního zabezpečení jsou organizačními složkami státu.
44. Podle § 4 odst. 1 písm. b) zákona o organizaci a provádění sociálního zabezpečení, Ministerstvo práce a sociálních věcí řídí Českou správu sociálního zabezpečení.
45. Podle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku České republiky“), organizačními složkami státu jsou ministerstva a jiné správní úřady státu, Ústavní soud, soudy, státní zastupitelství, Nejvyšší kontrolní úřad, Kancelář prezidenta republiky, Úřad vlády České republiky, Kancelář Veřejného ochránce práv, Akademie věd České republiky, Grantová agentura České republiky a jiná zařízení, o kterých to stanoví zvláštní právní předpis anebo tento zákon; obdobné postavení jako organizační složka státu má Kancelář Poslanecké sněmovny a Kancelář Senátu.
46. Podle § 7 odst. 1, věty první, zákona o majetku České republiky činí právní úkony jménem státu vedoucí organizační složky, jíž se tyto právní úkony týkají, pokud zvláštní právní předpis nebo tento zákon (§ 28 odst. 2) nestanoví jinak.
47. Podle § 2 odst. 2 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „autorský zákon“), se za dílo považuje též počítačový program, je-li původní v tom smyslu, že je autorovým vlastním duševním výtvořem. Databáze, která je způsobem výběru nebo uspořádáním obsahu autorovým vlastním duševním výtvořem a jejíž součástí jsou systematicky nebo metodicky uspořádány a jednotlivě zpřístupněny elektronicky či jiným způsobem, je dílem souborným. Jiná kritéria pro stanovení způsobilosti počítačového programu a databáze k ochraně se neuplatňují. Fotografie a dílo vyjádřené postupem podobným fotografii, které jsou původní ve smyslu věty první, jsou chráněny jako dílo fotografické.
48. Podle § 12 odst. 1 autorského zákona 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 užit bez udělení takového oprávnění pouze v případech stanovených tímto zákonem.

49. Podle § 12 odst. 4 autorského zákona je právem dílo užit
- 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).
50. Podle § 12 odst. 5 autorského zákona se způsoby užití díla vyplývající z odstavce 4 pro účely tohoto zákona vymezují v ustanoveních § 13 až 23 autorského zákona. Dílo lze užit i jiným způsobem než způsoby uvedenými v odstavci 4.
51. Podle § 58 odst. 1 autorského zákona platí, že není-li sjednáno jinak, zaměstnavatel vykonává svým jménem a na svůj účet autora majetková práva k dílu, které autor vytvořil ke splnění svých povinností vyplývajících z pracovněprávního či služebního vztahu k zaměstnavateli nebo z pracovního vztahu mezi družstvem a jeho členem (zaměstnanecké dílo). Zaměstnavatel může právo výkonu podle tohoto odstavce postoupit třetí osobě pouze se svolením autora, ledaže se tak děje při prodeji podniku nebo jeho části.
52. 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.

#### **K postavení obviněného jako zadavatele podle zákona**

53. V šetřeném případě se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda je splněn předpoklad stanovený v § 2 odst. 1 zákona, tedy zda je vůbec zadavatel (obviněný) zadavatelem veřejné zakázky ve smyslu shora citovaného ustanovení zákona. Ustanovení § 2 odst. 2 zákona taxativně vymezuje čtyři skupiny subjektů, které spadají pod definici „veřejného zadavatele“. Jedním z těchto subjektů je podle § 2 odst. 2 písm. a) zákona Česká republika.
54. Podle § 7 odst. 1, věty první, zákona o majetku České republiky činí právní úkony jménem státu vedoucí organizační složky, jíž se tyto právní úkony týkají, pokud zvláštní právní předpis nebo tento zákon (§ 28 odst. 2) nestanoví jinak.
55. Z dikce ustanovení § 7 odst. 1 zákona o majetku České republiky tudíž vyplývá, že za Českou republiku, coby veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 1 písm. a) zákona, jednájí, a tedy i veřejné zakázky zadávají, jednotlivé organizační složky státu.
56. Podle § 3a zákona o organizaci a provádění sociálního zabezpečení je Česká správa sociálního zabezpečení organizační složkou státu.
57. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad tudíž tuto část odůvodnění uzavírá s konstatováním, že zadavatel (obviněný), tj. Česká správa sociálního zabezpečení, jakožto organizační složka státu podle § 3 odst. 1 zákona o majetku České republiky, tedy organizační složka České republiky, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 1 písm. a) zákona.

#### **K výroku I. tohoto rozhodnutí**

58. Úřad v obecné rovině uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, v němž byla šetřená veřejná zakázka zadána, 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, jenž 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.
59. Jednací řízení bez uveřejnění by tedy mělo být skutečně krajním řešením tam, kde není jinak možné zajistit plnění požadované zadavatelem, 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 „*[m]ožné 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 v jednacím řízení bez uveřejnění je proto v souladu s ustálenou soudně rozhodovací praxí nezbytné posuzovat restriktivně, což vyplývá např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu, sp. zn.: 1 Afs 23/2012 ze dne 20. 11. 2012 nebo z rozsudku Krajského soudu v Brně, sp. zn.: 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015.

60. 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 požizuje 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 tuto předpokládaná navazující plnění bez využití jednacého řízení bez uveřejnění, např. tedy umožní plnění zadat v otevřenějších druzích zadávacích řízení. V opačném případě by totiž zadavatel byl s budoucím užitím jednacého řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky (a takové jednací řízení bez uveřejnění by pak bylo logicky nezákonné).
61. Úřad v této souvislosti dále uvádí, že s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013) je třeba od tohoto zaviněného vytvoření stavu exkluzivity odlišovat situaci, kdy zadavatel budoucí plnění předpokládat nemohl a uzavřel smlouvu zakládající exkluzivitu jednoho dodavatele, tj. situaci, kdy by uzavření smlouvy v jiném znění, tj. např. při požadavcích na širší licenční oprávnění, bylo dle aktuálně dostupných vědomostí zadavatele nevhodné (přičemž až následně vyplyne, že uzavření smlouvy zakládající exkluzivitu bylo, vzhledem ke vzniku potřeby zadat následné plnění, řešením „nešikovným“); zásadní rozdíl je v tom, že vzniklý stav není zadavatelem zaviněný.
62. 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 „[j]ednací 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 vážit, „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.“*

63. Pro „dokreslení“ shora uvedeného, resp. restriktivního charakteru využitelnosti jednacého řízení bez uveřejnění, je v dalším možno odkázat i na odstavec 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 jednacého řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení.“* Úřad na jmenovanou směrnici odkazuje s plným vědomím toho, že v době zadávání posuzované veřejné zakázky tato dosud neexistovala a obviněný ji tedy nebyl povinen reflektovat; daná směrnice nicméně výstižně ilustruje názorovou ustálenost stran omezené použitelnosti jednacého řízení bez uveřejnění pro zadání konkrétní veřejné zakázky.
64. Je tak zřejmé, že použít jednací 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 platí, že se sám zadavatel nepodílel na vytvoření omezení, od nichž následně odvozuje možnost využití jednacého řízení bez uveřejnění.
65. Z pohledu posouzení postupu obviněného v případě šetřené veřejné zakázky je tedy s ohledem na výše uvedené nutné posoudit jednak naplnění „formální“ stránky jednacého řízení bez uveřejnění, tj. zda byly dány objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení (autorskoprávní, kterými obviněný užití jednacého řízení bez uveřejnění odůvodňuje), je však nutné posoudit rovněž „materiální“ podmínku pro použití jednacého řízení bez uveřejnění, a to zda obviněný stav výlučnosti vybraného uchazeče sám nevytvořil.
66. Z dokumentace předložené obviněným vyplývá, že předmětem prověřované veřejné zakázky je rozšíření maintenance (poskytování nových verzí a aktualizací elektronické spisové služby) a služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje podpory elektronické spisové služby. ESS pod názvem „e-spis“ byla obviněným pořízena na základě původní smlouvy z roku 2012, kterou obviněný uzavřel s vybraným uchazečem na základě otevřeného řízení a v průběhu následujících let byla udržována a rozvíjena nejprve na základě původní smlouvy a následně na základě smlouvy uzavřené obviněným dne 17. 10. 2013 (smlouva o poskytování služeb technické podpory) s vybraným uchazečem v návaznosti na jednací řízení bez uveřejnění. Prověřovanou veřejnou zakázku obviněný zadal rovněž v návaznosti na realizované jednací řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči, s nímž dne 23. 9. 2015 uzavřel Dodatek č. 2 ke smlouvě o poskytování služeb technické podpory ze dne 17. 10. 2013.

67. V dokumentu „Návrh na realizaci zadávacího řízení“ obviněný odůvodňuje volbu jednacího řízení bez uveřejnění [podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona] ochranou výhradních práv a absencí potřebných oprávnění, a to v návaznosti na prohlášení vybraného uchazeče, podle něhož je vybraný uchazeč jediným a výhradním vykonavatelem majetkových práv k programovému vybavení systému „e-spis“ a k veškeré dokumentaci k software podle autorského zákona a dále má výhradní právo poskytovat třetím osobám oprávnění k využití software a software podporovat, rozvíjet a modifikovat. V uvedeném dokumentu obviněný dále uvedl: *„Zadavatel nedisponuje potřebným oprávněním (tedy právy zasahovat a měnit tento systém, který by mohl poskytnout třetí osobě).“*. Uvedenou skutečnost zadavatel doložil znaleckým posudkem ze dne 7. 8. 2014, z jehož závěrů vyplývá, že v rámci původní veřejné zakázky na elektronickou spisovou službu vzniklo dílo ve smyslu § 2 odst. 2 autorského zákona, a že držitelem výhradních práv k elektronické spisové službě je vybraný uchazeč (společnost ICZ a.s.).
68. 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. 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 ochrany výhradních práv. S ohledem na výše uvedené musí zadavatel v každém (jednotlivém) případě pečlivě zvážit, zda může být jednací řízení bez uveřejnění použito, resp. zda jsou dány důvody, které zadavatele k tomuto postupu opravňují. Zadavatel je současně povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která jej vedla k aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná.
69. Úřad 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 zadavateli, aby v rámci případného přezkumu jeho postupu ze strany Úřadu prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. Pouze tak může zadavatel naplnit požadavek na přezkoumatelnost jeho postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti stanovené v ust. § 6 odst. 1 zákona (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 5. 2007 ve věci č. j. 31 Ca 166/2005 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, sp. zn. 5 Afs 131/2007).
70. Z výše uvedeného tudíž vyplývá, že prokázání důvodů použití jednacího řízení bez uveřejnění je plně na zadavateli, jenž by měl být schopen objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení doložit již před zahájením zadávacího řízení (k tomu srov. např. závěry vyplývající z rozsudků Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 3. 1987, C-199/85 *Komise Evropských společenství proti Italské republice*, či z rozsudku ze dne 28. 3. 1996, C-318/94 *Komise Evropských společenství proti Spolkové republice Německo*) a tyto důvody by měly trvat po celou dobu trvání jednání s dodavatelem. V této souvislosti je rovněž možné odkázat na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci 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). Úřad v této souvislosti v dalším odkazuje na rozsudky Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015 a sp. zn. 62 Af 93/2015 ze dne 1. 6. 2017 a na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, v němž bylo explicitně uvedeno, že „*smyslem daného řízení (pozn. – tj. řízení vedeného před Úřadem ve věci oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění příslušným zadavatelem) bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění.*“ (pozn. – zvýraznění textu provedeno Úřadem).*

71. Ze shora řečeného je tak zřejmé, že důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na obviněném, jehož povinností je, aby doložil, že pro zadání předmětné veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění byly prokazatelně splněny všechny podmínky předvídané v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a že tedy předmět takto zadané zakázky nemohl být zadán v jiném druhu zadávacího řízení, které je oproti jednacímu řízení bez uveřejnění z podstaty transparentnější. 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 jednacího řízení bez uveřejnění je to tedy právě zadavatel, resp. obviněný, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem.
72. Úřad se tak v posuzované věci zabýval otázkou, zda obviněný unesl důkazní břemeno a prokázal, že zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona bylo v souladu se zákonem, přičemž dospěl k závěru, že obviněný důkazní břemeno neunesl. Úřad v této souvislosti upozorňuje na skutečnost, že obviněný ve vedeném správním řízení o přestupku zcela rezignoval na doložení (odůvodnění) užití jednacího řízení bez uveřejnění, tzn. neuvedl ničeho navíc na podporu svého postupu nad rámec podkladů, které vyplývají z dokumentace o veřejné zakázce a nevyužil tak svého práva ve smyslu § 36 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů. Úřad tedy při svém přezkumu vycházel primárně z dokumentace o veřejné zakázce, která ostatně i dle konstantní judikatury má být hlavním zdrojem informací a podkladů dokládajících

oprávněnost užití jednacích řízení bez uveřejnění, avšak Úřad současně z opatrnosti přihlédl i k argumentaci obviněného uplatněné v jeho vyjádření ze dne 14. 6. 2017 (viz odstavec 20 a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí), stejně tak následně uvedené argumentaci na výzvu Úřadu (viz odstavec 34 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

73. Pokud jde o obviněným tvrzenou existenci objektivních důvodů pro použití jednacích řízení bez uveřejnění spočívajících v nutnosti ochrany autorských práv, Úřad uvádí následující.
74. Z podkladů předložených obviněným vyplývá, že předmětem plnění původní veřejné zakázky byla dodávka a implementace elektronické spisové služby ESS, podatelny/výpravny pro datové schránky, podatelny/výpravny pro e-mail, technického vybavení, následné technické podpory nezbytné pro produkční provoz dodaného APV a HW po dobu jednoho roku v prostředí České správy sociálního zabezpečení. Z čl. XIII. „Práva duševního vlastnictví“ původní smlouvy vyplynulo, že dodavatel (vybraný uchazeč) byl povinen zajistit, aby obviněný nabyt příslušná oprávnění z práv duševního vlastnictví, která jsou nezbytná k užívání dodaného systému, k jeho provozování a zachování funkčnosti, a dále, že vybraný uchazeč poskytl obviněnému výhradní licenci k užití práv duševního vlastnictví k výsledku řešení díla, přičemž obviněný měl možnost zcela nebo zčásti poskytnout třetí osobě oprávnění tvořící součást licence.
75. Z podkladů poskytnutých obviněným dále vyplývá, že ESS byla po její implementaci dále provozována, spravována a rozvíjena nejprve na základě původní smlouvy. Následně uzavřel obviněný na základě jednacích řízení bez uveřejnění s vybraným uchazečem smlouvu o poskytování služeb technické podpory (poskytování nových verzí a aktualizací ESS a poskytování podpory ESS); viz odstavec 9 odůvodnění tohoto rozhodnutí. V případě obou uzavřených smluv byla zakotvena podmínka týkající se poskytnutí zdrojových kódů vybraným uchazečem pouze v případě, kdy tento nebude schopen plnit povinnosti dle příslušné smlouvy (viz čl. XIII. „Práva duševního vlastnictví“ odst. 3 původní smlouvy a čl. X. „Práva duševního vlastnictví“ smlouvy o poskytování služeb technické podpory). Ke smlouvě o poskytování služeb technické podpory obviněný následně uzavřel dodatky, kdy předmětem daného správního řízení je Dodatek č. 2 na prověřovanou veřejnou zakázku v návaznosti na provedené jednací řízení bez uveřejnění s odůvodněním, že nemá k plnění veřejné zakázky ve vlastní režii potřebná oprávnění a znalosti (viz odstavec 17 odůvodnění tohoto rozhodnutí). V dokumentu „Návrh na realizaci zadávacího řízení“ (viz odstavec 16 odůvodnění tohoto rozhodnutí) obviněný odkázal na prohlášení vybraného uchazeče, podle něhož je vybraný uchazeč jediným vykonavatelem majetkových práv k programovému vybavení ESS a k veškeré dokumentaci podle autorského zákona, má výhradní právo poskytovat třetím osobám oprávnění k využití software a výhradní právo tento software podporovat, rozvíjet, modifikovat a upravovat. Úřad doplňuje, že z dokumentace předložené obviněným dále zjistil, že vybraný uchazeč v předmětném prohlášení ze dne 28. 3. 2013 upřesnil, že žádný nabyvatel práva k užití software (rozuměj ESS) není oprávněn tento software jakkoliv upravovat či měnit, a že jakýkoliv zásah do software třetí osobou bude znamenat porušení práv duševního vlastnictví.
76. Za účelem podpory odůvodnění zadání prověřované veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona obviněný rovněž doložil znalecký posudek (v kopii) zpracovaný Ing. Jaroslavem Hujňákem dne 7. 8. 2014, z jehož závěrů (kapitola VI.

Závěrečné stanovisko znalce) mj. vyplynulo, že držitelem výhradních práv k elektronické spisové službě implementované u obviněného je vybraný uchazeč.

77. S odkazem na výše předestřené skutečnosti Úřad shrnuje, že obviněný je ESS oprávněn užívat, nicméně není oprávněn do ní zasahovat, neboť zdrojové kódy k předmětnému software vlastní pouze vybraný uchazeč. Právě řečené ostatně potvrzuje i vyjádření obviněného ze dne 14. 6. 2017, v němž potvrdil, že ze zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku vzešel pro vybraného uchazeče stav exkluzivity pro budoucí zasahování do ESS. **Předmětem šetřené veřejné zakázky je pak zásah do ESS**, neboť jejím plněním je dle čl. II. Dodatku č. 2 zajištění služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje ESS ve smyslu rozsahu všech aktivních komponent nezbytných pro funkčnost celého systému dle technické dokumentace původní smlouvy ve znění všech následujících dodatků, kterými bylo rozšíření funkcionalit ESS. Technická podpora provozu ESS byla rozšířena o implementaci a integraci konkrétních aplikací, rozšíření specializovaného rozhraní ESS, interní předávání dokumentů a spisů mezi jednotlivými okresními správami sociálního zabezpečení, automatizované odkládání vyřizovaných elektronických dokumentů z ESS do Správy spisovny, ukládání odpovědí zasílaných exekutorům do ESS, úprava řešení předávání e-mailů a další úpravy, které vyplynuly ze změny potřeb dosavadního provozu ESS. Předmět plnění je pak v příloze č. 1 „Specifikace Služeb technické podpory“ služba „Maintenance – poskytování nových verzí a aktualizací ESS“, což je vymezeno jako „(...) činnosti Poskytovatele vedoucí k náhradě instalovaného programového systému novou verzí nebo subverzí programového systému s vyšší nebo upravenou funkcionalitou na základě kontinuálního vývoje programového systému souvisejícího s vývojem mimo systém, validace se provádí testováním podle dohodnutého testovacího postupu, převzetí se provádí podpisem instalačního protokolu.“. Součástí maintenance je pak pravidelná nabídka upgrade a nových verzí aplikace ESS, zpracování požadovaných legislativních změn, zapracování organizačních změn v rámci ČSSZ. Co se týká podpory ESS, tato je vymezena jako poskytování služeb technické podpory ve smyslu pravidelné technické podpory a expertní technické podpory, HelpDesk a Hot Line. Úřad uvádí, že předmět plnění šetřené veřejné zakázky lze kvalifikovat jako autorské dílo ve smyslu § 2 odst. 2 autorského zákona, resp. předmětem plnění jsou činnosti vybraného uchazeče související s komplexním provozem jeho autorského díla (ESS).
78. Do forem užívání díla lze zařadit jak činnosti výslovně upravené v § 12 odst. 4 autorského zákona, tak i činnosti jiné, neboť výčet uvedený v odstavci 4 tohoto ustanovení autorského zákona je s odkazem na odstavec 5 zde citovaného ustanovení pouze demonstrativní (viz odstavec 50 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Mezi tyto jiné činnosti patří i zásahy do díla, jako jsou jeho změny nebo úpravy. Ty však představují mimo zásah do majetkových práv autora k dílu rovněž i zásah do jeho práv osobnostních a je nutné k takovým zásahům (formám realizace užívacích práv k dílu) obdržet autorův souhlas.
79. Autorský zákon blíže specifikuje právo užití díla, jedná-li se o počítačový program v § 66 odst. 1 autorského zákona. Obsahem předmětného ustanovení autorského je vymezení tzv. zákonné licence, s níž je spojeno právo oprávněného uživatele – osoby, která disponuje licencí k výkonu majetkového práva autora - dílo (počítačový program) užit určitými způsoby, aniž by k tomuto výkonu musela být uživateli tato práva udělena na základě smluvních ujednání. Uživatel – nabyvatel licence, tak získává tato oprávnění bez dalšího, přímo ze zákona.

80. Jak již bylo Úřadem popsáno výše, z konstantní judikatury 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 (tj. „formální“ stránku), nýbrž je nutno taktéž zkoumat i naplnění „materiální“ podmínky (stránky) pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění, tj. zda příslušný zadavatel stav výlučnosti tohoto dodavatele pro plnění veřejné zakázky sám nevytvořil. I pokud by tedy ve zde posuzované věci ze strany obviněného tvrzená autorskoprávní ochrana ESS vybraným uchazečem a z ní plynoucí nemožnost obviněného (popř. jiného dodavatele) do daného systému zasahovat a provádět v předmětném systému úpravy, reálně existovala, neznamená to bez dalšího, že obviněný byl oprávněn šetřenou veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění. Tu je třeba zkoumat, zda tuto exkluzivitu jediného v úvahu přicházejícího dodavatele nevytvořil zadavatel vědomě sám. Pokud ano, nebylo by možné postup v jednacím řízení bez uveřejnění, opírající se právě o existenci jediného exkluzivního dodavatele, označit za zákonný. Úřad opětovně zdůrazňuje, že k tomu, aby došlo k zadání předmětné veřejné zakázky v souladu se zákonem, muselo by k případnému naplnění oné formální stránky přistoupit prokazatelně i naplnění toho, že si obviněný stav výlučnosti vybraného uchazeče, pokud jde o autorskoprávní důvody, sám nevytvořil, resp. nezpůsobil. Je tak zřejmé, že obě tyto stránky musí být splněny kumulativně. Pokud tomu tak není, „padá“ použitelnost jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona jako celek. Úřad konstatuje, že v souvislosti s obviněným uváděnými autorskoprávními důvody primárně zkoumal to, zda si obviněný stav exkluzivity (výlučnosti) vybraného uchazeče sám nezpůsobil, tj. „materiální“ stránku.
81. V této souvislosti Úřad odkazuje na již výše zmiňovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, který přinesl odpověď na otázku, zda skutečnost, že zadavatel stav exkluzivity způsobil sám, je či není při posouzení naplnění podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona relevantní. Z citovaného rozsudku považuje Úřad za nezbytné opětovně i na tomto místě přímo citovat, že *„jdnací 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 nastalou situaci 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 jmenovaný soud zabýval situací, kdy byl postup zadavatele 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 zadavatel osloví jednoho konkrétního zájemce, nemohou vycházet ze stavu, kdy si zadavatel nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až je

následně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolává se postupu dle daného ustanovení zákona.

82. Úřad zdůrazňuje i to, co uvedl již v odstavci 62 odůvodnění tohoto rozhodnutí, a sice že pokud 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, 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“*.
83. Z výše uvedeného vyplývá, že aby bylo možno konstatovat, že zadavatel, který svým jednáním při zadávání původní veřejné zakázky vytvořil exkluzivní postavení dodavatele původní veřejné zakázky, postupoval pouze „nešikovně“, muselo by v daném případě dojít k tomu, *„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).
84. K tomuto Úřad uvádí, že předmětem plnění dle původní smlouvy byla dodávka a implementace elektronické spisové služby ESS, podatelny/výpravny pro datové schránky, podatelny/výpravny pro e-mail, technického vybavení, následné technické podpory nezbytné pro produkční provoz dodaného APV a HW po dobu jednoho roku v prostředí České správy sociálního zabezpečení. Podle čl. 2. „Předmět plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace na původní veřejnou zakázku obviněný požadoval vytvoření elektronické spisové služby a elektronicky řízeného oběhu dokumentů. Současně v čl. 2.9 „Rozšiřitelnost a další/budoucí rozvoj, ostatní požadavky“ zadávací dokumentace na původní veřejnou zakázku je mj. uvedeno, že obviněný musí vyhovět všem současným i budoucím zákonným požadavkům na zpracování a zejména na dlouhodobé uchování elektronických dokumentů v zpracovatelné formě a že požadovaný systém ESS musí být proto schopný dalšího dlouhodobého rozvoje. Z uvedeného článku zadávací dokumentace na původní veřejnou zakázku dále vyplývá, že obviněný požaduje zajistit, aby dokumenty a spisy byly následně po uzavření migrovány do elektronické dlouhodobé důvěryhodné spisovny, kterou obviněný bude v rámci jiného projektu. Lze tedy shrnout, že v rámci původní veřejné zakázky obviněný požadoval realizovat dodávku a implementaci elektronické spisové služby; podatelny/výpravny; e-podatelny/výpravny pro e-mail; technického vybavení; technické podpory nezbytné pro produkční provoz po dobu jednoho roku, přičemž součástí dodávky bylo rovněž uživatelské školení na provozování dodaného APV v podmínkách obviněného. Takto vymezený předmět plnění byl rovněž sjednán v čl. III původní smlouvy, kterou obviněný uzavřel s vybraným uchazečem.
85. Úřad na tomto místě akcentuje, že předmětem plnění šetřené veřejné zakázky je rozšíření maintenance (poskytování nových verzí a aktualizací ESS) a služeb technické podpory ve vztahu k dlouhodobému rozvoji podpory ESS.
86. Úřad s ohledem na výše uvedenou judikaturu provedl porovnání předmětu plnění původní veřejné zakázky, resp. původní smlouvy a šetřené veřejné zakázky. Předmětem plnění

původní veřejné zakázky bylo vytvoření ESS a mj. technická podpora dodaného plnění na dobu jednoho roku. V čl. 2.9 „Rozšiřitelnost a další/budoucí rozvoj, ostatní“ zadávací dokumentace na původní veřejnou zakázku pak obviněný přímo předpokládal další budoucí rozvoj poptávaného systému, když v uvedeném článku např. stanovil, že požadovaný systém ESS musí být schopný dalšího dlouhodobého rozvoje. Předmětem šetřené veřejné zakázky jsou pak služby maintenance a technické podpory ESS.

87. V rámci posouzení materiální stránky použití jednacímho řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky tak Úřad s odkazem na výše zmíněnou konstantní judikaturu konstatuje, že judikovanou podmínku o potřebě plnění, které zadavatel nemohl předvídat, šetřená veřejná zakázka nespĺňuje, neboť v rámci původní veřejné zakázky (otevřené řízení) obviněný v zadávacích podmínkách explicitně uvedl, že předpokládá budoucí rozvoj systému a předmětem šetřené veřejné zakázky je plnění ve vztahu k rozvoji ESS. Z uvedeného je zcela nepochybné, že obviněný o potřebě tohoto plnění věděl již v době uzavření původní smlouvy, resp. toto již deklaroval v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky. Nelze tak v žádném případě konstatovat, že by potřeba plnění šetřené veřejné zakázky vznikla nezávisle na vůli obviněného a že by jeho postup byl pouze „nešikovný“. Obviněný tedy prokazatelně o potřebě budoucího rozvoje a technické podpory ESS věděl, tj. věděl, že po uplynutí plnění dle původní smlouvy (sjednané na rok), bude muset řešit zajištění dalších služeb ve vztahu k pořízenému SW ve vztahu k dlouhodobému rozvoji. Pokud obviněný byl srozuměn s tím, což ostatně promítl do zadávacích podmínek původní veřejné zakázky, že bude potřeba technické podpory či rozvoje ESS apod., měl předpokládat (dle názoru Úřadu mohl a měl vědět), že tato potřeba uplynutím sjednané doby plnění v intencích původní smlouvy nezanikne; naopak, vzhledem k tomu, že ESS je produktem, který obviněný nepožíval na dobu užívání pouze po dobu jednoho roku, bylo dle názoru Úřadu od počátku zřejmé, že obviněný bude nyní poptávané plnění potřebovat i pro další období, resp. do budoucna budou obviněnému vznikat obdobné potřeby, které nyní zajistil prostřednictvím jednacímho řízení bez uveřejnění. Vzhledem k předmětu plnění šetřené veřejné zakázky lze dokonce i dovozovat, že v případě technické podpory se jedná o plnění, které bude obviněný potřebovat zajistit po celou dobu využívání daného systému (ESS). Obviněný tak rozumně měl očekávat potřebu dalšího plnění a z původní smlouvy vyplývá, že tuto i předpokládal (avšak uspokojení dané potřeby sjednal pouze na velmi krátkou dobu, avšak obviněnému nic nebránilo v tom, aby již původní smlouvu, podmínky zadávacímho řízení tomuto uzpůsobil). Úřad tak má za to, že obviněný již nastavením původní smlouvy zapříčinil případný stav exkluzivity vybraného uchazeče, který dále, tj. uzavíráním navazujících smluv (viz odstavce 9 a 14 odůvodnění tohoto rozhodnutí), prohluboval, neboť jak smlouvu o poskytování služeb technické podpory, tak dodatky uzavírané k této smlouvě (včetně Dodatku č. 2 na prověřovanou veřejnou zakázku) uzavřel s vybraným uchazečem, přičemž v předmětných následně uzavíraných smlouvách nebyla zakotvena možnost provádět zásahy a úpravy SW (ESS) prostřednictvím třetích osob. Prohlubování závislosti na vybraném uchazeči se dělo již samotným uzavíráním smluv a dodatků ve vztahu k rozvoji ESS. Obviněný, ačkoliv musel v době uzavírání původní smlouvy vědět, že v budoucnu vyvstane vlivem jeho vlastních potřeb, jakož i vlivem možných legislativních změn, nutnost úprav pořízeného SW (ESS) v rámci dlouhodobého rozvoje, s čímž ostatně původní smlouva i počítala, neučinil nic pro to, aby se systémem mohl buď svými vlastními kapacitami, popř. za přispění externích subjektů, volně disponovat. Obviněný pro jeho nezávislost na vybraném uchazeči nic neučinil ani při

uzavírání navazujících smluv, kdy se naopak k vybranému uchazeči stále více poutal. Obviněný tak nepodnikl žádné aktivní kroky k tomu, aby tento stav změnil, naopak zcela na toto rezignoval a jen se dovolával stavu exkluzivity, který sám zapříčinil. Uvedené dle názoru Úřadu vyplývá i ze samotného jednání obviněného v průběhu správního řízení, popř. i úkonům tomuto řízení předcházejícím, neboť obviněný k obhajobě svého postupu používá pouze argumentaci, že je v situaci, kdy vybranému dodavateli svědčí autorská práva ve vztahu k ESS, obviněný ani nikterak neprokázal, že by vyvinul snahu, aby nebyl v situaci, kdy vybranému uchazeči opakovaně mimo jakékoliv soutěžní prostředí de facto "z ruky" zadává další a další plnění související s nákupem a následným provozem ESS.

88. K tomu Úřad uvádí, že obviněný měl v průběhu let možnost reagovat na absenci vlastních kapacit k zajištění podpory provozu díla a takovýto stav napravit sjednáním nových smluvních ujednání, která by odstranila právní omezení pro třetí osoby, či případně zadat zcela novou veřejnou zakázku, nicméně nemohl postupovat tak, že předmět plnění veřejné zakázky zadal v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči s odkazem na ochranu výhradních práv, kdy stav exkluzivity – nezajištění nezbytných práv provádět zásahy a úpravy SW (ESS) prostřednictvím třetích osob, byl důsledkem jeho vlastní činnosti. Jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 62 Af 93/2015 ze dne 1. 6. 2017, pokud zadavatel zvolil řešení, kdy veřejnou zakázku nelze zadat jinému subjektu než vybranému uchazeči, musel si být zadavatel vědom omezení, které pro něj z takového postupu vyplývá, tedy následné nemožnosti zadat navazující veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.
89. Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013: *„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 dále: *„zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento stav exkluzivity vytvořil“*, což je závěr, který je dle Úřadu plně příslušný šetřenému případu, jelikož jak bylo uvedeno výše, předmět šetřené veřejné představují de facto některé činnosti, jejichž budoucí poskytnutí vybraným uchazečem bylo zakotveno již na základě původní smlouvy.
90. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uzavírá, že z materiální stránky nebyla podmínka pro použití jednacích řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu ochrany výhradních práv splněna, a obviněný se tedy na nutnost ochrany autorských práv vybraného uchazeče při zdůvodnění svého postupu při zadání veřejné zakázky nemůže účinně dovolávat.
91. Úřad uvádí, že obviněnému nic nebránilo, aby si v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky v rámci smluvních podmínek vyhradil přístup ke zdrojovým kódům, resp. to, aby s realizovaným plněním (ESS) mohl po ukončení smluvního vztahu s vybraným uchazečem disponovat. Takto by se obviněný zcela jednoduše vymanil z područí vybraného uchazeče (resp. by se nikdy do takového stavu nedostal), který by ESS sice zrealizoval, ale v budoucnu by navazující plnění případně mohl realizovat dodavatel zcela jiný, který by vzešel z konkurenčního prostředí. Ostatně ani sám obviněný nikde ani náznakem nenaznačil, že by např. existovaly i jiné důvody, pro které by byl vybraný uchazeč jediným možným dodavatelem. Uvedené podtrhuje i vyjádření zadavatele ze dne 19. 9. 2017 na základě předchozí výzvy Úřadu, kdy zadavatel důvod jednacích řízení výlučně opírá o autorská práva

vybraného uchazeče, tzn. z uvedeného lze dovozovat, že zde nejsou ani dány technické překážky (důvody) pro které by nebylo lze hledat jiný subjekt, který by zajistil potřebu zadavatele vyplývající z uzavřeného Dodatku č. 2. Úřad dále dodává, že na stanovení smluvních podmínek v rámci původní veřejné zakázky se obviněný nepochybně podílel, případně je mohl ovlivnit, neboť je to právě zadavatel (obviněný), kdo určuje znění zadávacích podmínek. Je tedy na samotném zadavateli (obviněném), jak přistoupí k zadání takto významné veřejné zakázky (původní veřejné zakázky) z jejíhož předmětu plnění je nutno legitimně očekávat potřebu dalšího plnění i po splnění prvotního uvedení systému do provozu. Obviněný přece nemohl předpokládat v roce 2012, kdy původní veřejnou zakázku zadával, že v případě informačního systému (ESS) nebude do budoucna ničeho dalšího potřebovat. Výše uvedenou argumentaci Úřadu pak lze shrnout tak, jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, že pokud by Úřad připustil, že v daném případě existuje stav exkluzivity pro vybraného uchazeče, byl stav exkluzivity zcela zjevně důsledkem postupu obviněného. Dle názoru Úřadu se však nejednalo nešikovnost obviněného, nýbrž tento zcela podcenil způsob zadávání původní veřejné zakázky, kdy ačkoliv si byl vědom nutnosti dalších zásahů do dodaného systému, nezpůsobil tomu znění zadávacích podmínek a měl si být vědom toho, že tak způsobuje situaci, do které se nyní dostal, tzn. závislost na vybraném uchazeči a nutnost zajištění navazujícího plnění prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění.

92. K tvrzení obviněného, že mu byl na základě původní veřejné zakázky poskytnut vybraným uchazečem standardní SW, který byl pouze upraven pro jeho potřeby, přičemž k takovému „krabicovému“ SW dodavatelé zdrojové kódy neposkytují, Úřad uvádí, že toto tvrzení obviněného považuje za zavádějící. Předně, předmětem původního plnění bylo „vytvoření“ ESS, bylo tedy zcela na uchazečích, jaké řešení obviněnému nabídnou, obviněný tedy i této skutečnosti mohl a měl uzpůsobit zadávací podmínky původní veřejné zakázky. Vytvoření stavu exkluzivity však není otázkou řešení potřeby zadavatele, nýbrž otázkou nastavení zadávacích, popř. smluvních podmínek, které stanovuje vždy zadavatel. Obviněný si v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky pouze vyhradil, že dodavatel předá zdrojové kódy SW obviněnému pouze v případě, pokud nebude plnit smluvní podmínky. Obviněnému dle Úřadu nic nebránilo nastavit smluvní podmínky v jeho prospěch tak, aby dílem mohl v budoucnu plně disponovat. Co se týká tvrzení obviněného, že vytvoření individuálního díla zcela pro jeho účely by bylo „náročné na finance“, toto Úřad považuje za nepřiléhavé, neboť „náročné na finance“ na finance může být pro obviněného i odebrání plnění od vybraného uchazeče prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění, jako se tomu děje nyní, neboť vybraný uchazeč není vystaven jakékoliv konkurenci, která by jej nutila k prosoutěžnímu jednání, tedy např. na něj vyvíjela tlak ohledně cenové nabídky, popř. by mohl existovat i jiný dodavatel (neboť vzhledem ke skutkovým okolnostem případu lze usuzovat, že technicky se nejedná o jakkoliv jedinečné dílo), který by byl schopen plnění poskytnout za výhodnější cenu. Nelze totiž přehlédnout skutečnost, že obviněný ESS stále provozuje a zřejmě ji hodlá provozovat i do budoucna, což s sebou zajisté může nést další náklady a je otázkou, jakým způsobem obviněný hodlá další plnění související s ESS pořizovat. Jak již Úřad shora konstatoval, nabídnuté řešení bylo zcela na uchazečích, přičemž obviněný vytvoření stavu exkluzivity mohl předejít nastavením vhodných zadávacích (smluvních) podmínek. K otázce hospodárnosti postupu obviněného Úřad konstatuje, že postup, kdy si obviněný nechá implementovat informační systém a následně uzavírá s



vybraným uchazečem smlouvy týkající se provozování a úprav systému, lze jen stěží považovat za hospodárný, resp. hospodárnější, než kdyby předmětné služby byly zajišťovány např. v otevřeném řízení. Úřad v této souvislosti dodává, že obviněný Úřadu nepředložil ani žádný relevantní podklad (např. ekonomickou analýzu) dokládající jím tvrzenou „hospodárnost“ jeho postupu. Současně nelze přehlédnout, že 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 jsou upřednostňovány jiné zájmy spíše než transparentní a hospodárné zadání veřejné zakázky. 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 – příležitostně 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.“*

93. Ve vztahu k problematice hospodárnosti Úřad dále odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, v němž bylo explicitně 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 o takové výhodnosti.“* Úřad tak uzavírá, že ekonomická stránka věci sama o sobě nemůže být důvodem pro využití jednacím řízení bez uveřejnění. V dané věci je tedy nutné akcentovat, že 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). Obviněný hospodárností navíc argumentuje pouze v rovině tvrzení uvedeného ve vyjádření ze dne 14. 6. 2017, podle něhož by se v případě zájmu o zdrojové kódy k poptávanému SW jednalo o ekonomicky náročnější řešení (viz odstavec 20 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a dále pak ve svém vyjádření ze dne 19. 9. 2017 (v podrobnostech viz odstavec 34 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad dodává, že současně nelze přehlédnout, že ačkoliv dodávka a implementace systému (plnění zadané

v otevřeném řízení) stála podle oznámení o zadání zakázky, ev. č. formuláře 7203011008292 uveřejněného dne 24. 2. 2012 ve Věstníku veřejných zakázek (oddíl V.4) cca 19 milionů Kč bez DPH, následně za služby technické podpory byla ve smlouvě o poskytování služeb technické podpory (plnění zadané na základě jednacího řízení bez uveřejnění) sjednána cena cca 27 milionů Kč bez DPH, přičemž uvedená cena služeb byla v rámci Dodatku č. 2 navýšena na cca 33 milionů Kč bez DPH. S ohledem na uvedené skutečnosti lze tak o výhodnosti předmětného postupu obviněného důvodně pochybovat.

94. Co se týká tvrzení obviněného, že v době realizace otevřeného řízení, tj. zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku, sice předpokládal, že v budoucnu dojde k rozšíření ESS, nicméně vzhledem ke skutečnosti, že v době zahájení a realizace otevřeného řízení na původní veřejnou zakázku neznal konkrétní podobu plnění, která byla předmětem Dodatku č. 2, nemohl předpokládat budoucí potřebu tohoto konkrétního plnění a z tohoto důvodu je nemohl v otevřeném řízení ani poptávat, Úřad uvádí, že touto argumentací nelze obhájit postup obviněného. Je tomu tak proto, že v daném případě vůbec nejde o to, že by musel obviněný předvídat konkrétní podobu budoucího plnění (to ani v zásadě není mnohdy možné), ale zásadní je to, že obviněný potřebu změn vůbec uvažoval a nepochybně předvídal (resp. obviněný neuvážoval že vytvořený systém bude po vytvoření „zakonzervován“) a tedy právě tuto situaci měl při konstrukci zadávacích podmínek původní veřejné zakázky obviněný brát v potaz. Úřad akcentuje, že sám obviněný ve svém vyjádření ze dne 14. 6. 2017 uvádí, že stav exkluzivity způsobil, resp. byl způsoben povahou předmětu plnění. Jak však Úřad shora konstatoval, nelze přisvědčit obviněnému, že by povaha plnění zavdala oprávněný stav exkluzivity, neboť tento byl v důsledku způsoben samotným obviněným a způsobem nastavení zadávacích podmínek původní veřejné zakázky. Vytvořením stavu exkluzivity pro vybraného uchazeče v rámci původní veřejné zakázky pak obviněný zapříčinil to, že neměl v budoucnu jinou možnost, než zadat vybranému uchazeči šetřenou veřejnou zakázku související s údržbou ESS přímo, resp. formou jednacího řízení bez uveřejnění, pakliže se obviněný rozhodl pokračovat v již uzavřené smlouvě a nepřistoupil k vysoutěžení plnění nového nebo se mu nepodařilo od vybraného uchazeče zajistit zdrojové kódy a možnost systém upravovat vlastními kapacitami či prostřednictvím třetích osob. Co se týká předloženého znaleckého posudku, Úřad uvádí, že tento je bez vztahu k posuzovanému případu, neboť hodnotil ex post nastalý stav, resp. již vycházel z nastoleného stavu exkluzivity. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Af 35/2015 ze dne 28. 6. 2017, v němž je uvedeno, že *„zadavatel si musí zjistit a ověřit, zda, než použije jednací řízení bez uveřejnění, u kterého se upřednostňují jiné zájmy spíše než transparentní a hospodárné zadání veřejné zakázky, nelze existenci výhradních práv za splnění podmínky ekonomické výhodnosti nepoužít nebo rozšířit tak, aby se již nejednalo o práva výhradní.“*
95. Úřad dále uvádí, že dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. 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.

96. Jelikož v šetřeném případě došlo uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku ke změně smlouvy o poskytování služeb technické podpory, zabýval se Úřad dále tím, zda nejsou dány důvody pro aplikaci § 222 ZZVZ, jež se týká změny závazku ze smlouvy na konkrétní veřejnou zakázku. Ustanovení § 222 odst. 4 ZZVZ umožňuje zadavateli nově oproti zákonu při nezměnění povahy veřejné zakázky a při dodržení stanoveného finančního limitu bez dalšího, tedy bez splnění jakýchkoli dalších podmínek, změnit smlouvu na plnění veřejné zakázky, jelikož v intencích ZZVZ jde o tzv. nepodstatnou změnu. Jedná se o tzv. kategorii „de minimis“ změn, která umožňuje provedení změny závazku, jestliže taková změna nedosáhne 10 % původní hodnoty veřejné zakázky a současně je hodnota dané změny nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku. Jestliže jsou shora popsané podmínky, jež, Úřad podotýká, musí být splněny kumulativně, dány, pak výše citované ustanovení ZZVZ vyčleňuje takové změny z povinnosti zadat je v novém zadávacím řízení. Úřad uvádí, že hodnota plnění veřejné zakázky, na niž byla uzavřena smlouva o poskytování služeb technické podpory, činila 27 351 744 Kč bez DPH (viz odstavec 13 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Hodnota šetřené veřejné zakázky pak dosáhla částky 5 853 975 Kč bez DPH (viz odstavec 19 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Je tedy zcela evidentní, že hodnota posuzované veřejné zakázky překračuje 10 % hodnoty původní veřejné zakázky, a tudíž nemohou být splněny předpoklady pro aplikaci § 222 odst. 4 ZZVZ. Úřad dále sděluje, že za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nelze považovat ani takové dodatečné plnění, které plní stávající dodavatel, které je nezbytné pro dokončení původní veřejné zakázky a zároveň není možná změna dodavatele, a to z ekonomických či technických důvodů, nebo když tato změna by způsobila zadavateli značné obtíže či výrazné navýšení nákladů a hodnota takového navýšení plnění nepřesáhne 50 % původní hodnoty závazku (viz § 222 odst. 5 ZZVZ). Úřad upozorňuje, že případné ekonomické či technické důvody by přitom musely být natolik výrazné a nestandardní, že by možnost realizace požadovaného plnění jiným, než stávajícím dodavatelem, byla pro obviněného výrazně zatěžující. Podle § 222 odst. 6 ZZVZ se potom za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna, jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, nemění celkovou povahu veřejné zakázky a hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku. V této souvislosti Úřad v rámci přezkumu předmětné veřejné zakázky vyzval obviněného k objasnění a případnému doložení skutečnosti, zda zadání prověřované veřejné zakázky bylo podloženo důvody uvedenými v ust. § 222 odst. 5 a odst. 6 ZZVZ. Obviněný v této souvislosti odkázal na argumentaci již uvedenou ve svém vyjádření ze dne 14. 6. 2017, přičemž změnu dodavatele pro realizaci prověřované veřejné zakázky vyloučil z důvodu autorského díla vybraného uchazeče, které bylo objektem příslušné změny. Obviněný upřesnil, že již jiné nové skutečnosti není možné uvést. Uvedenou argumentaci obviněný podřazuje rovněž pod ekonomické a technické důvody, a to s ohledem na případnou ztrátu původních investic při změně dodavatele. Úřad uvádí, že v prověřovaném případě byla důvodem (jak Úřad spora popsal nezákonným) pro použití

jednacího řízení bez uveřejnění ochrana výhradních práv stávajícího dodavatele požadovaných služeb, přičemž důvody technického či ekonomického charakteru pro postup obviněného v rámci použití jednacího řízení bez uveřejnění z dokumentace o veřejné zakázce nevyplývají (tzn. obsahem dokumentace není žádný dokument, z něhož by důvody ekonomického či technického charakteru pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění vyplývaly). Ačkoliv ve svém vyjádření ze dne 19. 9. 2017 obviněný vyčíslil finanční náklady za pořízení, podporu a maintenance spisové služby, které by podle jeho názoru zadáním prověřované veřejné zakázky jinému dodavateli znehodnotil, uvedenou argumentaci obviněný vede pouze v rovině tvrzení, neboť ji obviněný žádným podkladem nedoložil, že by k příslušnému znehodnocení investic opravdu došlo. Obviněný Úřadu v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-S0284/2017/VZ-26633/2017/533/HKu ze dne 14. 9. 2017 o doložení případných podkladů v dané věci žádný podklad ani nepřeložil. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že ust. § 222 odst. 5 ZZVZ není dle názoru Úřadu za této situace aplikovatelné na prověřovaný případ, neboť obviněný žádné konkrétní podklady týkající se ekonomických důvodů, které oproti technickým důvodům alespoň zmiňuje, nepředložil. Obviněný uvádí, že za pořízení systému ESS a jeho podporu vynaložil necelých 40 mil Kč vč. DPH, bez dalšího bližšího odůvodnění, kdy je z pohledu Úřadu nutno akcentovat již uvedené, a to, že pořízení systému v rámci otevřeného řízení stálo obviněného cca 19 mil Kč bez DPH a pak v rámci jednacího řízení bez uveřejnění zadal vybranému uchazeči plnění spočívající v technické podpoře za cca 27 mil Kč bez DPH (viz odstavec 93 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a šetřeným Dodatkem č. 2 hodnotu technické podpory zvýšil na částku cca 33 mil Kč bez DPH. V kontextu výše uvedeného Úřad nemá ve vztahu ke zde šetřené veřejné zakázce (tzn. plnění vyplývajícího z Dodatku č. 2) za to, že jsou dány ekonomické důvody pro aplikaci příznivější právní úpravy, neboť obviněný nikterak své tvrzení neprokázal a v tomto smyslu nelze ani abstrahovat např. od závěrů vyslovených v rozsudku Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 31 Af 35/2015. Z uvedeného rozsudku vyplývá, že zadavatel (tedy v daném případě i obviněný) by měl mít zpracovanou objektivní analýzu subjektem nezávislým na obviněném, tzn. aby tyto závěry byly verifikovány nestranným subjektem. Právě uvedené soud vyjádřil následovně „[p]okud žalobce posoudil jím uzavřené smlouvy sám a na základě vlastního posouzení dospěl k závěru o možnosti uzavřít navazující zakázku v JŘBU, tak se nemůže jednat o objektivní posouzení stavu, neboť to nutně předpokládá součinnost třetí osoby, která není součástí původní zakázky a nemá proto žádný zájem na určitém konkrétním výsledku a ani není u ní důvod zpochybňovat nestrannost analýzy.“ (byť je v rozsudku výše uvedená myšlenka vztažena k analýze autorskoprávního důvodu, Úřad má za to, že tento závěr soudu je plně aplikovatelný i do roviny ekonomického důvodu). Co se týče vyjádření obviněného v souvislosti s podmínkami uvedenými v § 222 odst. 6 ZZVZ, Úřad připouští, že konkrétní legislativní změny, které nabyly účinnosti po uzavření původní smlouvy a konkrétní budoucí provozní (potřeby) změny obviněný předvídat možná nemohl, avšak se změnami počítat měl již při zadávání původní veřejné zakázky, popř. veřejné zakázky na niž uzavřel smlouvu o poskytování služeb technické podpory a tomu uzpůsobit zadávací podmínky předcházejících zadávacích řízení. Úřad dodává, že v samotné smlouvě o poskytování služeb technické podpory je v čl. III. uvedeno, že plnění spočívá v dlouhodobém rozvoji ESS. Rozvoj ESS obviněný ostatně předpokládal již v rámci původní veřejné zakázky. Tedy je zřejmé, že obviněný rozvoj systému nepochybně předvídal. Závěrem v této souvislosti lze uvést, že uplatnění výše uvedeného principu (tj. neopomenutí čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a

svobod) 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 dodržením 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).

97. Úřad současně doplňuje, že dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti „nový“ zákon o přestupcích, (tj. zákon č. 250/2016 Sb.). Dle § 112 odst. 1, věty první, zákona o přestupcích přitom platí, že 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. Obviněný se protiprávního jednání v souvislosti se zadáním šetřené veřejné zakázky dopustil v době účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. V této době, tzn. v době spáchání, bylo toto jednání správním deliktem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Vzhledem k tomu, že Úřad řízení o přestupku zahájil až po dni nabytí účinnosti zákona o přestupcích, musí být na protiprávní jednání obviněného, při zohlednění § 112 odst. 1, věty první, zákona o přestupcích nahlíženo již jako na přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. To je tedy důvodem, proč je protiprávní jednání obviněného označováno jako „přestupek“. Podle § 112 odst. 1, věty druhé, zákona o přestupcích se odpovědnost za přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, posoudí podle dosavadních zákonů, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona; podle tohoto zákona se posoudí jen tehdy, jestliže to je pro pachatele příznivější. Úřad uvádí, že po pečlivém posouzení případu dospěl k tomu, že zákon o přestupcích není z hlediska vzniku odpovědnosti obviněného za přestupek příznivější, a proto není dán v tomto ohledu důvod k jeho aplikaci. Úřad současně konstatuje, že nepřehlédl znění ustanovení § 112 odst. 2 zákona o přestupcích, jež se týká zániku odpovědnosti pachatele za spáchaný přestupek. Tomuto se Úřad nicméně bude věnovat až v části odůvodnění tohoto rozhodnutí týkajícího se ukládané pokuty.
98. Na základě všech výše uvedených skutečností tedy Úřad dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal 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 důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se vytvoření a rozvoje elektronické spisové služby, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 23. 9. 2015 se jmenovaným vybraným uchazečem „Dodatek č. 2 ke Smlouvě o poskytování služeb technické podpory a dlouhodobého rozvoje elektronické spisové služby“.
99. Pokud jde o potencialitu vlivu nezákonného jednání obviněného při zadávání veřejné zakázky na výběr nejvhodnější nabídky, coby jednoho ze znaků skutkové podstaty přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, pak Úřad nad rámec shora řečeného dodává následující. Jak již uvedl předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014, zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Jak rovněž konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku

č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 „Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá 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.“ V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009 předseda Úřadu konstatoval, že „Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. (...) k uložení pokuty Úřadem stačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“ Je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale stačí „pouhá“ eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. 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 (§ 120 odst. 1 písm. a) zákona, pozn. Úřadu) (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.“ 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.“ Úřad pro úplnost dodává, že ačkoliv se shora popsané závěry příslušných soudů týkaly spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jsou tyto plně příléhavé i na šetřený případ, neboť skutková podstata protiprávního jednání podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nedoznala žádných změn, „pouze“ již s přijetím zákona o přestupcích toto nezákonné jednání zadavatele není označováno jako „správní delikt“, nýbrž jako „přestupek“.

100. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **K výroku II. tohoto rozhodnutí**

101. 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.
102. Jelikož obviněný při zadávání šetřené veřejné zakázky porušil ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal 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 důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění výše specifikované veřejné zakázky, tzn. ESS a jejího rozvoje a podpory, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu, spáchal přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
103. 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.
104. 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 řízení o přestupku 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).
105. 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).
106. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
107. 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

25. 7. 2017. Smlouva na veřejnou zakázku byla obviněným uzavřena dne 23. 9. 2015. Z uvedeného vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost obviněného za přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nezanikla, neboť Úřad zahájil řízení o přestupku před uplynutím 5 let ode dne, kdy byl přestupek spáchán, a současně do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl.

108. 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.
109. 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.
110. 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.
111. 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 správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
112. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se obviněný dopustil přestupku, a za kterou může být obviněnému uložena pokuta, činí 7 083 309, 75 Kč s DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku 708 331 Kč.
113. 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 přihlédne 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.
114. 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 protiprávním jednáním pachatele a počtem jednotlivých dílčích útoků, které tvoří pokračování v přestupku.

115. 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.
116. 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 23. 9. 2015 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.
117. 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.
118. Úřad neshledal v šetřeném případě žádné přitěžující ani polehčující okolnosti, které by ovlivnily stanovení výše udělené pokuty.
119. Úřad pro úplnost uvádí, že nejsou ani dány důvody pro konstatování toho, že by obviněný za spáchaný přestupek neodpovídal z důvodu, že by vynaložil veškeré úsilí k tomu, aby porušení právní povinnosti zabránil, neboť obviněný v tomto smyslu ani neargumentoval.
120. 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.“*

121. Úřad konstatuje, že v právě projednávaném případě je přestupek obviněného uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí v souběhu s následujícími delikty:

- s deliktem, o kterém bylo Úřadem rozhodnuto ve výroku I. příkazu č. j.: ÚOHS-S0783/2015/VZ-38213/2015/511/SVá ze dne 6. 11. 2015 (příkaz nabyl právní moci dne 17. 11. 2015), který byl spáchán dne 31. 7. 2015, a za nějž byla Úřadem uložena pokuta ve výši 5 000,- Kč;
- s deliktem, o kterém bylo Úřadem rozhodnuto ve výroku I. příkazu č. j.: ÚOHS-S0921/2015/VZ-45145/2015/531/Est ze dne 17. 12. 2015 (příkaz nabyl právní moci dne 29. 12. 2015), který byl spáchán dne 8. 12. 2015, a za nějž byla Úřadem uložena pokuta ve výši 8 000,- Kč;

(veškerá pravomocná rozhodnutí a příkazy Úřadu jsou dostupné online na <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti.html>).

122. 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.

123. Pokud by měl Úřad uložit obviněnému pokutu za všechny uvedené delikty a nemá-li zároveň v tomto správním řízení zákonné zmocnění zrušit předcházející „výroky o trestu“ (tj. výroky uvedené v odstavci 121 odůvodnění tohoto rozhodnutí), lze absorpční zásadu ve formě uplatnění pravidel pro ukládání souhrnného trestu aplikovat pouze tím způsobem, že Úřad v rámci uložení sankce za projednávané správní delikty zohlední předchozí uložené pokuty za delikty, jež jsou s projednávaným deliktem v souběhu, tj. pokuty uložené příkazy uvedenými v odstavci 121 odůvodnění tohoto rozhodnutí za spáchání správního deliktu.

124. Úřad dále při určení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z veřejně dostupných informací uveřejněných na webové stránce <http://monitor.statnipokladna.cz/2016/statni-rozpocet/oss-sf/00006963>, vyplývá, že rozpočet obviněného se v roce 2016 pohyboval řádově ve výši miliard korun. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž obviněný v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

125. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že 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 především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Uložená pokuta musí být

natolik intenzivní, aby byla obviněným pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad uvádí, že 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.

126. Po zvážení všech okolností případu a při respektování absorpční zásady ve formě analogického použití institutu souhrnného trestu Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil stanovenou výši pokuty v hodnotě 200 000,- Kč, vzhledem k okolnostem případu, jako dostačující. Uložená pokuta tak naplňuje dostatečně obě shora uvedené funkce právní odpovědnosti. Úřad dále uvádí, že výše uložené pokuty v žádném případě nedosahuje zákonem připuštěné maximální výše, je naopak třeba konstatovat, že uložená pokuta se pohybuje při spodní hranici zákonné sazby a plní tak výrazně preventivní funkci.
127. Úřad posoudil postup obviněného ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému přestupku obviněného přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy tak již nelze dosáhnout jinak. Z uvedených důvodů uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
128. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno 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

v z. Mgr. Michal Kobza  
JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda

**Obdrží**

Česká správa sociálního zabezpečení, Křížová 25, 225 08 Praha 5

**Vypraveno dne**

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