



UOHSX00AHR6S

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0319/2017/VZ-28094/2017/522/PKř

Brno: 27. září 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 9. 8. 2017, jehož účastníkem je

- obviněný – Česká republika – Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „Poskytnutí technické a provozní podpory IS CEDR II do 31. 12. 2016“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 18. 5. 2016, přičemž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 19. 7. 2016 pod ev. č. 642560 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 140-254016,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – Česká republika – Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1 – **se dopustil přestupku** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Poskytnutí technické a provozní podpory IS CEDR II do 31. 12. 2016“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 18. 5. 2016, přičemž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 19. 7. 2016 pod ev. č. 642560 a v Úředním věstníku Evropské unie dne

22. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 140-254016, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť důvody spočívající v existenci technických důvodů a v nutnosti ochrany výhradních práv jmenovaného vybraného uchazeče zaviněně vytvořil právní předchůdce obviněného, kterým byla Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 110 00 Praha, v důsledku svého předchozího postupu při uzavření smlouvy o dílo číslo ASD/MF/II/97 ze dne 14. 3. 1997 za účelem realizace projektu CEDR II, který si potřeby budoucích návazných plnění souvisejících s předmětem poslední cit. smlouvy musel být vědom, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a obviněný uzavřel dne 14. 7. 2016 s jmenovaným vybraným uchazečem smlouvu o poskytnutí technické a provozní podpory pro IS CEDR II do 31. 12. 2016.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – Česká republika – Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1 – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ukládá

pokuta ve výši 100 000 Kč (sto tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – Česká republika – Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1 (dále jen „obviněný“, „zadavatel“ nebo „GFŘ“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“ nebo „ZVZ“), odesláním výzvy jednomu zájemci k jednání ze dne 18. 5. 2016 (dále jen „výzva k jednání“) jednacím řízením bez uveřejnění za účelem zadání veřejné zakázky „Poskytnutí technické a provozní podpory IS CEDR¹ II do 31. 12. 2016“, přičemž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 19. 7. 2016 pod ev. č. 642560 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 140-254016 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V čl. I. „Informace o předmětu veřejné zakázky“ výzvy k jednání obviněný specifikoval předmět plnění jako „poskytnutí služeb technické a provozní podpory objednateli při provozování a údržbě IS CEDR II a IS SUPP (podpůrný program pro uživatele IS CEDR II na jednotlivých finančních úřadech), pořizovacích programů apod., dále na poskytování metodické a poradenské činnosti uživatelům systému CEDR II a zabezpečení hot-line, které je nezbytnou součástí systému“.

¹ „CEDR“ – Centrální evidence dotací z rozpočtu

3. V čl. II. „Doba a místo plnění veřejné zakázky“ výzvy k jednání je uvedeno, že doba plnění je od podpisu smlouvy do 31. 12. 2016.
4. Z nedatovaného záznamu o průběhu a výsledku jednání v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „záznam o průběhu jednacího řízení bez uveřejnění“) vyplývá, že uchazečem vyzvaným k podání nabídky byla společnost ASD Software, s.r.o., IČO 62363930, se sídlem Bulharská 4, 787 01 Šumperk² (dále jen „vybraný uchazeč“), přičemž důvod k jeho vyzvání byl následující: *„Jedná se o veřejnou zakázku, která může být splněna z technických důvodů a z důvodu ochrany práv z průmyslového a jiného duševního vlastnictví pouze dodavatelem (autorem) a současně jde o služby poskytované dodavatelem, s nímž již byla uzavřena smlouva na tvorbu a aktualizaci aplikačního software a plnění spočívá v aktualizaci databáze a aplikačního software chráněného autorským zákonem a případná změna dodavatele by tudíž vedla k poskytnutí nekompatibilních služeb a nepřiměřeným technickým obtížím při provozu.“* Ze záznamu o průběhu jednacího řízení bez uveřejnění rovněž vyplývá, že vybraný uchazeč obviněnému doručil dne 15. 6. 2016 nabídku, na jejímž základě pověření zaměstnanci konstatovali, že nabídka souhlasí s podmínkami zadání veřejné zakázky a doporučili obviněnému uzavřít s vybraným uchazečem smlouvu.
5. Následně obviněný dne 22. 6. 2016 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, a to nabídky vybraného uchazeče a dne 14. 7. 2016 obviněný uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu nadepsanou „Poskytnutí technické a provozní podpory pro IS CEDR II do 31. 12. 2016 č. STP-2016-120-000005“ (dále jen „smlouva o podpoře“).

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) získal pochybnosti o tom, zda obviněný postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem, konkrétně zda obviněný, když dne 14. 7. 2016 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o podpoře za účelem plnění předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „JŘBU“) s odkazem na ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, nepostupoval v rozporu s § 21 odst. 2 zákona, resp. zda byly splněny zákonem stanovené podmínky pro využití tohoto druhu zadávacího řízení, neboť z dokumentace o veřejné zakázce ani z vyjádření obviněného, resp. dalších informací není zcela zřejmé, zda si „stav exkluzivity“, na který se obviněný odkazem na existenci jediného v úvahu přicházejícího dodavatele odvolává, nevytvořil obviněný (resp. jeho předchůdce) sám, a to uzavřením původní smlouvy o dílo číslo ASD/MF/II/97 ze dne 14. 3. 1997 za účelem realizace projektu CEDR II (dále jen „původní smlouva“), když s ohledem na předmět původní smlouvy a s ohledem na skutečnost, že se jedná o dynamické odvětví ICT, potřebu budoucích (navazujících) plnění mohl obviněný předpokládat, přičemž takový postup mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky a obviněný již uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku.
7. Z výše uvedených důvodů Úřad zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S0319/2017/VZ ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

² Ke dni 2. 7. 2003 bylo do obchodního rejstříku zapsáno nové sídlo společnosti ASD Software, s.r.o. a to Žerotínova 2981/55A, 787 01 Šumperk

8. Pro úplnost Úřad již na tomto místě uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, že dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), je třeba s ohledem na § 112 odst. 1 tohoto zákona na dosavadní správní delikty, tedy i na správní delikty upravené zákonem, hledět jako na přestupky. Pro úplnost Úřad uvádí, že v tomto ohledu došlo taktéž ke změně odborného názvosloví, kdy pojem „správní delikt“ byl nahrazen pojmem „přestupek“. Obdobně pak lze konstatovat, že zákon o přestupcích zavádí pojem „obviněný“, kdy podle § 69 tohoto zákona se podezřelý z přestupku stává obviněným, jakmile vůči němu správní orgán učiní první úkon v řízení. Vzhledem ke skutečnosti, že předmětné správní řízení je vedeno ve věci podezření ze spáchání přestupku, je zadavatel v tomto rozhodnutí označován v souladu se zákonem o přestupcích jako obviněný. V tomto ohledu se jedná pouze o změnu odborného názvosloví nemající vliv na hmotněprávní posouzení jednání obviněného, resp. zadavatele.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

9. S ohledem na shora uvedené pochybnosti oznámil Úřad obviněnému, který je podle § 116 zákona jediným účastníkem správního řízení, dopisem č. j. ÚOHS-S0319/2017/VZ-22956/2017/522/PKř ze dne 9. 8. 2017 zahájení správního řízení z moci úřední. Správní řízení bylo dle § 113 zákona ve spojení s § 78 odst. 2 zákona o přestupcích zahájeno dnem, kdy bylo oznámení obviněnému doručeno, tj. dne 9. 8. 2017.
10. Usnesením č. j. ÚOHS-S0319/2017/VZ-23080/2017/522/PKř ze dne 10. 8. 2017 stanovil Úřad obviněnému lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, resp. byl oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.
11. Dne 14. 8. 2017 obdržel Úřad žádost obviněného o prodloužení lhůty k navržení důkazů a k podání písemného stanoviska.
12. Usnesením č. j. ÚOHS-S0319/2017/VZ-23929/2017/522/PKř ze dne 17. 8. 2017 Úřad obviněnému na jeho žádost prodloužil lhůtu k navržení důkazů a k podání písemného stanoviska.
13. Obviněný doručil Úřadu dne 24. 8. 2017 přípis označený jako „Vyjádření stanoviska v řízení o přestupku ohledně veřejné zakázky 'Poskytnutí technické a provozní podpory IS CEDR II do 31. 12. 2016'“ z téhož dne, jehož obsahem bylo vyjádření obviněného k oznámení o zahájení správního řízení (viz body 14. až 28. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

Vyjádření obviněného ze dne 24. 8. 2017

14. Úvodem tohoto vyjádření obviněný doplňuje a opravuje své vyjádření ze dne 13. 3. 2017, ve kterém odkázal na smlouvu ze dne 22. 12. 1995 jako na původní smlouvu, na základě které vznikl CEDR II. Obviněný k tomu uvádí, že tato smlouva z roku 1995 zahrnovala pouze přípravu řešení II. etapy (tj. CEDR II), na kterou pak navázala Smlouva o dílo č. ASD/MF/II/97 ze dne 14. 3. 1997 uzavřená mezi Ministerstvem financí a vybraným uchazečem, na základě které bylo dodáno komplexní řešení (projekt, realizace a zavedení) II. etapy IS CEDR, evidenčního a kontrolního informačního systému podporujícího poskytování státní finanční podpory hypotečního úvěrování bytové výstavby (dle tehdy platného nařízení vlády č. 244/1995 Sb.). Obviněný dále uvádí, že řešení II. etapy IS CEDR navazuje na řešení I. etapy IS CEDR, které doplňuje a rozšiřuje o řešení kontrolních mechanismů potřebných pro tehdejší

územní finanční orgány k zajištění kontroly poskytování státní podpory hypotečního úvěrování bytové výstavby.

15. Obviněný dále polemizuje nad zaviněným způsobem stavu exkluzivity Ministerstvem financí, na jehož možnou existenci poukázal Úřad v oznámení o zahájení tohoto správního řízení, jelikož v době uzavření původních smluv neexistovala v českém právním řádu právní úprava, kterou by Ministerstvo financí mohlo svým jednáním obcházet. Obviněný uvádí, že ačkoliv v době uzavření původních smluv již sice v právním řádu České republiky existovala právní úprava zadávání veřejných zakázek, a to zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon č. 199/1994 Sb.“), který nabyl účinnosti dne 1. 1. 1995, jeho působnost však nespádala na zakázky, jejichž předmět požíval ochrany autorského zákona (viz § 1 odst. 2 písm. b) zákona č. 199/1994 Sb.). Předmět původních smluv (tj. systémy CEDR) tedy požíval ochrany autorského zákona, tehdy zákona č. 35/1965 Sb., o dílech literárních, vědeckých a uměleckých, neboť mezi chráněná autorská díla patřily i programy počítačů, pokud splňovaly pojmové znaky děl podle tehdejšího znění autorského zákona.
16. Obviněný se domnívá, že nelze v dnešní době uplatňovanou judikaturu ohledně zaviněného stavu exkluzivity zadavatelů za účelem obcházení pravidel pro zadávání veřejných zakázek aplikovat na dobu, ve které pravidla pro zadávání veřejných zakázek neexistovala nebo se na předmětné smlouvy příslušná úprava nevztahovala. Vzhledem k tomu, že problematika zaviněného účelového vytváření stavu exkluzivity prošla postupným vývojem, obviněný se domnívá, že Úřadem uplatňované judikaturní závěry je nutné zohlednit z pohledu právního prostředí, ve kterém došlo k vytvoření stavu exkluzivity. Dle názoru obviněného by měl Úřad při hodnocení okolností doprovázejících šetřenou veřejnou zakázku dojít k závěru, že nebylo možné po Ministerstvu financí spravedlivě požadovat, aby dopodrobna předvíдалo, jakou optikou se bude v budoucnu nejen právní úprava, ale i judikatura v této oblasti vyvíjet. V souvislosti s neuplatněním novější judikatury v odůvodněných případech obviněný poukazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j.: ÚOHS-R30/2015/VZ-38136/2016/321/OHo ze dne 19. 9. 2016.
17. Obviněný dále v této souvislosti uvádí, že všechny judikaturní závěry ohledně zaviněného stavu exkluzivity předpokládají, že si zadavatel nejprve sám vytvořil určitá právní omezení, na základě kterých dále odůvodnil použití jednacího řízení bez uveřejnění. V šetřeném případě je však dle obviněného nutné vzít v potaz, že k vytvoření těchto právních omezení (uzavření původních smluv na realizaci a zavedení systémů CEDR) došlo v roce 1995 a 1997, tedy v době, kdy oblast využívání počítačových programů pro správní postupy byla na začátku svého vývoje a Ministerstvo financí nemohlo reálně předpokládat, jakým způsobem se tato oblast bude dále vyvíjet, aby si mohlo být vědomo nutnosti zajistit si příslušná oprávnění (zasahovat do vyvíjeného systému), natož aby dokázalo předvídat budoucí vývoj právní úpravy v oblasti veřejných zakázek s navazující (dnes uplatňovanou) judikaturou. Obviněný nesouhlasí s Úřadem, že oblast vývoje softwaru na zakázku v 90. letech lze označit za dynamické odvětví ICT, naopak se domnívá, že nebylo vůbec reálné v té době předpokládat, jakou rychlostí a jakým směrem se tato oblast bude vyvíjet.
18. Obviněný uvádí, že Ministerstvo financí nemohlo v roce 1997 rozumně očekávat, že bude v budoucnu potřebovat zasahovat do informačního systému, jehož vývoj zadalo vybranému uchazeči. Vzhledem k úrovni rozvinutosti vývoje počítačových programů a neexistenci právní úpravy týkající se zadávání zakázek na jejich vývoj, odpovídal postup Ministerstva financí

tehdejšími podmínkami a nelze jej dnes považovat za vytváření určitých právních omezení za účelem obcházení řádného postupu zadávání veřejných zakázek. Vzhledem k tomu, že původní smlouvy a počátek vývoje IS CEDR II jsou zasazeny do doby před zavedením pravidel pro zadávání veřejných zakázek, jejichž předmět požívá ochrany autorského zákona, jsou skutkové okolnosti šetřeného případu zcela odlišné od skutkových okolností případů, na které dopadají Úřadem uváděná soudní rozhodnutí.

19. Obviněný v této souvislosti uzavírá, že i kdyby Ministerstvo financí mohlo z počátku předpokládat potřebu dalšího rozvoje projektu, nemohlo už rozumně předpokládat, že její právní úprava a její následný výklad v poptání takového rozvoje omezí stanovením určitých limitujících podmínek.
20. Obviněný dále uvádí, že Úřadem tvrzený stav exkluzivity způsobilo Ministerstvo financí, nikoliv obviněný, přičemž GFŘ ze zákona vstoupilo do smluvních vztahů týkajících se majetku státu užívaným Ministerstvem financí výlučně k výkonu působnosti správy daní a tímto způsobem převzalo mimo jiné i správu IS CEDR II. Obviněný k tomu uvádí, že GFŘ bylo zřízeno zákonem č. 199/2010 Sb., kterým se mění zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, a v této souvislosti cituje z části páté, čl. VI, odst. 2 a 3 tohoto zákona.
21. Obviněný dále uvádí, že Úřadem tvrzený stav exkluzivity je pro něj objektivní stav, na základě kterého zadalo šetřenou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, protože ke splnění veřejné zakázky objektivně neexistoval jiný dodavatel, přičemž tento stav obviněný nezpůsobil.
22. Obviněný dále uvádí, že období po roce 2011, kdy GFŘ převzalo IS CEDR II do správy od Ministerstva financí, bylo úzce spjato s uzavíráním „starého programového období“ evropských strukturálních fondů 2007-2013, kdy uvolňování posledních finančních prostředků z tohoto období bylo umožněno až do roku 2016. V této souvislosti trvala permanentní potřeba na informační provázanost kontrolních orgánů a orgánů odpovědných za dočerpání evropských dotací. IS CEDR II byl nedílnou součástí fungující informační infrastruktury, jejíž funkčnost nemohla být v žádném případě ohrožena tvorbou nového informačního systému v rámci vypsání otevřeného řízení.
23. Obviněný zdůrazňuje, že se otázkami hospodárnosti a exkluzivity z pohledu provozu a rozvoje systému zabýval a má k dispozici znalecký posudek, který si nechal zpracovat mimo jiné za účelem vyjasnění otázek k možnostem zadání otevřeného výběrového řízení na zapracování změn do systému CEDR (vývoj) a zadání otevřeného výběrového řízení k zajištění zakázky „Technická podpora IS CEDR II a III“. Znalecký posudek č. 58/2016 zpracovaný znalcem Ing. Martinem Mlýnkem na základě ekonomického posouzení řešení změn vyhodnocuje JŘBU na IS CEDR s ohledem na zásady 3E jako opodstatněné a vhodné řešení. Znalec na základě systémové dokumentace a vlastních analýz k systému dospěl k závěrům, že vypsání otevřeného výběrového řízení pro implementaci nutných změn do IS CEDR z technického hlediska není možné, z ekonomického hlediska je nevhodné, a vypsání otevřeného řízení pro zajištění zakázky „Technická podpora IS CEDR II a III“ dle znalce z technického hlediska není možné.

24. Obviněný dále uvádí, že pokud by se měla aplikovat v současné době uplatňovaná judikatura, na základě které platí, že nelze využít jednací řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, pokud exkluzivitu jediného dodavatele způsobil zadavatel sám svým předchozím jednáním, i na šetřený případ, znamenalo by to, že by GFŘ nemohlo dále pokračovat v užívání IS CEDR II. Užívání IS CEDR II nutně předpokládá jeho nepřetržitou technickou a provozní podporu, jeho okamžité přizpůsobení každé legislativní změně příslušných právních předpisů a jeho vývoj odpovídající potřebám kontroly dotací. Jediným dodavatelem všech těchto služeb souvisejících s provozem IS CEDR II je nepochybně vybraný uchazeč bez ohledu na to, zda Úřad dojde k závěru, že je tomu tak ve vztahu k obviněnému objektivně či nikoliv. Obviněný uvádí, že ve chvíli, kdy nebude moci použít jednací řízení bez uveřejnění, nemá jak se současným dodavatelem uzavřít příslušné potřebné smlouvy a stává se pro něj IS CEDR II nepoužitelným. Bez uzavření příslušných smluv by bylo nutné systém téměř okamžitě odstavit, neboť by nebyla jednak zajištěna řádná funkčnost systému v souladu s legislativními změnami, a dále by nebyla zajištěna řádná správa informačního systému zaručující jeho provoz a včasné odstraňování chybových hlášení vzešlých z každodenního provozu systému.
25. V této souvislosti obviněný pak akcentuje, že se jedná o klíčový systém v oblasti daňových kontrol dotací prováděných finanční úřady zajišťující propojenost a informovanost poskytovatelů dotací včetně řídicích orgánů zodpovědných za správnost čerpání dotací poskytovaných do České republiky Evropskou komisí prostřednictvím evropských strukturálních fondů.
26. Obviněný k tomu dále uvádí, že výkon agendy kontroly dotací orgány finanční správy by byl bez technické podpory IS CEDR II značně omezen, což by v konečném důsledku mohlo znamenat významný dopad na celý systém poskytování a kontroly dotací v České republice a narušení základních informačních toků mezi poskytovateli dotací a orgány finanční správy. Zajištění spolehlivého provozu informačních systémů CEDR s ohledem na jejich rozsah a specifičnost není možné realizovat bez součinnosti externího a věci znalého dodavatele. Obviněný podotýká, že tento závěr shledal ostatně i znalec ve znaleckém posudku č. 60-2016, když označil bezodkladné smluvní zajištění technické podpory za „opravdu nezbytné“.
27. Obviněný uvádí, že podle znaleckého posudku č. 60-2016 je obvyklá cena nového produktu nahrazujícího IS CEDR vysoutěženého v otevřeném řízení stanovena v intervalu 41 000 000,- Kč až 102 000 000,- Kč. Případnou změnu informačního systému a vypsání otevřeného výběrového řízení je dle obviněného nutno realizovat v souladu s hlavními požadavky souvisejícími se změnou programového období v dotační politice státu na funkčnost a nutnost co nejrychleji implementovat změny pro sběr požadavků, vyhodnocování žádostí o dotace a funkční kontrolní systém. Česká republika má stále problémy v této oblasti a orgány EU ji stále vytýkají neefektivnost čerpání, monitorování a reportování.
28. Obviněný uzavírá, že jeho cílem je vybudovat centralizovaný IS, který bude dostatečně podporovat agendu správy odvodů za porušení rozpočtové kázně a jehož provoz a další vývoj nebude závislý na jednom dodavateli. První kroky v této věci již obviněný činí a započal s přípravou projektu, který má za cíl zanalyzovat dosavadní stav a navrhnout alternativní řešení k zabezpečení řádného chodu systému, který bude mít za úkol spravovat veškeré dotační činnosti. Dle obviněného se reálně předpokládá, že do doby spuštění nového informačního systému, vysoutěženého v rámci otevřeného řízení a nahrazujícího stávající IS

CEDR II, bude nutno, i s ohledem na výše popsané, zabezpečit provoz a vývoj stávajícího systému tak, aby splňoval veškeré funkční a legislativní požadavky. S ohledem na uvedené znalecké posudky č. 58/2016 a č. 60/2016 a výše popsanou situaci je jednací řízení bez uveřejnění i přes veškeré výtky nezbytné, aby byla zajištěna fungující informační infrastruktura a nedošlo k narušení klíčového informačního kanálu v oblasti sdílení výsledků dotačních kontrol a dalších řízení prováděných finančními úřady s poskytovateli dotací a řídicími orgány zodpovědnými za správnost čerpání dotací poskytovaných do České republiky Evropskou komisí prostřednictvím nového programového období evropských strukturálních fondů 2014+.

Vyjádření obviněného před zahájením správního řízení

Vyjádření obviněného ze dne 13. 3. 2017

29. Obviněný předně uvádí, že jako zadavatel naplnil příslušná ustanovení zákona vztahující se k podmínkám použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť ve všech posuzovaných veřejných zakázkách byl oprávněn použít postup dle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, a to z toho důvodu, že v žádném okamžiku nedošlo k postoupení majetkových práv ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), v rozhodném znění (dále jen „autorský zákon“). Obviněný má za to, že vypsáním předmětných veřejných zakázek v otevřeném zadávacím řízení by porušil ustanovení autorského zákona. Rovněž má za to, že zadání veřejné zakázky v JŘBU odůvodňovaly technické důvody.
30. Obviněný dále uvádí, že před vypsáním JŘBU řádně posoudil smluvní vztahy a zkoumal naplnění podmínek pro použití příslušných ustanovení ZVZ. Obviněný dále uvádí, že si je však ve světle judikatury správních soudů a rozhodovací praxe vědom toho, že současný stav nutí zadavatele do pořízení zcela nových informačních systémů a přesoutěžení všech IT řešení, u kterých v průběhu předchozích let došlo k vytvoření jakéhosi stavu exkluzivity pro dodavatele těchto řešení. Pro obviněného to ovšem předpokládá vynaložení enormně vysokých finančních prostředků a přípravu projektů, které zahájí pořízení nových informačních systémů tak, aby nebyl ohrožen chod Finanční správy České republiky, tzn. že budou vedle sebe paralelně několik let fungovat staré systémy a nové systémy, aby byla zabezpečena migrace všech potřebných dat a zároveň nebylo ohroženo řádné plnění funkcí GFŘ jako organizační složky státu.
31. Obviněný uvádí, že před zahájením jednání o uzavření smlouvy v rámci JŘBU byl postup vždy řešen společně s nadřízeným orgánem a současně podléhal oznámení vůči vládě ČR. V této souvislosti obviněný podotýká, že na základě usnesení vlády ze dne 24. 11. 2014 byla za účelem vzájemné koordinace při rozvoji služeb ICT zřízena Rada vlády pro informační společnost (dále jen „RVIS“), která od 1. 1. 2015 připomínkuje připravovaná zadávací řízení, a to včetně JŘBU. Pod RVIS spadá rovněž pracovní skupina RVIS pro jednací řízení bez uveřejnění. Pracovní skupina má za úkol posuzovat veřejné zakázky vypsané v JŘBU (dříve dle § 23 ZVZ) a její hlavní činností je posuzování záměru zadavatele realizovat nadlimitní veřejnou zakázku formou JŘBU a dále doporučit zadavateli takový postup či koncepci nastavení projektu, aby nedocházelo k nadužívání tohoto druhu zadávacího řízení. Obviněný akcentuje, že použití výjimky pro JŘBU u předmětné veřejné zakázky nebylo ze strany RVIS či

vlády ČR v minulosti zpochybněno, naopak pracovní skupina RVIS k odůvodnění postupu v rámci JŘBU vyjádřila kladné stanovisko.

32. Obviněný ve vztahu k šetřené veřejné zakázce uvádí, že licenční ujednání a práva z nich vyplývající byla sjednána již na samotném počátku realizace veřejné zakázky Ministerstvem financí, a to v roce 1995, kdy si smluvní strany ve Smlouvě o dílo ze dne 22. 12. 1995 ujednaly, že Ministerstvo financí jakožto objednatel se zavazuje užívat projekt a programové vybavení jen k účelu předpokládanému touto smlouvou a nepředat je třetím osobám, ani jim neumožnit tento projekt a programové vybavení jakýmkoliv způsobem využívat bez písemného souhlasu zhotovitele. Dle obviněného je tedy zřejmé, že Ministerstvo financí nabylo pouze oprávnění k užití IS CEDR II a k postoupení majetkových práv k dílu na třetí osobu v tomto případě nedošlo.
33. Obviněný dále uvádí, že správa IS CEDR II přešla na GFŘ ke dni 1. 1. 2011 vznikem GFŘ. Původním zadavatelem, který nastavil nejen zadávací podmínky původní veřejné zakázky, ale i smluvní podmínky původní Smlouvy o dílo, bylo tedy Ministerstvo financí, nikoliv GFŘ. Obviněnému tak ani zde nepříslušelo vyhodnocovat exkluzivitu vytvořenou Ministerstvem financí, ale mělo povinnost vyhodnocovat, zda pokračování v zavedené variantě bude ekonomicky výhodnější než znehodnocení systému a pořízení systému nového. V této souvislosti obviněný uvádí, že v minulosti několikrát inicioval jednání s vybraným uchazečem za účelem postoupení majetkových práv k dílu na GFŘ, aby bylo možné předmětné veřejné zakázky realizovat prostřednictvím zadávacího řízení, které by umožnilo otevřenou hospodářskou soutěž. Výsledkem těchto jednání bylo vždy prohlášení vybraného uchazeče, že vykonává veškerá majetková práva k tomuto informačnímu systému, přičemž provedení jakýchkoliv úprav informačního systému bez souhlasu držitele majetkových práv je porušením autorského zákona. Dle obviněného z tohoto prohlášení rovněž vyplývá, že ani v oblasti poskytování služeb provozní a technické podpory typu hot-line není možné poskytovat tyto služby jinou společností, neboť se jedná o unikátní specializované systémy užívané pouze provozovatelem, s nimiž se nemohou třetí strany legálně detailně seznámit a neexistuje proto jiný dodavatel, který by mohl tyto služby poskytovat.
34. Obviněný uvádí, že na základě znaleckého posudku z oboru kybernetika má externím odborníkem potvrzeno, že veškeré změny v informačním systému CEDR jsou možné pouze s přístupem ke zdrojovým kódům a že mezi jednotlivými moduly systému jsou technické a technologické návaznosti vylučující zásah třetí strany.
35. Závěrem obviněný uvádí, že IS CEDR II je informační systém předpokládaný zákonem, jehož funkčnost je třeba zajistit nepřetržitě, přičemž nahrazení současného řešení bude dlouhodobým procesem a po nezbytně nutnou dobu si také vyžádá provozování obou řešení souběžně.

Další průběh správního řízení

36. Usnesením č. j. ÚOHS-S0319/2017/VZ-25566/2017/522/PKř ze dne 1. 9. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
37. Obviněný se již dále v průběhu správního řízení nevyjádřil.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

38. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního zjištění rozhodl ve výroku I. tak, že se obviněný dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za což mu byla uložena pokuta uvedená ve výroku II., přičemž veškeré podklady, z nichž při posouzení případu Úřad vycházel, jsou obsaženy ve správním spise vedeném pod sp. zn. S0319/2017/VZ.
39. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení obviněného

40. Úřad v úvodu posoudil otázku právního postavení Generálního finančního ředitelství jakožto zadavatele ve smyslu zákona.
41. Podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) zákona je veřejným zadavatelem Česká republika.
42. Podle § 1 odst. 2 zákona č. 456/2011 Sb., o Finanční správě České republiky, se jako orgány Finanční správy České republiky zřizují Generální finanční ředitelství, Odvolací finanční ředitelství a finanční úřady, které jsou správními úřady a organizačními složkami státu. Podle ust. § 3 odst. 2 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, organizační složka státu není právnickou osobou a její jednání je při výkonu její působnosti nebo výkonu předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů jednáním státu.
43. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že Generální finanční ředitelství je veřejným zadavatelem ve smyslu ust. § 2 odst. 2 písm. a) zákona, protože se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách, a to ustanovení platná pro veřejné zadavatele.
44. Pro úplnost Úřad uvádí, že na právním postavení obviněného nic nezměnilo ani přijetí zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), účinného od 1. 10. 2016, neboť Česká republika je veřejným zadavatelem i dle § 4 odst. 1 písm. a) ZZVZ (blíže viz předchozí obsah odůvodnění tohoto rozhodnutí).

Relevantní ustanovení právních předpisů

45. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
46. Podle § 21 odst. 1 zákona tento zákon upravuje tyto druhy zadávacích řízení
- a) otevřené řízení (§ 27 zákona),
 - b) užší řízení (§ 28 zákona),
 - c) jednací řízení s uveřejněním (§ 29 zákona),
 - d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34 zákona),
 - e) soutěžní dialog (§ 35 zákona),
 - f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38 zákona).

47. Podle § 21 odst. 2 zákona zadavatel může 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.
48. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění zadat veřejnou zakázku 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.
49. Podle § 26 odst. 1 písm. b) zákona zadavatel zahajuje zadávací řízení odesláním výzvy o zahájení zadávacího řízení.
50. Podle § 26 odst. 2 písm. a) zákona se za výzvu o zahájení zadávacího řízení pro účely tohoto zákona považuje písemná výzva k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění.
51. Podle § 34 odst. 1 zákona v písemné výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění oznamuje zadavatel zájemci nebo omezenému počtu zájemců svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení.
52. 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.
53. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
54. Podle § 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.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o veřejné zakázce

55. Výzvou k jednání ze dne 18. 5. 2016 vyzval obviněný vybraného uchazeče dle § 21 odst. 1 písm. d) zákona k jednání za účelem zadání šetřené veřejné zakázky v JŘBU, resp. za účelem uzavření smlouvy, přičemž obviněný v této souvislosti odkázal na důvod uvedený v § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
56. Dne 14. 7. 2016 obviněný na základě provedeného JŘBU uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o podpoře.
57. Dle čl. I. „Předmět plnění smlouvy“ smlouvy o podpoře je předmětem smlouvy „*poskytování služeb technické a provozní podpory objednateli při provozování a údržbě informačního systému IS CEDR II včetně jeho části pro podporu uživatelů označované IS SUPP*“.
58. Dle čl. II. „Způsob a místo plnění“ smlouvy o podpoře „*[v rámci poskytování služeb technické a provozní podpory objednateli při provozování a údržbě informačního systému IS CEDR II včetně jeho části pro podporu uživatelů označované IS SUPP (dále také „informační systém“), budou poskytovány následující služby:*

a) Podpora při provozování a údržbě IS

- **Podpora při udržování a aktualizaci provozního prostředí** – zajištění podpory při pravidelné údržbě a aktualizaci prostředí, ve kterém je informační systém provozován (aktualizace provozního prostředí serverů a klientských stanic).
- **Podpora při zpracování dat** – podpora při jednorázovém nebo rutinním zpracování dat.
- **Řešení problémů při závadách a modifikacích na HW a SW klientských stanic, které mají vliv na správnou funkci IS** – řešení problémů s informačním systémem v důsledku závad HW nebo SW klientských stanic.
- **Řešení problémů při závadách a modifikacích na HW a SW serveru, které mají vliv na správnou funkci serverové části IS** – řešení problémů s informačním systémem v důsledku závad hardware nebo software serverových prostředků, na kterých je provozována aplikační nebo databázová část informačního systému.
- **Provádění nestandardních oprav dat v IS na základě požadavků objednatele** – opravy dat, které nemají charakter chyb (např. oprava chybných dat vložených do systému uživateli).
- **Řešení chyb a havárií IS v záruční době, které nemají charakter záručních oprav** – řešení chyb v dodaném informačním systému vzniklých působením vnějších podmínek, které nebyly zaviněny dodaným informačním systémem či zhotovitelem (např. po chybě HW či jiných komponent provozního prostředí objednatele, kde je systém provozován).
- **Řešení chyb a havárií IS po skončení záruční doby** – řešení chyb, které se vyskytnou v systému po ukončení záruční doby.

b) Konzultace a školení

Provádí se školení, konzultace a poradenství dle požadavků objednatele v souvislosti s provozem IS.

- **Školení uživatelů IS dle požadavků objednatele** – služba zahrnuje provádění školení dle požadavků objednatele a v oboru činnosti zhotovitele.
- **Konzultace a poradenství dle požadavků objednatele** – v rámci této služby jsou pracovníkům objednatele poskytovány konzultace a poradenské služby dle jeho požadavků a v oboru činnosti zhotovitele.

c) Služba hot-line (zahrnuje i telefonické konzultace a poradenství)

Služba hot-line je poskytována prostřednictvím telefonu, e-mailu, nebo prostřednictvím k tomu určeného podpůrného systému bez účasti pracovníka řešitele na pracovišti objednatele.

- **Hot-line týkající se aplikační části IS** – dotazy a náměty týkající se práce s IS, konzultace postupů při údržbě IS, konzultace postupů při zpracování a výměně dat s externími IS, konzultace při řešení chyb a havárií IS v záruční době, které nemají charakter záručních oprav, konzultace při řešení chyb a havárií IS po ukončení záruční doby.

- **Hot-line týkající se prostředí, ve kterém je IS provozován** – konzultace postupů při údržbě provozního prostředí IS, konzultace při závadách a modifikacích na HW a SW klientských stanic, které mají vliv na správnou funkci IS, konzultace při závadách a modifikacích na HW a SW serveru, které mají vliv na správnou funkci serverové části IS. [...]

d) Obsahová správa web serveru CEDR II

Správa web serveru, na kterém jsou provozovány služby IS CEDR II:

- CEDR-VK – Služba umožňuje individuální dotaz na výsledky kontrol prováděných FÚ na základě IČ/RČ, čísla smlouvy, čísla podnětu.
- CEDR_DOK – Tato služba navazuje a doplňuje službu CEDR-VK[,] zpřístupňuje obsah konkrétních dokumentů.
- CEDR-HVK – Služba umožňuje hromadný dotaz na výsledky kontrol prováděných FÚ na základě kapitoly, programu/nástroj, finančního zdroje.
- CEDR-HD – Služba „hromadné dožádání“ přijímá informace o IČ/RČ, ke kterým mají být automatizovaně zasílány informace o výsledcích kontrol (tato služba sbírá výchozí informace pro CEDR-AA).
- CEDR-AA – Služba zasílá automatizovaně na emailové adresy (definované v rámci zřízení přístupu k CEDR-VK) informace o změnách ve výsledcích kontrol u subjektů, které byly dožadovány službou CEDR-HD.
- CEDR-PODNETY – Služba slouží pro příjem podnětů týkajících se porušení rozpočtové kázně. Podněty slouží jako podklad pro provedení kontroly finančním úřadem. Informace o výsledcích kontrol realizovaných na základě podnětů jsou k dispozici prostřednictvím služby CEDR-VK.

e) Realizace drobných úprav, změn a optimalizace IS vyplývající z provozních zkušeností a požadavků

- Specifické drobné změny a optimalizace stávající funkčnosti IS vyplývající z provozních zkušeností a požadavků objednatele.

f) Přejechod na nové verze základního software (OS, DB)

- Úpravy systémového prostředí aplikačního a databázového serveru, případně přesun systému a databáze na jiné technické prostředky dle specifikace odběratele“.

59. Dle čl. III. „Cena služeb a způsob úhrady“ smlouvy o podpoře byla smluvní cena za poskytování služeb dohodnuta pro období od podpisu do 31. 12. 2016 ve výši 3 000 000 Kč bez DPH.

60. Z nedatované písemné zprávy k předmětné veřejné zakázce vyplývá, že obviněný odůvodnil užití JŘBU následovně:

„Důvodem použití jednacního řízení bez uveřejnění v souladu s § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ je, že se jedná o veřejnou zakázku, která může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního

předpisu pouze určitým dodavatelem, tj. dodavatelem, který disponuje určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel.

V předmětné veřejné zakázce jsou naplněny dva důvody pro použití tohoto druhu řízení, a to technické důvody a důvod ochrany výhradních práv dodavatele.

Veřejná zakázka může být splněna pouze jediným dodavatelem z důvodu ochrany výhradních práv, kdy zadavatel požaduje úpravu informačního systému, které je autorským dílem ve smyslu autorského zákona. Toto autorské dílo vzniklo uzavřením již původní smlouvy v roce 1995. Zadavatel nedisponuje potřebnými oprávněními (tedy práva zasahovat a měnit tento systém, které by mohl poskytnout třetí osobě), a proto jedinou osobou, která je z hlediska ochrany výhradních práv oprávněna tuto úpravu provést, je dodavatel tohoto informačního systému.

Technické důvody lze spatřovat v tom, že zadavatel dnes využívá unikátní specializovaný informační systém a nyní poptává plnění (upgrade tohoto systému), jehož dodání by mělo za následek nekompatibilitu s dnes využívaným informačním systémem, pokud by bylo poskytnuto dodavatelem odlišným od toho, který mu poskytl původní plnění a dále nepřiměřené technické obtíže při provozu.“

61. Z formuláře Oznámení o zadání zakázky, který byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 19. 7. 2016 pod ev. č. 642560, vyplývá, že obviněný pro zadání veřejné zakázky zvolil JŘBU. V příloze D1 předmětného formuláře obviněný jako důvody k použití JŘBU označil technické důvody a důvody spojené s ochranou výhradních práv.

Další zjištěné skutečnosti

62. Z § 8 odst. 1 nařízení vlády č. 244/1995 Sb., kterým se stanoví podmínky státní finanční podpory hypotečního úvěrování bytové výstavby, ze dne 11. 10. 1995 (dále jen „nařízení vlády“), vyplývá, že územní finanční orgány provádějí kontroly³ dodržování podmínek poskytování podpory stanovených tímto nařízením.
63. Právní předchůdce obviněného - Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 110 00 Praha (dále jen „právní předchůdce“) uzavřel dne 22. 12. 1995 s vybraným uchazečem smlouvu o dílo číslo ASD/MF/I/95, jejímž předmětem je „projekt a zavedení evidenčního a kontrolního informačního systému podporujícího poskytování státní finanční podpory hypotečního úvěrování bytové výstavby (dle nařízení vlády č. 244/95 Sb.). Komplexní řešení centrální evidence ministerstva financí (dále jen „CEDR“) se předpokládá ve třech etapách. Tato smlouva se týká řešení I. etapy informačního systému CEDR a přípravy řešení II. a III. etapy.“
64. Právní předchůdce obviněného uzavřel dále dne 14. 3. 1997 s vybraným uchazečem původní smlouvu, ke které byly uzavřeny následující dodatky:
- dodatek č. 1 ze dne 28. 7. 1998,
 - dodatek č. 2 ze dne 23. 7. 1999,
 - dodatek č. 3 ze dne 27. 7. 2000,

³ § 1 odst. 1 písm. b) zákona č. 531/1991 Sb., o územních finančních orgánech, ve znění zákona č. 325/1993 Sb. a zákona č. 85/1994 Sb.

- dodatek č. 4 ze dne 17. 4. 2001,
- dodatek č. 5 ze dne 10. 7. 2001.

65. Dle § 2 „Předmět smlouvy“ původní smlouvy bylo předmětem plnění *„[k]omplexní řešení (projekt, realizace a zavedení) II. etapy IS CEDR, evidenčního a kontrolního informačního systému podporujícího poskytování státní finanční podpory hypotečního úvěrování bytové výstavby (dle nařízení vlády č. 244/95 Sb.). Řešení II. etapy IS CEDR navazuje na řešení I. etapy IS CEDR, které doplňuje a rozšiřuje o řešení kontrolních mechanismů potřebných pro územní finanční orgány k zajištění kontroly poskytování státní podpory hypotečního úvěrování bytové výstavby.*

V této smlouvě jsou zahrnuty následující činnosti související s realizací a provozem II. etapy IS CEDR:

- *Příprava projektu*
- *Vypracování projektu (analytické zadání)*
- *Realizace implementace a testování programového vybavení*
- *Zavádění IS do provozu*
- *Řešení bezpečnosti*
- *Poradenství a konzultace*

Specifikace zadání řešení II. etapy IS CEDR je blíže uvedena v příloze 1-A.“

66. V § 3 „Termíny plnění“ bodu 1. původní smlouvy je uvedeno, že *„[p]ostupové termíny pro realizaci díla jako samostatné uzavřené etapy jsou uvedeny v příloze 2-A“,* přičemž dle Přílohy 2-A původní smlouvy měla být poslední část plnění ukončena k 30. 9. 1997.
67. Dle § 4 „Cena díla a způsob úhrady“ původní smlouvy činila smluvní cena díla 13 100 000 Kč bez DPH.
68. V § 8 „Zvláštní ujednání“ bodu 1. původní smlouvy je uvedeno, že *„[z]hotovitel se zavazuje, že na písemné vyžádání objednatele zabezpečí po dobu 2 let další rozvoj a změny díla, a to na základě písemného dodatku ke smlouvě“.*
69. V § 8 „Zvláštní ujednání“ bodu 3. původní smlouvy si právní předchůdce obviněného sjednal následující podmínku: *„[o]bjednatel se zavazuje užívat projekt a programové vybavení dodané zhotovitelem jen k účelu předpokládanému touto smlouvou a nepředat je třetím osobám a ani jim neumožnit tento projekt a programové vybavení jakýmkoliv způsobem využívat bez písemného souhlasu zhotovitele“.*
70. Obviněný jakožto součást dokumentace o veřejné zakázce Úřadu předložil čestná prohlášení vyhotovená jednatelem vybraného uchazeče dne 16. 3. 2011, dne 25. 3. 2015 a dne 10. 5. 2016, ze kterých vyplývá, že *„[n]a základě ustanovení § 58 zákona č. 121/2000 Sb. (autorský zákon) vykonává společnost ASD Software, s.r.o., veškerá majetková práva k tomuto informačnímu systému, přičemž provedení jakýchkoliv úprav informačního systému bez souhlasu držitele majetkových práv je porušením autorského zákona. Společnost ASD Software, s.r.o. dále neopravňuje a neškolí žádné třetí subjekty k poskytování servisních prací nebo jiných prací spojených s instalací, údržbou, opravami nebo provozem a poskytováním*

technické a provozní podpory předmětného informačního systému vyžadující odborné práce, ke kterým je oprávněna pouze společnost ASD Software, s.r.o. Tyto odborné práce zahrnují i zásahy do systému. Neoprávněný zásah do předmětného informačního systému může mít, kromě dalších právních důsledků, vážný vliv na spolehlivost jeho funkce vzniku výpadků systému. Takový zásah rovněž ruší záruční podmínky a za vzniklé škody je plně odpovědný provozovatel. Společnost ASD Software, s.r.o. je proto jediným subjektem, který je oprávněn k provedení úprav IS CEDR II a poskytovat k tomuto systému služby technické a provozní podpory“.

K oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění

71. K použití jednacího řízení bez uveřejnění Úřad obecně konstatuje, že se jedná o druh zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců, se kterými bude vyjednávat smluvní podmínky. Ačkoliv je zakázka zadávána v režimu podle zákona, je s ohledem na povahu tohoto řízení de facto podstatným způsobem omezena či zcela vyloučena hospodářská soutěž, a chybí tak ten aspekt zadávacího řízení, který by zajistil ekonomickou výhodnost pořízení předmětu plnění veřejné zakázky a rovněž omezil jakékoli nezákonné či korupční jednání. Současně lze tento druh zadávacího řízení považovat za nejméně formalizovaný a kontrolovatelný postup podle zákona.
72. K obdobnému závěru dospěl např. Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 31 Af 54/2012 – 443 ze dne 9. 4. 2013, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) sp. zn. 5 Afs 48/2013 ze dne 30. 5. 2014, v němž se mimo jiné uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění „*představuje svojí povahou výjimečný postup zadavatele, který je zadavatel oprávněn použít výlučně za naplnění zákonem taxativně stanovených podmínek. Je tomu tak zejména z toho důvodu, že pro tento druh zadávacího řízení neplatí zákonná povinnost uveřejnit jeho zahájení vůči neomezenému počtu potencialních dodavatelů. Zadavatel tedy oslovuje pouze předem určené subjekty a z povahy věci tak musí dojít k omezení hospodářské soutěže.*“ Proto je také na jednací řízení bez uveřejnění pohlíženo jako na „*nejméně transparentní druh zadávacího řízení, s nejnižší mírou vnější kontroly a hospodářské soutěže*“.
73. Jednací řízení bez uveřejnění by tak mělo být skutečně výjimečným způsobem zadání veřejné zakázky, jehož použití je vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je tak možné použít pouze v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo 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 NSS, když uvedl, že zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je „*[...] možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 zákona*“. Otázku splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je přitom v souladu s ustálenou soudní rozhodovací praxí nutno posuzovat restriktivně, což vyplývá např. z rozsudku NSS, sp. zn.: 1 Afs 23/2012 ze dne 20. 11. 2012 nebo rozsudku Krajského soudu v Brně, sp. zn.: 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015 (podrobně viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí).

74. Úřad dále uvádí, že o použití příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost (srov. rozsudek NSS sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015). V šetřeném případě směřuje argumentace obviněného k použití ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. možnosti splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv.
75. Jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je zadavatel oprávněn využít 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.
76. Úřad úvodem předesílá, že jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona 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). Zadavatel by tedy měl již při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky (na základě které pořizuje určité plnění) posoudit potřebu budoucích (navazujících) plnění a v případě existence takové potřeby uzavřít takovou smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli, ale umožní realizovat předpokládaná navazující plnění bez využití jednacího řízení bez uveřejnění, např. tedy umožní plnění zadat v otevřenějších typech zadávacích řízení. V opačném případě je totiž nutné přijmout jednoznačný závěr, a sice že zadavatel byl s budoucím užitím jednacího řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky (a takové jednací řízení bez uveřejnění by pak bylo logicky nezákonné), což by vedlo v konečném důsledku k situaci, že zadavatel nevybírám dodavatele dalších veřejných zakázek v široké hospodářské soutěži, nýbrž jen „řetěží“ jednací řízení bez uveřejnění s odůvodněním, že neexistuje na trhu jiný subjekt, který by byl schopen předmět plnění dodat, ale přitom takovou situaci vyvolal právě zadavatel.
77. Úřad v této souvislosti doplňuje, že s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu (srov. rozsudek NSS 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.
78. K právě uvedenému Úřad odkazuje především na rozsudek NSS 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 NSS 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“.

79. Shora uvedené restriktce vyplývají rovněž i z odstavce 50 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, s účinností ke dni 18. 4. 2016, ve kterém se uvádí, že „[...] s ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení“.
80. K uvedenému Úřad pro úplnost dodává, že i z výše citované směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 tedy vyplývá, že jednací řízení bez uveřejnění by mělo být pouze výjimečným způsobem zadávání veřejných zakázek, a to tehdy, kdy zadavatel skutečně není z objektivních důvodů schopen zajistit požadované plnění jinak, než prostřednictvím vybraného uchazeče, přičemž v žádném případě by nemělo docházet k nadužívání tohoto druhu zadávacího řízení. Přestože citovaná směrnice byla do českého právního řádu transponována až ke dni 1. 10. 2016, lze podpůrně odkázat rovněž na její znění, neboť podmínky stanovené pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění v citované směrnici se oproti podmínkám v době, kdy obviněný zahájil zadávání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle zákona, nezměnily.
81. V návaznosti na relevantní soudní judikaturu Úřad shrnuje, že je zřejmé, že použít jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze v případě technických důvodů či důvodů či důvodu ochrany výhradních práv pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa nebo náhrada a dále jestliže neexistence soutěže není výsledkem umělého zúžení parametrů veřejné zakázky, tedy pokud se zadavatel svým vlastním jednáním nedostal do takové situace, kdy musel veřejnou zakázku zadat konkrétnímu dodavateli, protože si svým předchozím jednáním vytvořil podmínky, které umožňovaly zadání zakázky pouze konkrétnímu dodavateli. Úřad akcentuje zejména požadavek na restriktivní výklad podmínek využití JŘBU tak, aby nebyl tento druh zadávacího řízení, který z povahy věci vyvolává „škodlivé účinky na hospodářskou soutěž“, nadužíván. Právě tyto mantinely výkladu podmínek aplikace JŘBU musí reflektovat při svém posouzení okolností jednotlivých případů taktéž Úřad.

82. Z pohledu posouzení postupu zadavatele v případě šetřené veřejné zakázky je tedy s ohledem na výše uvedené nutné posoudit jednak naplnění „formální“ stránky jednacního řízení bez uveřejnění, tj. zda byly dány objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení (autorskoprávní či technické); je však nutné posoudit rovněž „materiální“ podmínku pro použití jednacního řízení bez uveřejnění, a to, zda obviněný stav výlučnosti dodavatele sám nevytvořil.
83. Z předložené dokumentace, konkrétně z čl. I. „Předmět plnění smlouvy“ smlouvy o podpoře vyplývá, že předmětem smlouvy je *„poskytování služeb technické a provozní podpory objednateli při provozování a údržbě informačního systému IS CEDR II včetně jeho části pro podporu uživatelů označované IS SUPP“*.
84. Z vyjádření samotného obviněného pak vyplývá, že IS CEDR II je klíčový systém v oblasti daňových kontrol dotací prováděných finančními úřady zajišťující propojenost a informovanost poskytovatelů dotací (viz bod 25. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
85. Úřad připomíná, že o použití příslušného druhu zadávacího řízení rozhoduje vždy zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. V šetřeném případě jak z písemné zprávy, tak rovněž z formuláře o zadání veřejné zakázky uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek (viz body 60. a 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí) je zřejmé, že jednacní řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro zadání předmětné veřejné zakázky obviněný zvolil z technických důvodů a z důvodu ochrany autorských práv.
86. K tomu Úřad opětovně uvádí, že aplikace ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. Je na obviněném, aby v rámci případného přezkumu jeho postupu ze strany Úřadu prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. Pouze tak může obviněný naplnit požadavek na přezkoumatelnost jeho postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti stanovené v § 6 odst. 1 zákona (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 5. 2007 ve věci sp. zn. 31 Ca 166/2005 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, sp. zn. 5 Afs 131/2007).
87. Prokázání důvodů použití jednacního řízení bez uveřejnění je tak plně na obviněném, který by měl být schopen objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení doložit již před zahájením zadávacího řízení (k tomu srov. např. závěry vyplývající z rozsudků Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 3. 1987, C-199/85 Komise Evropských společenství proti Italské republice, či z rozsudku ze dne 28. 3. 1996, C-318/94 Komise Evropských společenství proti Spolkové republice Německo) a tyto důvody by měly trvat po celou dobu trvání jednání s 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 jednacního 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).
88. 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 jednacního řízení bez uveřejnění uvádí, že *„[...] použití jednacního 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).*

89. Dále Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 3 As 18/2015-32 ze dne 25. 11. 2015 uvedl, „[...] že smyslem daného řízení bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění. [...]“. Pojmem „dané řízení“ se v citovaném rozsudku NSS rozumí správní řízení vedené před Úřadem, jehož předmětem bylo posouzení oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, a z uvedené citace tedy jasně vyplývá, že úkolem Úřadu ve správním řízení je posoudit, zda zadavatel naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění prokázal. Ke stejným závěrům pak dospěl i Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 95/2013-74 ze dne 13. 1. 2015, který byl následně potvrzen citovaným rozsudkem NSS, a rovněž i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 93/2015 – 357 ze dne 1. 6. 2017.
90. Z výše uvedeného pak vyplývá, že důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na obviněném, jehož povinností je, aby doložil veškeré důvody, které svědčí pro naplnění podmínek § 23 zákona, v šetřeném případě konkrétně podmínek stanovených v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a objektivně tedy prokázal zákonnost svého postupu. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě přestupků leží na správním orgánu, který musí zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na obviněném. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě obviněný, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem, a zvolil tedy tento druh zadávacího řízení oprávněně. Úřad dodává, že povinnost zjištění skutkového stavu věci Úřadem se s ohledem na přenos důkazního břemene v souvislosti s doložením naplnění podmínek opravňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda obviněný toto důkazní břemeno unesl. Je tedy povinností obviněného, aby svůj postup spočívající v zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona byl schopen nejen odůvodnit, ale své závěry o existenci důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona také doložit relevantními podklady. Úřad tedy nerezignuje na svoji povinnost zjistit úplný skutkový stav věci, avšak nemůže za obviněného povinnost související s doložením existence objektivních důvodů k použití jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona suplovat. Úřad má tedy v šetřeném případě povinnost posoudit, zda obviněný důkazní břemeno unesl, tedy zda prokázal naplnění důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění.
91. S ohledem na argumentaci obviněného týkající se oprávněnosti použití JŘBU podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro zadání předmětné veřejné zakázky se Úřad

nejprve zabýval posouzením naplnění formální stránky jednacího řízení bez uveřejnění, tj. posouzení, zda skutečně byly dány objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení.

92. Jak z vyjádření obviněného, tak z písemné zprávy vyplývá, že důvodem použití jednacího řízení bez uveřejnění je, že se jedná o veřejnou zakázku, která může být splněna z technických důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv pouze určitým dodavatelem, tj. dodavatelem, který disponuje určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel (pozn. Úřadu – vybraným uchazečem).
93. S ohledem na skutkový stav v šetřeném případě bylo na obviněném, aby uvedl a doložil, resp. prokázal konkrétní technické důvody, případně existenci konkrétních výhradních práv vybraného uchazeče, jejichž existence je důvodem pro zadání veřejné zakázky formou JŘBU podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. V této souvislosti je dále nutno podotknout, že charakter takových tvrzených a obviněným prokazovaných technických důvodů a výhradních práv musí být takový, aby tyto důvody ve svém důsledku znamenaly jednoznačnou a nezpochybnitelnou nezbytnost zadání předmětné veřejné zakázky právě vybranému uchazeči.
94. Úřad se tedy nejprve zabýval skutečností, zda obviněným uváděné technické důvody svědčí pro možnost zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Jak již bylo opakovaně zmíněno výše, je to právě obviněný, který je povinen prokázat objektivní existenci jediného dodavatele schopného plnit předmět veřejné zakázky, tedy že v době zadání zakázky z technického hlediska opravdu neexistoval jiný dodavatel schopný z technického hlediska splnit předmět šetřené veřejné zakázky.
95. K výše uvedenému Úřad doplňuje, že z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 78/2013-148 ze dne 21. 12. 2015 jednoznačně vyplývá, že obviněný je povinen svá tvrzení o nemožnosti splnit předmět veřejné zakázky třetí osobou z technických důvodů relevantním způsobem doložit. V rozsudku NSS č. j. 3 As 18/2015-32 ze dne 25. 11. 2015 v této souvislosti NSS dovodil, že za účelem prokázání splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je obviněný povinen předložit takové podklady, ze kterých bude jednoznačně vyplývat důvodnost jeho postupu při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tedy že z předložených podkladů bude jednoznačně vyplývat, že veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem právě z technických důvodů, neboť *„[...] považuje dále za vhodné akcentovat úvahu krajského soudu zmíněnou v úvodní části odůvodnění napadeného rozsudku, se kterou se ztotožňuje, podle níž relevantním podkladem k prokázání důvodů pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ mohou být toliko listiny obsahující odborné technické hodnocení, [...].“* Rovněž tak z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0823/2014/VZ-44764/2016/512/VNV ze dne 4. 11. 2016 vyplývá, že je to obviněný, který je povinen v rámci správního řízení předložit takové důkazy, které prokáží, že v době zadání šetřené veřejné zakázky neexistoval žádný jiný dodavatel, než vybraný uchazeč, který by byl schopný splnit předmět veřejné zakázky z technických důvodů. V neposledním řadě lze uvést, že takovými důkazy by pak obviněný měl disponovat již v okamžiku zahájení zadávání šetřené veřejné zakázky.
96. Obviněný značnou část své argumentace opírá o závěry znaleckého posudku č. 58/2016 (dále jen „znalecký posudek č. 58/2016“) zpracovaného Ing. Martinem Mlýnkem, znalcem v oboru

Ekonomika a Kybernetika, který si nechal zpracovat mimo jiné za účelem vyjasnění otázek k možnostem zadání otevřeného výběrového řízení na zapracování změn do systému CEDR (vývoj) a zadání otevřeného výběrového řízení k zajištění zakázky „Technická podpora IS CEDR II a III“. Obviněný dále uvádí, že znalecký posudek č. 58/2016 mj. obsahuje závěry o nemožnosti vypsát otevřené výběrové řízení pro implementaci nutných změn do IS CEDR z technických důvodů a nemožnosti vypsát otevřené řízení pro zajištění zakázky technické podpory IS CEDR II a III rovněž z technických důvodů. Před samotným hodnocením závěrů obsažených v předmětném posudku považuje Úřad již na tomto místě za vhodné uvést, že předmětný znalecký posudek byl nepochybně vytvořen až po uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, ke kterému došlo dne 14. 7. 2016 (datace el. podpisu je k 7. 1. 2017). Jinými slovy Úřad má za to, a obviněný uvedené nečiní ani sporným, že zadavatel tento a ani jiný znalecký posudek neměl v okamžiku zahájení zadávacího řízení nyní šetřené veřejné zakázky k dispozici.

97. Úřad dále uvádí, že předmětný znalecký posudek se věnuje informačnímu systému CEDR komplexně, tak i jeho jednotlivým částem, tj. IS CEDR II, IS CEDR III a IS CEDR – Resorty. Úkolem znalce bylo posoudit IS CEDR z pohledu jádra a samostatných modulů a odpovědět na otázku, zda jednotlivé moduly jsou v technické rovině natolik odděleny, že je možná jejich samostatná funkčnost, správa a další vývoj bez vazby na zbylé moduly či jádro systému. Znalec měl rovněž zodpovědět, zda je možné zadat samostatná otevřená výběrová řízení jak na zapracování změn do systému CEDR, tak na zajištění technické podpory IS CEDR II a III.
98. V části 5.3.3 „Dělit či nedělit IS a zadat dodávky několika NOVÝM dodavatelům“ znaleckého posudku č. 58/2016 je uvedeno, že *„je zde potřeba řešit různé úlohy propojující data z různých databází a ještě k tomu řídit různé přístupy desítek lidí, tak zase není možné toto vše od sebe úplně separovat. Při velké separaci začíná systém řešit velkou latenci komunikace a její možnou chybovost a tím i časy zpracování. [...] [K]aždý systém LZE, ale jen opravdu teoreticky rozdělit na části, které by řešil někdo jiný (nějaký jiný dodavatel), ale jak bylo řečeno opravdu jen teoreticky, protože, po praktické stránce by nebyl nikdo nikdy schopen zkoordinovat několik dodavatelů dohromady, protože řešení daného problému většinou zasahuje do „x“ dalších částí systému a nikdo by to nebyl schopen zkoordinovat a hlavně spolehlivě otestovat a nasadit do produkčního prostředí. Další problém při řešení změn v modulech či částech je výběrové řízení, které by absolutně termínově zabrzdilo úpravy a změny v IS, protože čas, který se musí této činnosti věnovat je enormní, režie kolem je taky obrovská a navíc, při změně jednoho modulu by se běžně stávalo, že tento modul by vysoutěžila jiná firma a zase pro uživatele řešit zasvěcení do systému IS a postupů a zvyklostí by nebylo opravdu možné. Poslední, ale nejzávažnější riziko (a toto by se určitě uhlídat nepodařilo), je únik citlivých dat, jejich zneužití a zvýšení rizika vytvoření nějakého tunelu do systému z venku, ať už cíleně, tak i nechtěně, neošetřením nějaké podmínky či vazby. Důležitým aspekt[em] nedělit IS je i nutnost auditování systému, tzn., že dodavatel řešení[,] musí splňovat taky nějaké parametry kvality a bezpečnosti. Při výběrovém řízení v režimu zákona o veřejných zakázkách[,] zadavatel nesmí požadovat od dodavatelů „certifikát kvality“, „přístup ke zdrojovým kódům daného SW“ a podobné „jiné omezující podmínky“, protože se tím dostává do „pasti“ diskriminace dodavatele a nějaké „omezující podmínky v zadávacích dokumentacích a specifikacích“[,] se těžce obhajují před kontrolním orgánem. [...] Další aspekt, proč IS nedělit, je i ten, že by byly nesmírné nároky na koordinaci*

pracovníků, pracovních skupin, dodavatelských firem a řízení přístupů k datům u stále měnících se dodavatelů a lidí.“

99. V části 5.3.5 „Management vývoje IS – VŘ pro každý modul a každou úpravu“ znaleckého posudku č. 58/2016 je uvedeno, že *„[v] tomto případě by se musel řídit celý projekt a zároveň i skupiny pracovníků, co mají na starosti vývoj a úpravy daných modulů. Musely by se řešit převodní tabulky pro předávání dat mezi moduly, jinak by se příští nějaká úprava jinou firmou ani nedala realizovat, protože by určitě firma „A“ nedala zdrojový kód, pro jiné úpravy firmě „B“ (i kdyby je dala, stejně by se v tom jiný programátor nemusel vyznat, protože každý má jiné zvyky a navíc by [se] v této části mohlo zapomenout něco ošetřit, a tím by mohlo docházet ke kolizím či haváriím systému)[.] Další problém je i řešení odpovědnosti, která firma by byla zodpovědná[,] za nějaký problém v IS CEDR způsobený v upravovaném modulu? [...] Navíc by se nedalo zajistit, aby úprava modulu firmou „A“ nebyla v konfliktu s úpravou od firmy „B“. Jak by se řešilo předávání hodnoty nějaké proměnné „P“, kterou by řešila firma „A“ a vzápětí (či zároveň) i firma „B“? Která z těchto hodnot „by vyhrála soutěž“ tzn. byla pravdivá a relevantní), a která by byla předána přes interface do jiného modulu? Z popisu systému řízení projektu [...] je zřejmé, že tento model je nerealizovatelný, pro zde nastíněnou možnost úprav modulů či jen jednoduchých změn, tzn. vypisování otevřených VŘ, pro každou úpravu či jakoukoliv změnu zvlášť“.*
100. V části 5.4 „Využití JŘBU ANO či NE“ znaleckého posudku č. 58/2016 je uvedeno, že *„[n]epoužití JŘBU by znamenalo mnohem vyšší neúčelné a nevhodné výdaje, protože by to fakticky znamenalo povinnost zadavatele pořídit tento software znovu, a tím by došlo k znehodnocení již vynaložených investic na celý dosavadní software. Smyslem ZVZ je pak především ochrana veřejných výdajů před nevhodným využíváním. Tento postup zadavatele je tedy v souladu s rozsudkem Nejvyššího soudu 5 Afs 43/2012 [...]. Je zřejmé, že ‚stav exkluzivity‘ není možné vytvořit zadavatelem a v případě technické podpory nevzniká samoúčelně, ale je přirozenou součástí předmětu plnění, tj. v momentu[,] kdy stále vznikají a mění se různé části systému, nemůže z technologických důvodů jejich údržbu (technickou podporu) provádět osoba odlišná od zhotovitele“.*
101. Z části 5.5 „Veřejná zakázka vs. JŘBÚ – (odpovědi a vysvětlení)“ znaleckého posudku č. 58/2016 vyplývá, že znalec považuje za nezbytné realizovat změny a úpravy v IS CEDR, stejně tak jako technickou podporu. Znalec dále v části 5.5.1 „Předmět zakázky“ uvedl, že při výběrovém řízení nelze zajistit a hlavně dovolit jiné firmě „provádět tyto změny a určitě ne změny ve zdrojovém kódu a strukturách databází“. Znalec rovněž uvedl, že *„[v]ítězná firma (při otevřeném VŘ pokaždé jiná), nezná ani kódy ani struktury, nezná také historii. Navíc řešení je nutno implementovat, otestovat a nasadit do produkčního prostředí, ve velice krátkém čase. Navíc změny by měla firma testovat na schválených zařízeních a s vzorkem relevantních dat. Zařízení asi každá firma nebude mít k dispozici a vzorek dat (mixovaných) nedá relevantní výsledky o správné funkčnosti změn – není to možné zkontrolovat s reálným případem, a tím je tedy možné jen otestovat základní funkčnost úpravy. I kdyby prostředky pro programování a testy firma měla, není možné zajistit v tak krátké době předání dat na relevantně-funkční testování – jde o citlivá data uživatele“.*
102. Dále znalecký posudek č. 58/2016 obsahuje bod 6.1 „Odpovědi na otázky“, ze kterého vyplývá následující:

Na otázku, zda jednotlivé moduly jsou v technické rovině natolik odděleny, že je možná jejich samostatná funkčnost, správa a další vývoj bez vazby na zbylé moduly či jádro systému, znalec odpověděl, že oddělení modulů systému IS CEDR z technického hlediska není možné. Bez vazby na jádro a ostatní moduly není možné ani samostatné fungování modulů, jejich správa a ani vývoj. Na otázku, zda lze zadat otevřené výběrové řízení na zpracování změn do systému CEDR, znalec odpověděl, že z technického hlediska není možné vypsát otevřené výběrové řízení pro implementaci nutných změn do IS CEDR, přičemž z ekonomického hlediska je to nevhodné. Konečně znalec na otázku, zda lze zadat otevřené výběrové řízení k zajištění zakázky „Technická podpora IS CEDR II a III“, odpověděl, vypsát otevřené výběrové řízení na toto plnění není možné z technického hlediska.

103. V části 6.1.4 „Odůvodnění“ pak znalec stručně shrnul důvody, které jej vedly k výše uvedeným odpovědím, a to následujícím způsobem: (1) Při řešení tohoto úkolu, změny v IS CEDR, formou JŘBÚ zajišťujeme vyšší efektivitu a nákladovou synergii. (2) Není možné zadat řešení formou otevřeného VŘ, protože ekonomická a časová náročnost této akce je enormní a nezvládnutelná. (3) Nákup již hotového dodavatelského řešení nevyhovuje, ale i v případě, kdyby vyhovovalo nasazení tohoto systému, je nutné změny v IS CEDR stejně realizovat. (4) Vývoj jiného samostatného řešení generuje v IS CEDR také značné náklady – zde musí být vytvořeno obrovské komunikační rozhraní. (5) Zvýšení rizika závislosti na dodavateli tzv. VENDOR-LOCK-IN – v tomto případě se v podstatě nezmění.
104. Ze znaleckého posudku č. 58/2016 tak dle obviněného vyplývá, že mezi jednotlivými moduly systému jsou technické a technologické návaznosti vylučující zásah třetí strany a že veškeré změny v informačním systému CEDR jsou možné pouze s přístupem ke zdrojovým kódům.
105. Úřad má za to, že z předmětného znaleckého posudku vyplývá zejména to, že v případě šetřené veřejné zakázky se jedná o zajištění technické a provozní podpory systému IS CEDR, která je dle tvrzení znalce podmíněná právě technickou a technologickou návazností na jednotlivé, již existující moduly vytvořené vybraným uchazečem, přičemž tyto jednotlivé moduly IS CEDR od sebe nelze z technických důvodů oddělit, neboť jsou vzájemně úzce provázány. Ze znaleckého posudku pak dle Úřadu dále vyplývá, že z technického hlediska není možné vypsát otevřené řízení za účelem „provedení změn v IS CEDR“ ani za účelem poskytování provozní podpory, a to zejména s ohledem na četná rizika související s koordinací činností, nemožností testování, únikem citlivých dat apod. (blíže viz bod 98. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Znalec dále akcentuje zejména časovou a ekonomickou náročnost v případě otevřeného zadávacího řízení na nový systém a rovněž provozní problémy spojené s výměnou dodavatele.
106. Úřad v této souvislosti uvádí, že ze znaleckého posudku, aby mohl být považován za relevantní podklad obsahující odborné technické hodnocení, prokazující technickou výlučnost konkrétního dodavatele, by mělo vyplývat, jaké konkrétní technické důvody (které by měly být v posudku jasně a přesně popsány) existují a vedou k tomu, že předmět šetřené veřejné zakázky nemůže realizovat jiný dodavatel než vybraný uchazeč, nikoliv pouze sledování rizik, které stíhají obecně zadavatele při tvorbě zadávacích podmínek. Úřad má za to, že charakter odpovědi znalce v předloženém posudku zadavatele představuje souhrn obecných domněnek, poukazujících na problémy, se kterými se dle Úřadu potýkají obecně zadavatele v případě každé větší zakázky v oblasti ICT služeb či dodávek. Znalecký posudek předložený obviněným představuje souhrn rizikových aspektů, kterým by musel zadavatel

čelit v případě postupu mimo JŘBU, resp. postupu, kdy veřejná zakázka nebude přidělena právě stávajícímu dodavateli. Znalec jako důvod pro postup v JŘBU akcentuje tedy časová, provozní a zejména pak ekonomická rizika spojená s výměnou dodavatele.

107. Rovněž obviněný ve svých vyjádřeních akcentuje zejména to, že mezi jednotlivými moduly systému jsou technické a technologické návaznosti vylučující zásah třetí strany, tedy změny stávajícího dodavatele. Z písemné zprávy pak lze dovodit, že obviněný spatřoval technické důvody v nekompatibilitě řešení dodaného novým dodavatelem s nyní využívaným informačním systémem a rovněž nepřiměřené technické obtíže při provozu.
108. Dle názoru Úřadu tak lze přinejmenším pochybovat o existenci technických důvodů odůvodňujících JŘBU. Existence technických důvodů jednoznačně nevyplývá ani z předloženého znaleckého posudku (viz bod 105. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Skutečnost, že znalecký posudek v zásadě pouze v obecné rovině upozorňuje na vzájemnou provázanost jednotlivých modulů IS CEDR, časovou náročnost výběrového řízení, enormní finanční náklady na realizaci nového řešení, možné provozní problémy spojené s výměnou dodavatele či nároky na koordinaci lidského kapitálu a jednotlivých informačních systémů, nelze dle názoru Úřadu akceptovat jako relevantní argument svědčící ve prospěch existence technických důvodů, neboť ty nejsou žádným způsobem podrobně odůvodněny a tím pádem ani relevantně prokázány. Úřad má za to, že určitá rizika jsou běžně identifikována v každém zadávacím řízení na veřejnou zakázku v oblasti ICT. Uvedené nicméně nemůže vést k tomu, že zadavatel bude neomezeně dlouhou dobu (jelikož tato rizika budou existovat vždy) poptávat určitou službu pouze v JŘBU, a to s poukazem na „provozní“ a „ekonomická“ rizika, která jsou právě v tomto druhu zadávacího řízení, resp. oslovením stávajícího dodavatele výrazně eliminována (k tomu viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí).
109. Jinými slovy, Úřad má za to, že nelze v každé situaci uzavřít, že pouhá existence určitého rizika či jiné náročnosti umožňuje zadavateli postup v JŘBU. Ani výčet problematických/rizikových faktorů, které prezentuje znalec, tedy nelze bez dalšího považovat za jednoznačné prokázání technické výlučnosti ve prospěch stávajícího dodavatele.
110. S ohledem na skutečnost, že zadavatel musí v řízení před Úřadem prokázat, že z hlediska technického opravdu neexistoval v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky, Úřad uvádí, že povinnost zjištění skutkového stavu věci Úřadem se s ohledem na přenos důkazního břemene v souvislosti s doložením naplnění podmínek opravňujících použití jednacím řízení bez uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda zadavatel toto důkazní břemeno unesl. Je tedy povinností zadavatele, aby svůj postup spočívající v zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona byl schopen nejen odůvodnit, ale své závěry o existenci důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona také doložit relevantními podklady. Úřad tedy nerezignuje na svoji povinnost zjistit úplný skutkový stav věci, avšak nemůže za zadavatele povinností ohledně doložení existence objektivních důvodů k použití jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona suplovat.
111. Úřad má v šetřeném případě tedy povinnost posoudit, zda obviněný unesl důkazní břemeno, tedy zda prokázal naplnění důvodů pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž jak vyplývá z výše uvedeného, obviněný důkazní břemeno v tomto smyslu neunesl, neboť

konkrétní technické důvody, jež by vedly k faktické nemožnosti plnění veřejné zakázky jiným dodavatelem, obviněný ve svých vyjádřeních nesdělil a nebyly dostatečně prokázány ani v předloženém znaleckém posudku, který k technickým důvodům uvádí pouze obecná konstatování, která však nijak neprokazují, že by předmětnou veřejnou zakázku nemohl realizovat jiný dodavatel.

112. Úřad závěrem v této souvislosti pro úplnost uvádí, že hodnocení podkladů pro rozhodnutí je věcí správního orgánu a je ovládáno zásadou volného hodnocení důkazů. Podle § 50 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, správní orgán hodnotí podklady, zejména důkazy, podle své úvahy; přitom pečlivě přihlíží ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci (srov. rozsudek NSS č. j. 1 As 84/2009 – 77 ze dne 12. 11. 2009).
113. Úřad v této souvislosti odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R403/2015/VZ-37535/2016/321/OHo ze dne 12. 09. 2016, ve kterém předseda Úřadu konstatoval, že *„[z]nalecký posudek je nutno hodnotit stejně pečlivě jako každý jiný důkaz, neboť ani on nepoživá žádné větší důkazní síly a musí být podrobován všestranné prověrce nejen právní korektnosti, ale též věcné správnosti (k tomu viz dále). Hodnotit je třeba celý proces utváření znaleckého důkazu, včetně přípravy znaleckého zkoumání, opatřování podkladů pro znalce, průběh znaleckého zkoumání, věrohodnost teoretických východisek, jimiž znalec odůvodňuje své závěry, spolehlivost metod použitých znalcem a způsob vyvozování závěrů znalce. Ponechávat bez povšimnutí věcnou správnost znaleckého posudku a slepě důvěřovat závěrům znalce, by znamenalo ve svých důsledcích popřít zásadu volného hodnocení důkazů soudem (tyto závěry lze vztáhnou bezvýjimečně též na hodnocení důkazů správním orgánem) podle svého vnitřního přesvědčení, privilegovat znalecký důkaz a přenášet odpovědnost za skutkovou správnost soudního rozhodování na znalce; takový postup nelze ze správněprávních ani z ústavněprávních hledisek akceptovat (blíže viz náleží Ústavního soudu České republiky sp. zn. III. ÚS 299/06)“*. Předseda Úřad dále v citovaném rozhodnutí uvedl, že *„[j]e však mít třeba na paměti, že znalci se vyjadřují k odborným otázkám, o nichž si nelze ve správním řízení učinit úsudek samovolně, avšak právní hodnocení a závěry v uvedené věci činí právě až správní orgán. Je tedy na něm, aby se vypořádal s tím, která zjištění a z jakých důvodů z případně protichůdných důkazních prostředků použije. Nejde o vyslovování správnosti nebo nesprávnosti odborných stanovisek znalců, ale o hodnocení znaleckého posudku s ostatními důkazy a v řízení zjištěnými skutečnostmi (§ 50 odst. 4 správního řádu). Tím je rovněž zamezeno, aby docházelo k přenášení odpovědnosti za správnost rozhodování na znalce [...]. Znalecké posudky pak slouží jen jako jeden z mnoha (byť zde je nutné doplnit „významných“) důkazů v řízení před soudy a jinými státními orgány, přičemž teprve po jejich zhodnocení ve vzájemných souvislostech s dalšími najevo vyšlými okolnostmi lze vyvodit na jeho základě závěr o jeho použitelnosti jako podkladu pro rozhodnutí. [...]“*
114. Úřad ve smyslu výše uvedených úvah podrobil závěry znaleckého posudku svému zkoumání a hodnocení, a to v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů, a dospěl k závěru, že předložený znalecký posudek nepodává komplexní odpověď na otázku ohledně existence jednoznačných technických důvodů, neboť závěry znaleckého posudku nejsou opřeny o bližší zdůvodnění vyjma poukazu na rizikové faktory a náročnost související s výměnou stávajícího dodavatele. Úřad proto v rovině výše uvedeného nemůže bez dalšího jednoznačně potvrdit reálnou existenci technických důvodů, resp. konstatovat, že by obviněný nade vší pochybnost naplnil tuto formální podmínku použití jednacního řízení bez uveřejnění podle

ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Úřad v této souvislosti nicméně uzavírá, že nastíněnou otázku blíže nezkoumal, neboť i kdyby se snad obviněnému podařilo prokázat to, že neexistuje subjekt odlišný od vybraného uchazeče, jenž by byl schopen realizovat předmět nyní šetřené veřejné zakázky, nic to nemění na skutečnosti, že stav exkluzivity na straně vybraného uchazeče byl způsoben pouze konkrétním jednáním obviněného, resp. jeho právního předchůdce, když veškerá rizika a obtíže, které nyní brání obviněnému ve využití postupu mimo JŘBU, jsou pouze a jedině důsledkem jednání obviněného, resp. jeho právního předchůdce, který svou dlouhodobou nečinností tento stav umožnil (k tomu viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí). Tento stav tedy nemůže být považován za oprávněný důvod pro použití jednacního řízení bez uveřejnění. Obviněný měl a mohl vědět o skutečnosti, že bude nezbytné (vybraným uchazečem vytvořený) informační systém provozovat a upravovat jej (nejedná se o jednorázový informační systém) a v té souvislosti mu tedy mělo být zřejmé, že je nutné přizpůsobit další aspekty trvajících smluvního vztahu tak, aby to nebyl pouze a jedině stávající dodavatel, kdo bude – takřka neomezenou dobu – schopen daný systém provozovat a upravovat jej bez toho, aniž by ve vztahu k tomuto plnění proběhla jakákoli hospodářská soutěž (k tomu viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí).

115. Úřad v neposlední řadě ve vztahu ke znaleckému posudku uvádí, že ačkoliv znalec označil JŘBU pro zadání šetřené veřejné zakázky jako opodstatněné, nelze od tohoto závěru znalce odvozovat zákonnost postupu obviněného při zadávání šetřené veřejné zakázky, neboť znalecký posudek se zabýval existencí možných technických důvodů (byť ve velice teoretické rovině), nikoliv však naplněním všech zákonných podmínek pro použití JŘBU ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, zejména pak ve vztahu k dalším nezbytným podmínkám dle judikatury soudů (tímto má na mysli Úřad zejména to, že si stav exkluzivity nesmí zadavatel sám vytvořit), přičemž všechny tyto zákonné podmínky musí být splněny kumulativně. Úřad v této souvislosti uvádí, že s ohledem na právní povahu této otázky a specializaci znalce by to rovněž nebylo ani relevantní.
116. Úřad v této souvislosti akcentuje, že „technické závěry“ znaleckého posudku nelze směřovat s otázkami právními (obdobný závěr srov. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 16. 9. 2016). Jinými slovy, právní závěry vyplývající z posudku předloženého obviněným nelze bez dalšího považovat za relevantní znalecké tvrzení, jelikož úkolem znalce není předestírat výklad konkrétních právních otázek. Lze v této souvislosti uzavřít, že dotčený znalec nebyl oprávněn vyjadřovat se k zákonnosti postupu obviněného v souvislosti s použitím JŘBU za účelem zadání šetřené veřejné zakázky.
117. Pokud jde o obviněným tvrzenou existenci objektivních důvodů pro použití JŘBU spočívajících v nutnosti ochrany autorských práv, Úřad uvádí následující. Z dokumentů předložených obviněným vyplývá, že IS CEDR II, jehož provozní a technická podpora je předmětem šetřené veřejné zakázky, byl vybraným uchazečem pro právního předchůdce obviněného vytvořen na základě původní smlouvy o dílo z roku 1995, resp. původní smlouvy o dílo z roku 1997, kdy v § 8 této posledně odkazované smlouvy je uvedeno, že právní předchůdce se zavazuje užívat projekt a programové vybavení jen k účelu předpokládanému původní smlouvou a nepředat jej třetí osobě a ani jim neumožnit projekt a programové vybavení jakýmkoliv způsobem využívat bez písemného souhlasu vybraného uchazeče (viz body 63. až 69. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

118. Lze obecně předpokládat, že vytvořený software je chráněn coby dílo ve smyslu příslušných autorskoprávních předpisů. Z původní smlouvy a jejích dodatků také vyplývá, že obviněný je oprávněn systém IS CEDR II užívat a není oprávněn do něho na základě původní smlouvy, ve znění všech jejích dodatků, resp. ujednání v nich obsažených zasahovat, přičemž dle vyjádření obviněného vybraný uchazeč ani neměl vůli udělit autorskoprávní či jinou licenci jinému subjektu, který by případně mohl plnění veřejné zakázky obviněnému poskytnout. Předmětem šetřené veřejné zakázky je pak dle úřadu taktéž určitá úprava systému IS CEDR II, neboť předmětem plnění nyní šetřené veřejné zakázky je kromě zajištění technické a provozní podpory tohoto systému spočívající v poskytování podpory při provozování a údržbě systému taktéž realizace úprav, změn a optimalizací systému vyplývající z provozních zkušeností požadavků obviněného a rovněž přechodu na nové verze základního software.
119. V této souvislosti je nicméně nutné konstatovat, že autorský zákon definuje několik forem užívání autorského díla. Z ustanovení § 66 odst. 1 písm. a) autorského zákona vyplývá právo oprávněného uživatele rozmnožovat, překládat, zpracovávat, upravovat či jinak měnit 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, přičemž z obsahu předmětného ustanovení, jakož i z odborné literatury pojící se s problematikou autorskoprávní ochrany vyplývá, že se jedná o ustanovení kogentní, tzn. zákonné ustanovení zavádějící pravidlo, od něhož se účastníci smluvního vztahu nemohou odchýlit. *„Stěžejním pojmem autorského práva v souvislosti s užitím a ochranou počítačového programu je pojem oprávněný uživatel. Oprávněným uživatelem rozmnoženiny počítačového programu je zaprvé oprávněný nabyvatel rozmnoženiny počítačového programu, který má vlastnické či jiné právo k rozmnoženině počítačového programu, a to za účelem jejího využití (nikoli za účelem jejího dalšího převodu). Zadruhé je oprávněným uživatelem oprávněný nabyvatel licence nebo jiná osoba oprávněná užívat rozmnoženinu počítačového programu. Oprávněný uživatel neporušuje práva autora programu, jestliže tento program rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění, je-li to potřebné k užití programu v souladu s jeho určením, činí-li tak při zavedení a provozu počítačového programu včetně opravování chyb programu.“* (ŠTĚDRŮŇ, B. Ochrana a licencování počítačového programu. Praha: Wolkers Kluwer, 2010, s. 48.).
120. Současně jsou další zákonné licence ve prospěch oprávněného uživatele obsaženy v ustanovení § 66 odst. 1 v písm. b) autorského zákona, dle kterého do autorského práva nezasahuje oprávněný uživatel rozmnoženiny počítačového programu, jestliže *„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“*, přičemž dle komentáře k autorskému zákonu (CHALOUPKOVÁ, H., HOLÝ, P.: Zákon o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským (autorský zákon) a předpisy související. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 121) je přípustné *„např. zpracování, resp. úprava spočívající ve věcné nebo obsahové aktualizaci, či jiném přizpůsobení programu směřujícím k naplnění účelu jeho užití.“* Toto ustanovení tedy již ze zákona opravňuje oprávněného uživatele mimo jiné k úpravám počítačového programu nejen v případě nezbytnosti provedení těchto úprav, ale i v případech směřujících k naplnění účelu jeho užití. Zákonná licence je v tomto případě oproti ustanovení § 66 odst. 1 písm. a)

autorského zákona podstatně širší, resp. volnější, neboť s výkonem těchto uživatelských práv není spojena podmínka nezbytnosti k využití počítačového programu.

121. Úřad v této souvislosti tedy uvádí, že nelze vždy automaticky uzavřít, že z důvodu ochrany práv vyplývajících z autorského zákona byl vybraný uchazeč skutečně jediným možným dodavatelem k realizaci šetřené veřejné zakázky, když oprávnění obviněného k určitým uživatelským úpravám programu může vycházet ze zákonné licence oprávněného uživatele počítačového programu, např. dle ustanovení § 66 odst. 1 písm. a) nebo b) autorského zákona, přičemž ani ze znaleckého posudku předloženého zadavatelem nevyplývá, že by tento reflektoval výše nastíněné aspekty autorského zákona.
122. Úřad v návaznosti uvádí, že z pouhého předložení smluv lze toliko dovodit, že předmětný informační systém vznikl jakožto autorské dílo. Obviněný však v kontextu šetřené veřejné zakázky nijak neprokázal (a ani neprokazoval), že by to byl pouze a jediné výhradně vybraný uchazeč, kdo je jediným subjektem, který může veřejnou zakázku realizovat. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Af 35/2015 ze dne 28. 6. 2017, v němž soud uvádí, že: „[p]ožadované zhodnocení [možnosti zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění] *ale nemá mít za úkol zodpovědět to, zda je určitý software autorským dílem, ale to, zda je možné realizovat zakázku jinak než výlučně zásahem do autorských práv původního dodavatele*“. Úřad však i na tomto místě konstatuje, že nastíněnou otázku blíže nezkoumal, neboť i kdyby se snad obviněnému podařilo prokázat to, že neexistuje subjekt odlišný od vybraného uchazeče, jenž by byl oprávněn k zásahu do informačních systémů (a tento zásah by přitom byl nezbytný pro plnění předmětu veřejné zakázky), nic to nemění na skutečnosti, že stav exkluzivity výhradních práv vybraného uchazeče byl způsoben právním jednáním předchůdce obviněného, protože nemůže být tento stav oprávněným důvodem pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Tím by byl vlastně jen potvrzen stav, že pokud zadavatel vytvoří podmínky v původní veřejné zakázce pro jediného dodavatele, zadavatel může libovolně dlouho každou další veřejnou zakázku, kterou by bylo jinak lze na trhu široce soutěžit, pokud by neexistovaly předmětné omezující podmínky, zadat dotyčnému jedinému vybranému dodavateli v jednacím řízení bez uveřejnění. Právní předchůdce obviněného však měl a mohl vědět o skutečnosti, že bude nezbytné do (vybraným uchazečem vytvořeného) informačního systému zasahovat (nejedná se o jednorázový či jednoúčelový informační systém s dočasným použitím) a v té souvislosti mu tedy mělo být zřejmé, že nevyhradí-li si možnost takového zásahu, bude to právě a jen vybraný uchazeč, kdo bude moci další návazná plnění související s předmětným informačním systémem realizovat (k tomu blíže dále odůvodnění tohoto rozhodnutí).
123. Jak již Úřad uvedl, z judikatury citované v odůvodnění tohoto rozhodnutí jednoznačně vyplývá, že při posuzování naplnění podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona je nezbytné vždy zkoumat nejen to, zda objektivně existují výhradní práva svědčící konkrétnímu dodavateli, s ohledem na něž není možno veřejnou zakázku zadat jinému subjektu (neboť předmět jejího plnění je se zásahem do takových práv imanentně spojen), ale je nutno zkoumat i naplnění materiální podmínky pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění, tj. zda stav výlučnosti tohoto dodavatele pro plnění veřejné zakázky nebyl zaviněně vytvořen. Aniž by tedy bylo nutno se blíže zabývat obsahem ve smlouvě o dílo sjednaného práva obviněného systém IS CEDR II užívat a provádět jeho úpravy, případně zákonnými licencemi v tomto smyslu, Úřad konstatuje, že obviněným tvrzená autorskoprávní ochrana systému

CEDR II a z ní plynoucí nemožnost jiného dodavatele do systému zasahovat by jako oprávněný důvod pro použití jednacího řízení bez uveřejnění obstála pouze v případě, že by nebyla zaviněně způsobena obviněným, příp. jeho právním předchůdcem. Z toho důvodu se Úřad dále zabýval naplněním materiální podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany autorských práv, tj. posouzením, zda obviněný, resp. jeho právní předchůdce jím tvrzený stav, kdy veřejnou zakázku podle něj může splnit pouze vybraný uchazeč, sám nevytvořil.

124. Úřad v této souvislosti připomíná již výše citovaný rozsudek NSS sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, který přinesl odpověď na otázku, zda skutečnost, že obviněný stav exkluzivity způsobil sám, je či není při posouzení naplnění podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona relevantní. Z citovaného rozsudku považuje Úřad za vhodné rovněž na tomto místě citovat, že *„[...] jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně i fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastatou situací dostupnými právními prostředky změnit.“* Závěry tohoto rozsudku taktéž korespondují se závěry rozsudku NSS sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 28. 11. 2012, v němž se soud zabýval situací, kdy byl postup obviněného při zadávání veřejné zakázky zatížen vadou již při tvorbě nedokonalé a nepodložené projektové dokumentace a dospěl k závěru, že *„[...] předvídatelnou nedokonalost projektové dokumentace a nemožnost na jejím základě dokončit původní předmět díla nelze následně zhojit zadáním prací pomocí jednacího řízení bez uveřejnění.“* NSS také odkázal na dřívější rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 3/2002 ze dne 5. 11. 2002, v němž soud konstatoval, že okolnosti, které by mohly odůvodňovat postup, kdy obviněný osloví jednoho konkrétního zájemce, nemohou vycházet ze stavu, kdy si obviněný nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až je následně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolává se postupu dle daného ustanovení zákona.
125. Úřad zároveň akcentuje i to, co již uvedl výše (viz bod 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a sice že pokud NSS 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“*.
126. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že aby bylo možno konstatovat, že obviněný, který svým jednáním při zadávání původní veřejné zakázky za účelem uzavření smlouvy o dílo 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).

127. V návaznosti na shora uvedenou judikaturu je tak zřejmé, že použití jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze v případě důvodu ochrany výhradních práv pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele, kdy tato neexistence však stojí na objektivních základech a není důsledkem vlastní (zaviněné) činnosti obviněného (spočívající např. v předchozím uzavření smluv či nezajištění nezbytných práv). Úřad tedy uvádí, že zadavatel musí před zadáním „prvotní“ veřejné zakázky posoudit potřebu budoucích (navazujících) plnění a v případě existence takové potřeby uzavřít takovou smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli a umožní realizovat tato předpokládaná plnění bez využití jednacího řízení bez uveřejnění, např. tedy umožní plnění zadat v otevřenějších typech zadávacích řízení. V opačném případě by totiž zadavatel byl s budoucím užitím jednacího řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky.
128. S ohledem na výše uvedené lze konstatovat následující. Předmětem původní smlouvy uzavřené již dne 14. 3. 1997 mezi právním předchůdcem a vybraným uchazečem dle § 2 „Předmět smlouvy“ původní smlouvy bylo „*[k]omplexní řešení (projekt, realizace a zavedení) II. etapy IS CEDR, evidenčního a kontrolního informačního systému podporujícího poskytování státní finanční podpory hypotečního úvěrování bytové výstavby (dle nařízení vlády č. 244/95 Sb.). Řešení II. etapy IS CEDR navazuje na řešení I. etapy IS CEDR, které doplňuje a rozšiřuje o řešení kontrolních mechanismů potřebných pro územní finanční orgány k zajištění kontroly poskytování státní podpory hypotečního úvěrování bytové výstavby.*“ V § 8 „Zvláštní ujednání“ bodu 1. původní smlouvy se pak vybraný uchazeč zavázal, „*[...] že na písemné vyžádání objednatele zabezpečí po dobu 2 let další rozvoj a změny díla, a to na základě písemného dodatku ke smlouvě*“.
129. Předmětem plnění šetřené veřejné zakázky je dle čl. II. „Způsob a místo plnění“ smlouvy o podpoře:
- „ a) Podpora při provozování a údržbě IS [...]*
 - b) Konzultace a školení [...]*
 - c) Služba hot-line (zahrnuje i telefonické konzultace a poradenství) [...]*
 - d) Obsahová správa web serveru CEDR II [...]*
 - e) Realizace drobných úprav, změn a optimalizace IS vyplývající z provozních zkušeností a požadavků [...]*
 - f) Přechod nové verze základního software (OS, DB) [...]*“.
130. Úřad s ohledem na výše uvedenou judikaturu provedl porovnání předmětu plnění veřejné zakázky sjednaného na základě smlouvy o podpoře s plněním, které bylo sjednáno na základě původní smlouvy a konstatuje, že již z textu původní smlouvy, konkrétně z jejího § 8 bodu 1. je zcela zřejmé, že obviněný měl při jejím uzavření zájem na tom, aby mu vybraný uchazeč v budoucnu poskytoval další služby související s rozvojem a změnami IS CEDR II, přičemž minimálně některé z těchto služeb odpovídají činnostem sjednaným ve smlouvě o podpoře. Konkrétně činnosti vymezené v čl. II „Způsob a místo plnění“ smlouvy o podpoře jako „realizace drobných úprav, změn a optimalizace IS vyplývající z provozních zkušeností a požadavků“ a „přechod nové verze základního software“ lze dle Úřadu zahrnout pod činnost specifikované v § 8 odst. 1 původní smlouvy (rozvoj a změny díla).

131. V rámci posouzení materiální stránky použití jednacího řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky tak Úřad s odkazem na výše zmíněnou konstantní judikaturu konstatuje, že judikovanou podmínku o potřebě plnění, které obviněný, resp. jeho právní předchůdce nemohl předvídat, šetřená veřejná zakázka nesplňuje, jelikož právní předchůdce obviněného si již v původní smlouvě zakotvil, že určité konkrétní činnosti, které jsou nyní předmětem smlouvy o podpoře uzavřené na základě jednacího řízení bez uveřejnění, budou v budoucnu realizovány vybraným uchazečem, z čehož je zřejmé, že o potřebě tohoto plnění právní předchůdce obviněného věděl již v době uzavření původní smlouvy. Nelze tak konstatovat, že by potřeba předmětných prací vznikla nezávisle na vůli právního předchůdce obviněného a že jeho postup by byl pouze „nešikovný“. Právní předchůdce obviněného prokazatelně měl vědomí o tom, že v budoucnu vznikne potřeba předmětné činnosti zadat, jelikož to byl právě on, kdo si ujednání týkající se těchto činností zakotvil již v roce 1997 v původní smlouvě. Úřad v této souvislosti doplňuje, že v rámci činností, jež jsou předmětem nyní šetřené veřejné zakázky, se obecně jedná o takový druh činností, které s provozem informačních systémů bezpochyby bezprostředně souvisí a u kterých tedy musel právní předchůdce obviněného v době uzavírání původní smlouvy již z povahy věci rozumně očekávat, že potřeba jejich provedení vznikne, neboť bez alespoň základní metodické a technické podpory nelze obdobné systémy používat (údržba, aktualizace, konzultace a poradenství, školení uživatelů, řešení problémů, chyb a havárií, instalace nových verzí základního software). Proto nelze shledat, že činnosti, které jsou předmětem nyní šetřené veřejné zakázky, jsou činnosti neočekávané a vznikly v důsledku nepředvídatelných okolností. Sám obviněný ostatně ve svém vyjádření ze dne 24. 8. 2017 uvádí, že *„[u]žívání IS CEDR II nutně předpokládá jeho nepřetržitou technickou a provozní podporu, jeho okamžité přizpůsobení každé legislativní změně příslušných právních předpisů a jeho vývoj odpovídající potřebám kontroly dotací.“* Úřad uvádí, že předmětnou větu pokládá za výstižnou; její obsah, resp. skutečnost jí vyjádřená přitom musela být zcela zřejmá i právnímu předchůdci obviněného, neboť ji lze vztáhnout prakticky na jakýkoli komplexnější IT systém.
132. Úřad dále uvádí, že z nařízení vlády č. 244/1995 vyplývá, že územní finanční orgány provádějí kontroly dodržování podmínek poskytování podpory stanovených tímto nařízením (viz bod 62. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad konstatuje, že na základě tohoto nařízení vlády právní předchůdce obviněného jednoznačně musel předpokládat, že určitý systém související s evidencí a kontrolou poskytování státní finanční podpory hypotečního úvěrování bytové výstavby bude muset provozovat z dlouhodobého hlediska, případně jej rozvíjet, a to především s ohledem na povinnosti vyplývající z výše uvedeného nařízení vlády, přičemž výše uvedený závěr Úřadu podporuje rovněž ustanovení § 8 „Zvláštní ujednání“ bodu 1. původní smlouvy, ve kterém je uvedeno, že *„[z]hotovitel se zavazuje, že na písemné vyžádání objednatele zabezpečí po dobu 2 let další rozvoj a změny díla, a to na základě písemného dodatku ke smlouvě“* (viz bod 68. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jen pro úplnost pak Úřad dodává, že z vyjádření obviněného, jakožto i ze znění původní smlouvy, vyplývá, že právní předchůdce za účelem naplnění této povinnosti uzavřel v roce 1995 s vybraným uchazečem smlouvu na dodávku IS CEDR a následně pak v roce 1997 smlouvu na dodávku IS CEDR II.
133. Úřad tedy konstatuje, s ohledem na skutečnost, že obviněný označil systém CEDR za klíčový systém v oblasti daňových kontrol dotací prováděných finančními úřady zajišťující propojenost a informovanost poskytovatelů dotací (viz bod 25. odůvodnění tohoto rozhodnutí), že právnímu předchůdci obviněného již v době pořizování systému CEDR, resp.

CEDR II muselo být zřejmé, že se jedná o systém s předpokládanou dlouhodobou životností. O to více pak musela být potřeba následné metodické a technické podpory poskytované v průběhu jeho používání zjevná. Dle Úřadu tak právní předchůdce obviněného již v době uzavření původní smlouvy potřebu navazujících plnění mohl rozumně předpokládat a musel být se zadáváním následných plnění přímo vybranému uchazeči srozuměn.

134. Úřad v návaznosti na výše uvedené konstatuje, že obviněný ve správním řízení neprokázal opak, tj. že jeho právní předchůdce budoucí návazné plnění původní smlouvy (odpovídající smlouvě o podpoře) předpokládat nemohl, ani neprokázal, že by právní předchůdce postupoval pouze „nešikovně,“ tj. nezaviněně. Úřad v této souvislosti uvádí, že je si vědom skutečnosti, že informační systém byl vytvořen na základě postupu právního předchůdce obviněného a stav exkluzivity tedy z povahy věci nemohl vytvořit sám obviněný, který tuto skutečnost sám ovlivnit nemohl, když vstoupil do pozice jiného subjektu (právního předchůdce) a převzal jeho práva a povinnosti (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Obviněný však bez ohledu na skutečnost, že založení autorskoprávní či technické exkluzivity vybraného uchazeče sám ovlivnit nemohl, má jako zadavatel povinnost při vzniku potřeby dodatečných úprav, aktualizací nebo rozšíření tohoto systému (který od Ministerstva financí převzal do své kompetence), vždy zvažovat, zda jsou podmínky pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění naplněny. Nelze si totiž představit situaci, kdy by pouze formální změna v organizační struktuře mohla mít za následek zbavení se odpovědnosti za předchozí postup právního předchůdce. Přitom je třeba nahlížet jak na formální, tak na materiální stránku těchto podmínek. Jinými slovy řečeno, obviněnému není vytýkán chybný postup jeho právního předchůdce při uzavírání původní smlouvy, ale chybný postup při vyhodnocení toho, zda jsou splněny podmínky pro uzavření smlouvy o podpoře v jednacím řízení bez uveřejnění. Nebyly-li naplněny zákonné důvody, pak měl obviněný postupovat jinak, přičemž ani toliko tvrzená hospodárnost postupu nemůže nezákonnost postupu zhojit, když to by vedlo k tomu, že se předmětem soutěže na roky či desítky let nestanou veřejné zakázky, které by jinak (bez původních podmínek zadavatele, které vytvořily exkluzivitu rozhodného dodavatele), bylo lze v široké hospodářské soutěži soutěžit.
135. V rámci posouzení materiální stránky použití jednacímho řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky tak Úřad s odkazem na výše zmíněnou konstantní judikaturu na základě výše uvedeného konstatuje, že judikovanou podmínku spočívající v tom, aby se jednalo o plnění, jehož potřebu zadavatel nemohl při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky předvídat, šetřená veřejná zakázka nesplňuje, jelikož právní předchůdce obviněného mohl budoucí návazná plnění související s původní smlouvou a nyní obsažená ve smlouvě o podpoře uzavřené obviněným na základě jednacímho řízení bez uveřejnění předpokládat, jinými slovy řečeno o potřebě tohoto plnění právní předchůdce obviněného měl a mohl vědět již v době uzavření původních smluv. Úřad v této souvislosti uvádí, že je zcela postačující, že tuto známost měl mít již právní předchůdce obviněného, neboť obviněný vstupuje plně do práv a povinností souvisejících se systémy IS CEDR, potažmo IS CEDR II, které mu byly předány do jeho kompetence, tedy vstupuje i do závazků plynoucích z předchozího postupu Ministerstva financí a důsledků těchto závazků. Obviněný jakožto právní nástupce Ministerstva financí následně v pozici zadavatele při zadávání veřejné zakázky související s uvedeným informačním systémem musí všechny okolnosti včetně důsledků předchozího postupu Ministerstva financí zvažovat, zejména však, zda jeho postup je v souladu se zákonem. Tuto skutečnost (potřebu budoucího plnění, kterou právní předchůdce obviněného měl a mohl

rozumně předpokládat) měl obviněný při zadávání veřejné zakázky vzít v úvahu a v situaci zaviněného založení exkluzivity jeho právním předchůdcem nemohl veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění.

136. 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 aplikovatelný na šetřený případ, jelikož, jak bylo uvedeno výše, předmět šetřené veřejné zakázky představují činnosti, které obecně s provozem informačních systémů bezprostředně souvisí a u kterých tedy musel právní předchůdce obviněného v době uzavírání původní smlouvy rozumně očekávat, že potřeba jejich provedení vznikne, přičemž obviněný jakožto právní nástupce se měl otázkou naplnění podmínek pro použití jednacím řízení pro uveřejnění znovu zabývat. V kontextu výše uvedeného Úřad uvádí, že prakticky každý informační systém technickou podporu a servis potřebuje minimálně jakožto základní údržbu či pro řešení technických obtíží. Již jen z tohoto faktu lze dovozovat potřebu návazných plnění, a tedy zavinění stavu exkluzivity vybraného uchazeče právním předchůdcem obviněného, když v původní smlouvě přistoupil na smluvní ujednání, která mu umožňovala systém pouze užívat, čímž musel být se zadáváním následných plnění přímo vybranému uchazeči srozuměn.
137. Na základě vše výše uvedených skutečností Úřad uzavírá, že materiální stránka podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv nebyla splněna, a obviněný se tedy na nutnost ochrany výhradních práv vybraného uchazeče při zdůvodnění svého postupu při zadání veřejné zakázky nemůže účinně odvolávat.

K dalším námitkám obviněného

138. K námitce obviněného, že v době uzavření původních smluv neexistovala v českém právním řádu právní úprava, kterou by Ministerstvo financí mohlo svým jednáním obcházet, neboť působnost zákona č. 199/1994 Sb. nespádala na zakázky, jejichž předmět požíval ochrany autorského zákona, Úřad uvádí, že si je vědom skutečnosti, že systém CEDR II byl pořízen již v roce 1997, tedy v době, kdy ještě nebyl v účinnosti stávající zákon o veřejných zakázkách. Úřad k tomu nicméně uvádí, že se nezabýval posouzením aplikovatelnosti výše uvedených závěrů týkajících se vytvoření exkluzivity a způsobu pořízení systému IS CEDR II ve vztahu k tehdy platnému zákonu č. 199/1994 Sb., a tedy nikterak nerozporuje korektnost původních zadávacích podmínek z pohledu zákona č. 199/1994 Sb. (a ani tak činit nemůže, neboť toto není předmětem nyní vedeného správního řízení, jehož předmět je obviněnému zřejmý z oznámení o zahájení řízení o přestupku ze dne 9. 8. 2017). Úřad opětovně akcentuje, že obviněnému není vytýkán případný chybný postup jeho právního předchůdce při uzavírání původní smlouvy, ale chybný postup při vyhodnocení toho, zda jsou splněny podmínky pro uzavření smlouvy o podpoře v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž jak Úřad dovodil výše, obviněný důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro použití JŘBU za účelem zadání šetřené veřejné zakázky neunesl. Pregnantně řečeno, předmětem vedeného správního řízení není přezkum souladu postupu právního předchůdce obviněného z roku 1995, resp. 1997 se zák. č. 199/1994 Sb. v tehdy platném znění, ale přezkum souladu postupu obviněného z roku

2016 při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, resp. při posuzování naplnění všech podmínek, kterými je postup v tomto nejméně formalizovaném zadávacím řízení podmíněn.

139. Ve vztahu k rozhodnutí předsedy Úřadu ÚOHS-R30/2015/VZ-38136/2016/321/OHo ze dne 19. 9. 2016, na které obviněný odkazuje v souvislosti s neuplatněním novější judikatury v odůvodněných případech, Úřad uvádí, že si je samozřejmě vědom závěrů vyplývajících z citovaného rozhodnutí, nicméně obratem dodává, že závěry citovaného rozhodnutí nelze argumentovat nepřiléhavým způsobem. Úřad v této souvislosti opakovaně konstatoval, že v nyní šetřeném případě není předmětem správního řízení postup právního předchůdce obviněného směřující k uzavření původní smlouvy na dodávku IS CEDR II v roce 1997, tedy v době, kdy judikatura ohledně zaviněného stavu exkluzivity zadavatelů za účelem obcházení pravidel pro zadávání veřejných zakázek dosud neexistovala, nýbrž posouzení naplnění zákonem stanovených podmínek pro postup obviněného v JŘBU za účelem uzavření smlouvy o podpoře v roce 2016, tedy v době, kdy judikaturu ve vztahu k zaviněnému stavu exkluzivity určitého dodavatele lze považovat za poměrně bohatou, přičemž této judikatury si s ohledem na obsah vyjádření je vědom nepochybně i sám obviněný.
140. Pokud obviněný argumentuje závěry znaleckého posudku, konkrétně že nepoužití JŘBU by obnášelo mnohem vyšší neúčelné a neekonomické výdaje, protože by fakticky obviněný musel pořídit tento software znovu, čímž by došlo ke znehodnocení již vynaložených investic, Úřad uvádí, že v případě neúčelných a neekonomických výdajů a ochrany stávajících investic se nejedná o důvody, jež pro použití jednacím řízení bez uveřejnění uvádí zákon v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a). Obviněný musí v řízení před Úřadem prokázat, že z hlediska jak technických důvodů, tak v souvislosti s ochranou výhradních práv opravdu neexistoval v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky a že byly ve vztahu k použití předmětného jednacím řízení bez uveřejnění splněny podmínky pro jeho použití. Argumentace obviněného vycházející z údajné finanční náročnosti spojené s případným výběrem jiného dodavatele, má přitom zjevně dokládat existenci ekonomických důvodů směřujících k použití jednacím řízení bez uveřejnění. Samotná existence těchto důvodů, resp. to, zda postup obviněného vycházel ze snahy dosáhnout ekonomicky hospodárnějšího postupu, sama o sobě ale souladnost postupu obviněného se zákonem nedokládá.
141. 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 – přiléhavě 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“. Postup, kdy obviněný zcela vyloučí hospodářskou soutěž a zadá plnění šetřené veřejné zakázky, o kterém v čase zadání smlouvy o dílo mohl legitimně předpokládat, že nastane, formou JŘBU přímo vybranému uchazeči, lze jen stěží považovat za postup

hospodárný, resp. za hospodárnější, než kdyby předmětné plnění bylo zajišťováno dlouhodobě dodavatelem vybraným např. na základě otevřeného řízení. Lze totiž mít za to, že dodavatel, který není vystaven konkurenčnímu tlaku, si může cenu za poskytnuté plnění určit takřka libovolně a může tak obviněnému způsobit mnohem vyšší náklady, než jaké by mu vznikly, pokud by plnění poptával v otevřenějším druhu řízení.

142. Úřad dále v této souvislosti odkazuje na rozsudek NSS č. j. 3 As 18/2015 – 32, ve kterém je uvedeno, že „[...] důkazní břemeno, pokud jde o prokázání naplnění podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, svědčí zadavateli (stěžovateli), proto nelze důvodně požadovat po správních orgánech či krajském soudu, aby se nad rámec podkladů předložených stěžovatelem zabývaly ‚porovnáním ekonomických výdajů stěžovatele na pořízení nového programového vybavení‘. Nejvyšší správní soud se pak ztotožňuje se závěry krajského soudu i v tom smyslu, že zásada hospodárnosti nemůže mít automaticky aplikační přednost před splněním striktních zákonných podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, a to zvláště tehdy, pokud stěžovatel nemá k dispozici důkladný ekonomický rozbor svědčící takové výhodnosti“. Ve světle judikatorních závěrů lze uvést, že ekonomická stránka předmětné zakázky tedy sama o sobě nemůže být důvodem pro využití jednacího řízení bez uveřejnění a jakkoli odborně provedená analýza či odborný posudek nemůže plnohodnotně nahradit chování soutěžitelů na volném trhu.
143. Úřad nepřehlédl, že obviněný má k dispozici znalecký posudek č. 58/2016, který dle názoru obviněného mimo jiné potvrzuje, že výběr jiného dodavatele by byl spojen s enormními finančními náklady, což by bylo neúčelné a nevhodné apod. K dalšímu znaleckému posudku č. 60/2016 zpracovanému rovněž Ing. Martinem Mlýnkem, znalcem v oboru Ekonomika a Kybernetika, Úřad uvádí, že ten sice obviněný nechal zpracovat za účelem stanovení předběžné ceny nového produktu nahrazujícího IS CEDR a vysoutěženého v otevřeném řízení, přičemž dle znalce by se tato předběžná cena měla pohybovat v rozmezí 41 mil. Kč až 102 mil. Kč, nicméně ani tento znalecký posudek nelze považovat za relevantní podklad pro konstatování, že postup obviněného v JŘBU je oprávněn.
144. V neposlední řadě v souvislosti s opakovanou snahou zadavatele poukazovat ne „enormní finanční nákladovost“ jiného řešení, Úřad uvádí následující. Je otázkou, zda lze potvrdit, že postup zadavatele, který používá JŘBU – zjevně bez jakékoliv snahy o připuštění jiné alternativy – je z dlouhodobého hlediska skutečně hospodárný, resp. hospodárnější, než kdyby předmětné plnění bylo zajišťováno dlouhodobě dodavatelem vybraným např. na základě otevřeného řízení. Ani znalec určený obviněným nevzal v potaz aspekt pravidelně se opakujících výdajů na technickou a provozní podporu, o kterých nemůže být v šetřeném případě pochyb, neboť obviněný systém IS CEDR II pořídil již v roce 1997 a nyní šetřená veřejná zakázka se vztahovala k plnění za rok 2016, přičemž výše bylo dovozeno, že obviněný, stejně tak jako jeho právní předchůdce, musel z dlouhodobého hlediska udržovat systém v technicky odpovídajícím stavu a dále jej rozvíjet s ohledem na požadavky uživatelů systému či povinnosti vyplývající z relevantních právních předpisů. Úřad dodává, že získání veřejné zakázky na dodávku informačního systému nemůže být pro vybraného uchazeče spojeno s „věčným bonusem“ v podobě časově neomezeného výhradního práva na jeho další vývoj, aktualizace či poskytování technické podpory. I v případě, že by výsledkem ekonomické analýzy v jednom konkrétním případě bylo, že je hospodárnější, efektivnější a účelnější zadat zakázku na další provoz a běžnou údržbu systému jeho původnímu

dodavateli, než pořídit celý systém znovu a „znehodnotit finanční prostředky“ do stávajícího systému již investované, tento závěr nemůže bez dalšího obstát, pokud zadávání bez veřejné soutěže se bude opakovat po prakticky neomezenou dobu, přičemž v této souvislosti nelze přehlédnout, že systém CEDR II byl vytvořen již před 20 lety. Pokud se zadavatel spoléhá právě na takový postup z dlouhodobého hlediska, nelze než uvést, že tyto představy zadavatele odporují smyslu a účelu zákona, který předpokládá vynakládání finančních prostředků právě při zajištění hospodářské soutěže.

145. Obviněný dále poukazuje na to, že i kdyby Ministerstvo financí mohlo z počátku předpokládat potřebu dalšího rozvoje projektu, nebylo možné předpokládat, že *„jej právní úprava a její následný výklad v poptání takového rozvoje omezí stanovením určitých limitujících podmínek“* (viz bod 19. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad není jasné, co konkrétně myslí obviněný poukázáním na „omezující výklad,“ resp. „limitující podmínky“. Pokud se tím obviněný snaží naznačit určité legitimní očekávání, které mohl mít, a tedy, že bude v rámci provozu systému moci postupovat v JŘBU, přičemž až nyní je postaveno na jisto, že tento postup nelze využít, Úřad dodává, že i tato argumentace obviněného je zcela v rozporu s principy zákona. Zadavatel se nemůže – a to v žádné situaci – spoléhat na to a předpokládat budoucí využití postupu v JŘBU. Navíc je třeba opakovaně zdůraznit, že předmětem přezkumu je jednání obviněného v roce 2016, kdy mu ony „limitující podmínky“ dané právní úpravou chránící hospodářskou soutěž o veřejné zakázky musely být bezpochyby známy.
146. Úřad s ohledem na výše uvedené uzavírá, že jednací řízení bez uveřejnění nemůže zadavatelům sloužit jako univerzální možnost pro zadávání veřejných zakázek, jež jsou spojeny s určitým stavem exkluzivity dodavatelů, který je výsledkem vědomého jednání zadavatelů, potažmo nemůže sloužit k udržování či prohlubování nevhodných smluvních vztahů s dodavateli, a tedy k vynakládání finančních prostředků v zadávacím řízení, v němž je zcela vyloučena hospodářská soutěž. Jelikož v daném případě nebyly naplněny zákonné důvody pro postup v JŘBU, pak měl obviněný postupovat jinak, přičemž ani toliko tvrzená hospodárnost postupu nemůže nezákonnost postupu zhojit, když aprobace takového postupu by vedla k tomu, že se předmětem soutěže na roky či desítky let nestanou veřejné zakázky, které by jinak (bez původních smluvních podmínek obviněného, které vytvořily exkluzivitu rozhodného dodavatele) bylo lze v široké hospodářské soutěži soutěžit.
147. K důvodům použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, které uvedl obviněný (technické důvody a ochrana výhradních práv) tak Úřad shrnuje, že v daném případě nelze dojít k závěru, že stav technické exkluzivity a stav autorskoprávní exkluzivity svědčící vybranému uchazeči právní předchůdce obviněného nezpůsobil sám vlastním jednáním, neboť jak již bylo výše vyloženo, již při uzavírání původní smlouvy musel v souvislosti s jejím předmětem rozumně očekávat, že potřeba návazných plnění v budoucnu může vzniknout, přičemž obviněný jakožto právní nástupce Ministerstva financí se měl otázkou naplnění podmínek pro použití jednacího řízení pro uveřejnění znovu zabývat.
148. Úřad na tomto místě pro úplnost dodává, že jelikož obviněný v šetřeném zadávacím řízení postupoval podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení, a v mezidobí od zahájení zadávacího řízení do vydání tohoto rozhodnutí, konkrétně dne 1. 10. 2016, nabytí účinnosti ZZVZ, bylo nutno v rámci správního řízení posoudit, zda

právní úprava zakotvená v ZZVZ není pro obviněného příznivější, a zda ji tudíž není nutno s ohledem na čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod na šetřený případ aplikovat.

149. Pokud jde o podmínky pro možnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tyto ZZVZ upravuje v § 63, který stanoví, že jednacím řízení bez uveřejnění může být zadavatelem použito mj. v případě, kdy veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví. Tato úprava tedy příznivější oproti právní úpravě účinné v době zadání šetřené veřejné zakázky není. Úřad současně dodává, že jelikož v daném případě byla na základě jednacím řízení bez uveřejnění uzavřena (samostatná) smlouva, která nemění původní smlouvu, nelze na šetřený případ jako případnou pozdější příznivější právní úpravu aplikovat ani ustanovení § 222 ZZVZ týkající se změny závazků ze smlouvy.
150. Úřad na základě výše uvedených skutečností shrnuje, že obviněný zadal šetřenou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoliv k tomu nebyly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť důvody spočívající v existenci technických důvodů a v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče byl zaviněně vytvořen postupem právního předchůdce obviněného při uzavření původní smlouvy za účelem realizace projektu CEDR II, a proto obviněný nemohl veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na technické důvody a důvod ochrany výhradních práv vybraného uchazeče zadat.
151. Uvedený nezákonný postup obviněného přitom mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť použitím jednacím řízení bez uveřejnění obviněný nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacím řízení zúčastnit, resp. zcela vyřadil možnost účasti jakéhokoliv jiného uchazeče než vybraného uchazeče. Nelze vyloučit, že pokud by obviněný postupoval v souladu se zákonem a zvláštní druh zadávacím řízení (jednacím řízení bez uveřejnění), který v daném případě zcela vyloučil hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku, nepoužil, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří mohli nabídnout výhodnější plnění než vybraný uchazeč.
152. K potencialitě vlivu nezákonného postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012, kde soud uvedl, že „[p]ro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy 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 prokázat“. Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že „v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „...nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.“ Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že „pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZZVZ, přitom k porušení ZZVZ 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.“

153. 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.“*
154. Se shora uvedeným závěrem Krajského soudu v Brně vyslovil souhlas i NSS ve svém rozsudku č. j. 4 As 61/2016-38 ze dne 28. 6. 2016, když konstatoval, že v případě, kdy správní orgán (Úřad) shledá, že *„se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu (...) Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem (...), že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“*
155. Na základě výše uvedeného 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 veřejnou zakázku z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť důvody spočívající v existenci technických důvodů a v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče zaviněně vytvořil právní předchůdce obviněného, který si potřeby budoucích návazných plnění souvisejících s předmětem původní smlouvy musel být vědom, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 14. 7. 2016 s vybraným uchazečem smlouvu. Z toho důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. – k uložení pokuty

156. 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.
157. Jelikož obviněný při zadávání šetřené veřejné zakázky porušil ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky

stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 14. 7. 2016 s uvedeným vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky, spáchal přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

158. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za přestupek zaniká, jestliže Úřad o něm ne zahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán. Totožně upravoval dobu, ve které dochází k zániku odpovědnosti za přestupek, od 1. 10. 2016 do 30. 6. 2016 i § 270 odst. 3 ZZVZ. Podle § 270 ZZVZ ve znění účinném od 1. 7. 2017 činí (objektivní) promlčecí doba taktéž 5 let.
159. 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.
160. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. Úřad uvádí, že ke spáchání přestupku obviněným došlo uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku, tedy dne 14. 7. 2016. Od spáchání přestupku tedy neuplynuly více než 3 roky, přičemž Úřad se o jeho spáchání logicky nemohl dovědět dříve, než byl spáchán. Z právě uvedeného plyne, že v šetřeném případě byla zachována i subjektivní lhůta 3 let nutná pro zahájení správního řízení. Obdobně neuplynula ani promlčecí doba dle § 270 ZZVZ, která činí 5 let. Úřad konstatuje, že byly zachovány obě lhůty (jak subjektivní, tak objektivní) pro zahájení správního řízení dle zákona, jakož i dle ZZVZ, resp. neuplynula ani promlčecí lhůta dle § 270 ZZVZ ve znění účinném od 1. 7. 2017.
161. 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.
162. Dle čl. III. „Cena služeb a způsob úhrady“ smlouvy o podpoře byla smluvní cena za poskytování služeb dohodnuta pro období podpisu do 31. 12. 2016 ve výši 3 630 000 Kč s DPH.
163. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona. Z výše uvedeného vyplývá, že za spáchání přestupku dle výroku č. I. tohoto rozhodnutí činí horní hranice pokuty částku 363 000 Kč.

164. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti přestupku, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Podle § 112 odst. 3 zákona o přestupcích na určení druhu a výměry sankce za dosavadní přestupky a jiné správní delikty se ode dne nabytí účinnosti zákona o přestupcích použijí ustanovení o určení druhu a výměry správního trestu, je-li pro pachatele výhodnější. Úřad proto rovněž přihlédne k § 37 a násl. zákona o přestupcích, neboť obsahuje širší výslovný katalog skutečností než úprava obsažená v zákoně (která je svojí povahou speciální), které je nutno při určení druhu a výměru správního trestu zvažovat.
165. Podle § 37 zákona o přestupcích při určení druhu a výměry správního trestu se přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku, dále k tomu, že o některém z více přestupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky nebylo rozhodnuto ve společném řízení a dále k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem. Podle § 38 zákona o přestupcích povaha a závažnost přestupku je dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku, způsobem spáchání přestupku, okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti z cit. ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
166. 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.
167. S ohledem na povahu spáchaného přestupku (viz odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí) Úřad v souladu s hlavou VII části druhé zákona o přestupcích 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 14. 7. 2016 uzavřel v rámci jednacího řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku, aniž by pro daný druh zadávacího řízení byly splněny zákonné podmínky, přičemž tento postup obviněného mohl podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky.
168. Hlavním kritériem, které je dle citovaných ustanovení zákona a zákona o přestupcích rozhodné pro určení druhu a výměry správního trestu, je povaha a závažnost přestupku. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního přestupkového jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Oba uvedené právní předpisy pak demonstrativním výčtem vymezují, co lze pod pojem závažnost přestupku podřadit (význam zákonem chráněného zájmu, význam a rozsah jeho následků, způsob jeho spáchání, okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti přestupku, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního

případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující, kdy je třeba konstatovat, že katalog polehčujících a přitěžujících okolností uvedený v § 39 a § 40 zákona o přestupcích je toliko demonstrativní.

169. Úřad dále uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán také konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
170. Z hlediska závažnosti přestupku se Úřad zabýval intenzitou narušení objektu zákonné ochrany. V šetřeném případě je tímto objektem ochrany právem chráněný zájem spočívající v zachování efektivní hospodářské soutěže o veřejné zakázky. Právě tento právem chráněný zájem lze považovat za esenciální předpoklad hospodárného vynakládání veřejných prostředků v rámci zadávání veřejných zakázek, jelikož jak vyplývá z konstantní judikatury správních soudů či rozhodovací praxe Úřadu, prostřednictvím férové hospodářské soutěže je dosahován cíl a smysl úpravy práva veřejných zakázek, tedy efektivní vynakládání veřejných prostředků. Jinými slovy, jestliže je cílem zákona zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky a jestliže zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (k tomu blíže srov. rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008 sp. zn. 1 Afs 20/2008), je třeba jednání zadavatele, které zcela vyloučí hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku, označit za jedno z typově vůbec nejzávažnějších, blížících se situaci úplné ignorace zákona. V šetřeném případě byl konkrétním jednáním obviněného, spočívajícím v postupu v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv pro tento druh zadávacího řízení nebyly splněny podmínky, tento právem chráněný zájem ze strany obviněného nejen narušen, ale zcela popřen.
171. Z hlediska následků přestupku Úřadu nezbyvá než konstatovat, že postupem obviněného bylo tedy nedůvodné vyloučení hospodářské soutěže, resp. stav, kdy plnění hrazené z veřejných prostředků bylo zadáno, aniž by proběhla jakákoliv soutěž o tuto veřejnou zakázku. Obviněný tedy neumožnil účast jiných v úvahu přecházejících dodavatelů, resp. podávání nabídek, které v konkurenčním prostředí mohly vyvolat tlak na sjednanou cenu veřejné zakázky.
172. Byť jednání obviněného lze označit svým charakterem jako typově nejzávažnější, Úřad nemůže v rámci stanovení trestu (sankce) rezignovat na zohlednění těch aspektů šetřeného případu, které by bylo možné hodnotit jako polehčující okolnosti, přičemž lze potvrdit, že zohlednění polehčujících okolností pak nepochybně vede k dosažení spravedlivého účelu trestu.
173. Úřad dále jako polehčující okolnost hodnotí tu skutečnost, že „exkluzivitu“ vybraného uchazeče zaviněně založil právní předchůdce obviněného, a nikoliv sám obviněný, který vstoupil do práv a povinností Ministerstva financí. Tato skutečnost však obviněného nezbavila povinnosti zkoumat důsledně naplnění podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění a zkoumat nejen formální, ale i materiální stránku těchto podmínek a případně na

dříve nastolenou situaci reagovat třeba i tím způsobem, že by veřejnou zakázku zadal formou otevřeného řízení, v němž by byl vytvořen předmětný informační systém např. „na zelené louce“ (viz body 134. a 135. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

174. Po pečlivém posouzení šetřeného případu ve všech vzájemných souvislostech, neshledal Úřad žádné další polehčující či přitěžující okolnosti, které by měly vliv na uloženou výši pokuty.
175. Úřad ke konkrétnímu významu „závažnosti přestupku“ v šetřeném případě shrnuje, že posoudil způsob spáchání přestupku, jeho následky a intenzitu těchto následků, a dále okolnosti, za nichž byl přestupek spáchán, přičemž stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) vzhledem k vysoké intenzitě následků přestupku a s přihlédnutím k okolnostem jeho spáchání označuje Úřad přestupek jako závažný.
176. Úřad ve vztahu ke způsobu stanovení výše uložené pokuty na tomto místě rovněž odkazuje na rozsudek NSS 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.“*
177. S ohledem na výše uvedené Úřad zhodnotil, zda je v daném případě na místě zohlednit i jiné sbíhající přestupky, za které již obviněnému byla uložena pokuta podle zákona. Jak již bylo uvedeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, ke spáchání právě projednávaného přestupku došlo dne 14. 7. 2016. Úřad ověřil, že v právě projednávaném případě je přestupek obviněného v souběhu s přestupkem, o kterém bylo rozhodnuto ve výroku I. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0320/2017/VZ-27861/2017/521/JRo ze dne 25. 9. 2017, který byl spáchán dne 24. 6. 2016 a za který byla Úřadem uložena pokuta ve výši 750 000,- Kč
178. 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.
179. Měl-li by Úřad uložit obviněnému pokutu za uvedený přestupek a nemá-li zároveň v tomto správním řízení zákonné zmocnění zrušit předcházející „výrok o trestu“ (tj. výrok II. výše uvedeného rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0320/2017/VZ-27861/2017/521/JRo ze dne 25. 9. 2017), lze absorpční zásadu ve formě uplatnění pravidel pro ukládání souhrnného trestu aplikovat pouze tím způsobem, že Úřad v rámci uložení pokuty za projednávaný přestupek zohlední předchozí uloženou pokutu za delikty, jež jsou s projednávaným přestupkem v souběhu,

tj. pokutu uloženou rozhodnutím uvedeným v bodě 177. odůvodnění tohoto rozhodnutí za spáchání uvedených přestupků.

180. S ohledem na výše uvedené Úřad rekapituluje, že obviněnému uložil za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí pokutu ve výši 100 000,- Kč, a to při respektování absorpční zásady ve formě analogického použití institutu souhrnného trestu.
181. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť v určitém případě se pokuta – ať už uložená v jakékoli výši – může jevit jako krajně „nespravedlivá“, a to konkrétně v situaci, kdy by zcela „zmařila“ ekonomickou podstatu pachatele přestupku. Nepřípustné jsou totiž takové pokuty, jež mají likvidační charakter. V případě organizační složky státu lze uvažovat o tom, že účinek obdobný onomu „zmaření“ ekonomické podstaty daného subjektu by tu měla pokuta, která by např. byla způsobilá paralyzovat činnost takové organizační složky. Úřad dospěl k závěru, že pokuta uložená ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí není způsobilá negativně ovlivnit (ve smyslu paralýzy jeho činnosti) působení zadavatele, který je organizační složkou České republiky, neboť obviněný disponuje prostředky v řádu miliard korun. Z rozpočtu obviněného na rok 2017 zveřejněného na internetových stránkách <http://www.financnisprava.cz/assets/cs/prilohy/fs-financni-sprava-cr/Rozpocet-prijmu-a-vydaju-2017.xls> totiž vyplývá, že obviněný podle schváleného rozpočtu předpokládá v roce 2017 příjmy ve výši cca 290 mil. Kč.
182. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Má-li pokuta tyto funkce splnit, je zřejmé, že 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 Brně 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.
183. V tomto smyslu Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele přestupku, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře obviněného, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce.
184. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační.

185. Úřad posoudil postup obviněného ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému přestupku obviněného přistoupil k uložení pokuty obviněnému ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
186. Uložená pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

Česká republika – Generální finanční ředitelství, Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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