



UOHSX00ALCHQ

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0329/2017/VZ-30310/2017/531/MHo

Brno: 18. října 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v řízení o přestupku zahájeném dne 23.8.2017 z moci úřední, jehož účastníkem je:

- obviněný – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 - Malá Strana,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, obviněným při zadávání veřejné zakázky „Vývoj IS CEDR MF, modul EHP a Norské fondy“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 26.2.2015, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14.7.2015 pod ev. č. 401528,

### rozhodl takto:

#### I.

Obviněný – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 - Malá Strana – **se dopustil přestupku** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Vývoj IS CEDR MF, modul EHP a Norské fondy“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 26.2.2015, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14.7.2015 pod ev. č. 401528, porušil ustanovení § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, neboť neprokázal, že by předmětnou

veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč – ASD Software, s.r.o., IČO 62363930, se sídlem Žerotínova 2981/55a, 787 01 Šumperk, a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv jmenovaného vybraného uchazeče vytvořil jmenovaný obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění výše specifikované veřejné zakázky, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 30.6.2015 s jmenovaným vybraným uchazečem „Smlouvu o úpravě software č. SDI-2015-110-000005“ na veřejnou zakázku.

## II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 - Malá Strana – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

**pokuta ve výši 101 000,- Kč (sto jedna tisíc korun českých).**

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

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Výzvou k jednání ze dne 26.2.2015 vyzval obviněný – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 - Malá Strana (dále jen „obviněný“ nebo též „zadavatel“) – vybraného uchazeče – ASD Software, s.r.o., IČO 62363930, se sídlem Žerotínova 2981/55a, 787 01 Šumperk (dále jen „vybraný uchazeč“) – k jednání s úmyslem zadat veřejnou zakázku „Vývoj IS CEDR MF, modul EHP a Norské fondy“ v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), a to v souladu s § 21 odst. 1 písm. d) zákona (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Dne 30.6.2015 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem „Smlouvu o úpravě software č. SDI-2015-110-000005“ na plnění veřejné zakázky (dále jen „smlouva“).
3. Oznámení o zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění uveřejnil obviněný ve Věstníku veřejných zakázek dne 14.7.2015 pod ev. č. 401528.

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

4. Na základě materiálů zaslaných obviněným a vlastního šetření získal Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, pochybnosti o zákonnosti postupu obviněného při zadávání šetřené veřejné zakázky, a to zda se obviněný nedopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že porušil ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž takový postup mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky a obviněný již uzavřel smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku.

5. Z uvedeného důvodu zahájil Úřad z moci úřední řízení o přestupku ve věci podezření ze spáchání přestupku obviněným podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

### III. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

6. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 116 zákona obviněný.
7. Zahájení řízení o přestupku oznámil Úřad účastníku řízení oznámením č. j. ÚOHS-S0329/2017/VZ-24488/2017/531/MHo ze dne 23.8.2017, v němž seznámil obviněného se skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí, a uvedl popis skutku, o kterém má být v řízení rozhodováno, a jeho předběžnou právní kvalifikaci.
8. Dne 23.8.2017, kdy bylo oznámení o zahájení řízení o přestupku obviněnému doručeno, bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), zahájeno řízení z moci úřední ve věci podezření ze spáchání přestupku obviněným.
9. Usnesením č. j. ÚOHS-S0329/2017/VZ-24490/2017/531/MHo ze dne 23.8.2017 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž mohl navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
10. Usnesením č. j. ÚOHS-S0329/2017/VZ-24852/2017/531/MHo ze dne 28.8.2017 určil Úřad obviněnému lhůtu k předložení smluv, popř. dodatků k níže specifikované smlouvě, které obviněný uzavřel s vybraným uchazečem v mezidobí od uzavření „Smlouvy o dílo číslo ASD/MF/I/95“, interní č. smlouvy 24/094/1995, ze dne 22.12.1995 (dále jen „původní smlouva“) a které na předmětnou smlouvu navazují, do doby uzavření smlouvy na šetřenou veřejnou zakázku.
11. Usnesením č. j. ÚOHS-S0329/2017/VZ-27061/2017/531/MHo ze dne 19.9.2017 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

#### **Vyjádření obviněného ze dne 30.8.2017**

12. Obviněný se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0329/2017/VZ-24490/2017/531/MHo ze dne 23.8.2017 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 30.8.2017, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž uvedl následující.
13. Obviněný v úvodu svého stanoviska vyjadřuje pochybnosti o zákonnosti postupu Úřadu v rámci předmětného řízení o přestupku. Obviněný předesílá, že z obsahu výzvy Úřadu č. j. ÚOHS-P0141/2017/VZ-07604/2017/551/OPa ze dne 1.3.2017 vyplývá, že Úřad obdržel podnět s žádostí o prověření postupu zadavatele, tj. obviněného, tedy, že Úřad získal pochybnosti o zákonnosti postupu obviněného při zadávání veřejné zakázky na základě podnětu. K tomu obviněný dodává, že podle § 259 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), je Úřad povinen za podání podnětu k zahájení správního řízení z moci úřední od toho, kdo podnět podal, vybrat poplatek ve výši 10 000 Kč za každou veřejnou zakázku, ve vztahu k jejímuž zadávání je v podnětu uvedeno pochybení, přičemž podle § 259 odst. 4 ZZVZ platí, že *„Nebyl-li s podáním podnětu poplatek ve lhůtě dle odstavce 3 zaplacen, podnět se nevyřizuje.“* Obviněný v této souvislosti dále odkazuje na webové stránky Úřadu, kde je obsaženo informační sdělení Úřadu ohledně poplatku za podání podnětu k přezkoumání úkonů zadavatele, a dále na rozhovor s předsedou Úřadu, uveřejněném na zpravodajském

webu Českého rozhlasu, v němž předseda Úřadu uvádí, že se Úřad nezaplacenými podněty nezabývá. Obviněný poznamenává, že lze mít důvodně za to, že v předmětném řízení poplatek spolu s podnětem zaplacen nebyl, nicméně se Úřad přesto podnětem zabýval a na jeho základě následně zahájil řízení o přestupku.

14. Obviněný v dalším navrhuje ustanovit znalce, jenž by měl posoudit otázku, zda byly z věcného pohledu podmínky k použití jednacního řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona u předmětné veřejné zakázky splněny či nikoliv. Obviněný má za to, že se jedná o důkaz, který je potřebný ke zjištění stavu věci ve smyslu § 52 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). Obviněný v tomto ohledu odkazuje na správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. S0453,S0658/2016/VZ, v němž Úřad ustanovil v obdobné věci znalce právě s konstatováním, že rozhodnutí v dané věci závisí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, jimiž úřední osoby nedisponují. Pokud Úřad dospěje k názoru, že ustanovení znalce není v tomto případě zapotřebí, bude obviněný takový postup vnímat jako možné porušení zásady uvedené v § 2 odst. 4 zákona správního řádu.
15. Obviněný sděluje, že Informační systém CEDR (dále také „CEDR“ nebo „systém CEDR“) byl pořízen v roce 1995 na zavedení evidenčního a kontrolního informačního systému podporujícího poskytování státní finanční podpory (dotací) hypotečního úvěrování bytové výstavby dle nařízení vlády č. 244/1995 Sb., kterým se stanoví podmínky státní finanční podpory hypotečního úvěrování bytové výstavby, kdy obviněný stanovoval náležitosti vyúčtování poskytnutých dotací na zakázku, tj. vybraný uchazeč musel nejprve zpracovat analýzu a poté jmenovaný systém naprogramovat. Následně tato povinnost přešla na Ministerstvo pro místní rozvoj. Vzhledem k tomu, že CEDR využívala daňová správa ke kontrolním účelům, byl původní CEDR dále rozvíjen pro potřeby obviněného. V roce 1998 byl CEDR dle v té době platné legislativy rozšířen pro potřeby evidence a kontroly všech dotací poskytnutých ze státního rozpočtu, přičemž byl taktéž realizován program/aplikace CEDR MF a CEDR resorty. V roce 2012 vznikl požadavek na informační systém pro agendu Finančních mechanismů 2 (FM2), přičemž pro jeho realizaci byly zvažovány dvě alternativy, a sice úprava stávajícího systému CEDR MF pro agendu FM2 za cenu 1 864 000 Kč, nebo pořízení nového informačního systému pro agendu FM2 za cenu 5 417 000 Kč. Nevýhodu nového informačního systému by byla zejména potřeba zajistit nové technické prostředky, licence pro OS a DB, zajištění podpory těchto prostředků pro požadované období (2013-2017), nutnost opakovaného pořízení obdobných funkcionalit, riziko potřeby zaškolení nového dodavatele a hrozba včasného nezajištění požadovaných termínů s dopadem na zahraniční partnery. Vzhledem k časově omezenému fungování systému CEDR, shora specifikovaným důvodům, a zejména pak z důvodu hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti, bylo v roce 2012 rozhodnuto o realizaci úpravy systému CEDR prostřednictvím jednacního řízení bez uveřejnění a vytvoření modulu pro „zastřešení“ agendy FM EHP/Norska 2009-2014. Pro další období FM3 zvažuje obviněný vypsání otevřeného zadávacího řízení na zcela nový informační systém.
16. Obviněný předesílá, že oslovil vybraného uchazeče za účelem zjištění, za jakých podmínek by byl ochoten smluvně upravit požadavek obviněného, a to ve formě doplnění smlouvy o možnost úpravy informačního systému CEDR třetí osobou. Na neformálním jednání bylo obviněnému sděleno, že je tato úprava sice možná, avšak za úplatu několika desítek miliónů

korun, tzn. cena za předání zdrojových kódů, včetně strukturovaného popisu. S ohledem na to, že má být příslušný modul systému CEDR pro EHP a Norské fondy funkční pouze do konce roku 2017, obviněný v dalších jednáních již nepokračoval.

17. Obviněný s ohledem na výše uvedené konstatuje, že dle jeho názoru byly důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění pro zadání posuzované veřejné zakázky dány. Tyto důvody spočívají v technických okolnostech, při kterých by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší finanční náklady na straně obviněného, jakož i značné riziko nefunkčnosti již zavedeného systému.
18. Obviněný dále odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 43/2012-54 ze dne 11.1.2013, dle něhož technické důvody „*mohou spočívat např. v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility, v požadavku odůvodněném také technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění.*“. Z citovaného rozsudku plyne, že jednání obviněného je nutné posuzovat i z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti při nakládání s veřejnými prostředky.
19. Obviněný doplňuje, že v průběhu funkčnosti informačního systému CEDR byla také jako zcela nepředvídatelná skutečnost shledána potřeba úprav tohoto systému, kterou způsobila změna Regulation on the implementation of the European Economic Area Financial Mechanism 2009-2014 (dále jen „Regulation“). Zadání plnění jinému dodavateli by vedlo ke značným časovým prodlevám v implementaci Finančních mechanismů EHP a Norska a nemožnosti dostat novým požadavkům v okamžiku vstoupení nových pravidel v jejich platnost a účinnost. Současně bylo reflektováno na licenční ujednání stávajících smluv k informačnímu systému IS CEDR-MF, v souladu se kterými je jmenovaný informační systém používán. Změny Regulation ze dne 1.7.2014 vedly k nutnosti okamžitých úprav funkcionalit a stávajících řešení IS CEDR-MF, modulu EHP a Norské fondy, tak, aby tyto odpovídaly novým pravidlům a postupům pro implementaci podle Regulation. Vzhledem k nutnosti okamžitého zajištění výkonu nových požadavků na již existující platformě byla nezbytná dočasná flexibilní úprava stávajících funkcionalit a uzpůsobení konkrétních modulů na míru novým požadavkům a potřebám uživatelů za využití dočasného řešení pohotovým ručním zásahem do systému CEDR, tak, aby byly změny Regulation od jejich účinnosti aplikovatelné v praxi.

#### **Podání obviněného ze dne 4.9.2017**

20. V návaznosti na usnesení č. j. ÚOHS-S0329/2017/VZ-24852/2017/531/MHo ze dne 28.8.2017 obdržel Úřad dne 4.9.2017 podání obviněného z téhož dne. Přílohou předmětného podání učinil obviněný konkrétní smlouvy (k tomu v podrobnostech viz níže). Obviněný v tomto podání v dalším opětovně vyjadřuje své pochybnosti o zákonnosti postupu Úřadu (viz bod 13. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Obviněný konstatuje, že Úřad je ústředním orgánem státní správy v oblasti dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, přičemž je vázán ústavním pořádkem České republiky. Obviněný žádá, aby Úřad přestal postupovat nezákonně, tj. jednat tak, že flagrantním způsobem popírá princip legality, který představuje jeden ze základních pilířů, na nichž je založena existence právního státu.

#### **Vyjádření obviněného ze dne 25.9.2017**

21. Obviněný se k podkladům rozhodnutí vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 25.9.2017, které Úřad obdržel dne 26.9.2017. Obviněný v daném stanovisku znovu vyjadřuje své pochybnosti o zákonnosti postupu Úřadu, jež uvedl již ve svých předchozích vyjádřeních (viz bod 13. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Současně obviněný opětovně navrhuje ustanovit znalce, který by měl posoudit otázku, zda byly z věcného pohledu podmínky k použití jednacního řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona u šetřené veřejné zakázky splněny či nikoliv (viz bod 14. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
22. Nad rámec shora popsaného Úřad pro úplnost dodává, že obviněný se k jeho postupu při zadávání předmětné veřejné zakázky vyjádřil i v rámci šetření jeho postupu Úřadem, které předcházelo zahájení řízení o přestupku, a to v jeho podání ze dne 13.3.2017. V předmětném podání obviněný ve své podstatě přednesl totožné argumenty, jako tomu bylo následně v jeho vyjádření ze dne 30.8.2017 (viz výše). Nad rámec těchto argumentů lze z daného podání dovodit, že obviněný nedisponuje zdrojovými kódy k systému CEDR, jakož ani příslušnými autorskými právy k tomuto systému. Obviněnému náleží pouze oprávnění systém CEDR užívat pro svoji vlastní potřebu a provozovat jej výhradně v rámci zakoupené licence. Obviněný nemůže sám, popř. prostřednictvím třetích osob, bez souhlasu vybraného uchazeče do systému CEDR zasahovat. Pokud by měl obviněný zdrojové kódy k systému CEDR získat, vedlo by to vynaložení značných finančních nákladů.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

23. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření předložených obviněným, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se obviněný při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, za což mu byla uložena sankce uvedená ve výroku II. tohoto rozhodnutí; veškeré podklady, z nichž při posouzení případu Úřad vycházel, jsou přitom obsaženy ve správním spise vedeném pod sp. zn. S0329/2017/VZ.

#### **Relevantní ustanovení zákona**

24. Podle § 2 odst. 1 zákona se za zadavatele veřejné zakázky pro účely tohoto zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
25. Podle § 2 odst. 2 zákona je veřejným zadavatelem
  - a) Česká republika,
  - b) státní příspěvková organizace,
  - c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
  - d) jiná právnická osoba, pokud
    1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a

2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

26. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
27. Podle § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.
28. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
29. 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 nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
30. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).

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

31. Podle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku České republiky“), jsou organizačními složkami státu ministerstva a jiné správní úřady státu, Ústavní soud, soudy, státní zastupitelství, Nejvyšší kontrolní úřad, Kancelář prezidenta republiky, Úřad vlády České republiky, Kancelář Veřejného ochránce práv, Akademie věd České republiky, Grantová agentura České republiky a jiná zařízení, o kterých to stanoví zvláštní právní předpis anebo tento zákon (§ 51); obdobné postavení jako organizační složka státu má Kancelář Poslanecké sněmovny a Kancelář Senátu.
32. Podle § 7 odst. 1 zákona o majetku České republiky činí právní úkony jménem státu vedoucí organizační složky, již se tyto právní úkony týkají, pokud zvláštní právní předpis nebo tento zákon (§ 28 odst. 2) nestanoví jinak. Vedoucí Kanceláře Poslanecké sněmovny a vedoucí Kanceláře Senátu mohou činit právní úkony jménem státu se souhlasem příslušného orgánu Poslanecké sněmovny nebo příslušného orgánu Senátu.
33. Podle § 2 odst. 2 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon) (dále jen „autorský zákon“), se za dílo považuje též počítačový program, je-li původní v tom smyslu, že je autorovým vlastním duševním výtvozem. Databáze, která je způsobem výběru nebo uspořádáním obsahu autorovým vlastním duševním výtvozem a jejíž součástí jsou systematicky nebo metodicky uspořádány a jednotlivě zpřístupněny elektronicky či jiným způsobem, je dílem souborným. Jiná kritéria pro stanovení způsobilosti počítačového programu a databáze k ochraně se neuplatňují. Fotografie a dílo vyjádřené postupem

podobným fotografií, které jsou původní ve smyslu věty první, jsou chráněny jako dílo fotografické.

34. Podle § 12 odst. 1 autorského zákona má autor právo své dílo užít v původní nebo jiným zpracované či jinak změněné podobě, samostatně nebo v souboru anebo ve spojení s jiným dílem či prvky a udělit jiné osobě smlouvou oprávnění k výkonu tohoto práva; jiná osoba může dílo užít bez udělení takového oprávnění pouze v případech stanovených tímto zákonem.
35. Podle § 12 odst. 4 autorského zákona je právem dílo užít
  - a) právo na rozmnožování díla (§ 13 autorského zákona),
  - b) právo na rozšiřování originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 14 autorského zákona),
  - c) právo na pronájem originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 15 autorského zákona),
  - d) právo na půjčování originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 16 autorského zákona),
  - e) právo na vystavování originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 17 autorského zákona),
  - f) právo na sdělování díla veřejnosti (§ 18 autorského zákona), zejména
    1. právo na provozování díla živě nebo ze záznamu a právo na přenos provozování díla (§ 19 a 20 autorského zákona),
    2. právo na vysílání díla rozhlasem či televizí (§ 21 autorského zákona),
    3. právo na přenos rozhlasového či televizního vysílání díla (§ 22 autorského zákona),
    4. právo na provozování rozhlasového či televizního vysílání díla (§ 23 autorského zákona).
36. Podle § 12 odst. 5 autorského zákona se způsoby užití díla vyplývající z odstavce 4 pro účely tohoto zákona vymezují v ustanoveních § 13 až 23 autorského zákona. Dílo lze užít i jiným způsobem než způsoby uvedenými v odstavci 4.
37. Podle § 58 odst. 1 autorského zákona platí, že není-li sjednáno jinak, zaměstnavatel vykonává svým jménem a na svůj účet autorova majetková práva k dílu, které autor vytvořil ke splnění svých povinností vyplývajících z pracovněprávního či služebního vztahu k zaměstnavateli nebo z pracovního vztahu mezi družstvem a jeho členem (zaměstnanecké dílo). Zaměstnavatel může právo výkonu podle tohoto odstavce postoupit třetí osobě pouze se svolením autora, ledaže se tak děje při prodeji podniku nebo jeho části.
38. Podle § 66 odst. 1 autorského zákona do práva autorského nezasahuje oprávněný uživatel rozmnoženiny počítačového programu, jestliže
  - a) rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu, činí-li tak při zavedení a provozu počítačového programu nebo opravuje-li chyby počítačového programu,
  - b) jinak rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu v souladu s jeho určením, není-li dohodnuto jinak,
  - c) zhotoví si záložní rozmnoženinu počítačového programu, je-li nezbytná pro jeho užívání,



d) zkoumá, studuje nebo zkouší sám nebo jím pověřená osoba funkčnost počítačového programu za účelem zjištění myšlenek a principů, na nichž je založen kterýkoli prvek počítačového programu, činí-li tak při takovém zavedení, uložení počítačového programu do paměti počítače nebo při jeho zobrazení, provozu či přenosu, k němuž je oprávněn,

e) rozmnožuje kód nebo překládá jeho formu při rozmnožování počítačového programu nebo při jeho překladu či jiném zpracování, úpravě či jiné změně, je-li k ní oprávněn, a to samostatně nebo prostřednictvím jím pověřené osoby, jsou-li takové rozmnožování nebo překlad nezbytné k získání informací potřebných k dosažení vzájemného funkčního propojení nezávisle vytvořeného počítačového programu s jinými počítačovými programy, jestliže informace potřebné k dosažení vzájemného funkčního propojení nejsou pro takové osoby dříve jinak snadno a rychle dostupné a tato činnost se omezuje na ty části počítačového programu, které jsou potřebné k dosažení vzájemného funkčního propojení.

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

39. V šetřeném případě se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda je splněn předpoklad stanovený v § 2 odst. 1 zákona, tedy zda je vůbec dána osoba zadavatele veřejné zakázky. Ustanovení § 2 odst. 2 zákona taxativně vymezuje čtyři skupiny subjektů, které spadají pod definici „veřejného zadavatele“. Jedním z těchto subjektů je podle § 2 odst. 2 písm. a) zákona Česká republika.
40. Podle § 7 odst. 1, věty první, zákona o majetku České republiky činí právní úkony jménem státu vedoucí organizační složky, jíž se tyto právní úkony týkají, pokud zvláštní právní předpis nebo tento zákon (§ 28 odst. 2) nestanoví jinak.
41. Z dikce ustanovení § 7 odst. 1 zákona o majetku České republiky tudíž vyplývá, že za Českou republiku, coby veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 1 písm. a) zákona, jednají, a tedy i veřejné zakázky zadávají, jednotlivé organizační složky státu.
42. Podle § 3 odst. 1 zákona o majetku České republiky jsou organizačními složkami státu, mimo jiné, i ministerstva (viz bod 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
43. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad tudíž tuto část odůvodnění uzavírá s konstatováním, že zadavatel, tj. Ministerstvo financí, jakožto organizační složka státu podle § 3 odst. 1 zákona o majetku České republiky, tedy organizační složka České republiky, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 1 písm. a) zákona. Osoba „zadavatele veřejné zakázky“ je tak v šetřeném případě bez nejmenších pochyb dána.

### **Skutečnosti zjištěné z dokumentace o veřejné zakázce a z dalších podkladů**

44. Dle § 2 „Předmět smlouvy“, odst. 1., původní smlouvy byl jejím předmětem „*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.*“.
45. Dle § 2 „Předmět smlouvy“, odst. 2., původní smlouvy jsou konkrétně jejím předmětem „*následující činnosti související s realizací a provozem informačního systému CEDR:*

- a) *Poradenství a konzultace související v první fázi s přípravou řešení IS, v druhé fázi s realizací IS*
  - b) *Vypracování projektu I. etapy IS*
  - c) *Realizace I. etapy IS*
  - d) *Příprava realizace II. a III. etapy IS*
  - e) *Podpora zadavatele při provozování IS.“.*
46. *Dle § 8 „Zvláštní ujednání“, odst. 1., původní smlouvy se vybraný uchazeč „zavazuje, že na písemné vyžádání objednatele zabezpečí po dobu 2 let další rozvoj a změny díla, a to na základě písemného dodatku ke smlouvě.“.*
47. *Dle § 8 „Zvláštní ujednání“, odst. 3., původní smlouvy se obviněný „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.“.*
48. *Odesláním výzvy k jednáním v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 26.2.2015 (dále jen „výzva“) vybranému uchazeči obviněný zahájil zadávací řízení na šetřenou veřejnou zakázku. V části I. „Informace o předmětu veřejné zakázky“ výzvy obviněný uvedl, že předmětem veřejné zakázky je „pokračování v úpravách funkcionality a úpravách řešení Informačního systému pro Centrální evidenci dotací (dále IS CEDR-MF EHP a NF) tak, aby v souladu s Usnesením vlády č. 242 ze 17. března 2004 zabezpečovalo Ministerstvo financí funkci národního kontaktního místa – NKM (National Focal Point) pro programy z Finančních mechanismů EHP a Norska a, aby odpovídala potřebám uživatelů (odbor 58).“.*
49. *Ze „Záznamu o průběhu a výsledku jednání v jednacím řízení bez uveřejnění“ ze dne 27.4.2015 (dále jen „záznam o průběhu a výsledku jednání“), konkrétně z bodu 7., vyplývá, že „[p]oskytnutí služeb od jiných dodavatelů by bylo nekompatibilní s již realizovanými pracemi na informačním systému CEDR MF, modul EHP a Norské fondy, jež má již zadavatel v držení. V případě změny dodavatele by vznikly další a vyšší finanční náklady a dále by vzniklo vysoké riziko nefunkčnosti tohoto systému. Vzhledem k složitosti systému a potřebě návaznosti na předchozí vývoj by změna dodavatele vedla k nepřiměřeným technickým obtížím spojeným s realizací tohoto informačního systému.“.*
50. *Dne 30.6.2015 obviněný na základě provedeného jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.*
51. *Podle čl. 2. „Předmět Smlouvy“, odst. 1., smlouvy je jejím předmětem „stanovení práv a povinností smluvních stran při provádění úprav Informačního systému CEDR-MF, modulu EHP a NF. Modul slouží jako inforatická podpora celého procesu administrace finanční pomoci poskytované evropským hospodářským prostorem a norskými fondy. Systém je vyvíjen pod patronací Ministerstva financí, které je Národním kontaktním místem pro EHP a Norské fondy v ČR. Způsob použití je podrobně specifikován v příloze č. 4, která je nedílnou součástí této Smlouvy.“.*

52. Celková cena za realizaci posuzované veřejné zakázky byla v čl. 4. „Cena Díla, platební podmínky a způsob úhrady“, konkrétně v odstavci 2., smlouvy sjednána na částku 3 143 070,- Kč bez DPH, tj. 3 803 114,70 Kč s DPH.
53. Podle čl. 12. „Licenční ujednání“ smlouvy „*Licenční ujednání, obsažená v Dodatku č. 1, ev. č. MF 3302/068/2013 ze dne 25. 6. 2013 ke Smlouvě o dílo s názvem „Úprava IS CEDR-MF“ č. SDI-2013-110-000003, ev. č. MF 3302/002/2013 ze dne 12. 4. 2013, uzavřené mezi Zhotovitelem a Objednatelem, platí i pro Dílo realizované na základě této Smlouvy.*

*Zmiňovaná Licenční ujednání jsou následujícího znění: „*

*1. Pro dílo realizované na základě této smlouvy platí licenční ujednání, jaká byla s objednatelem sjednána při vývoji informačního systému IS CEDR-MF a v souladu se kterými je tento informační systém používán vyjma případů uvedených níže v bodě 1c) tohoto článku. Znění licenčních práv pro dílo realizované na základě této smlouvy je následující:*

*a) Zhotovitel tímto poskytuje Objednateli nevýhradní časově neomezené oprávnění pro neomezený počet uživatelů užívat dílo pro potřeby objednatele. K jinému užití díla objednatel není oprávněn, zejména není Objednatel oprávněn dílo upravovat, dílo rozmnožovat, rozšiřovat, pronajímat či půjčovat originál díla či jeho rozmnoženinu vyjma případů uvedených v bodu 1c) tohoto článku. Objednatel shora uvedené oprávnění přijímá. Uvedené oprávnění je objednateli poskytnuto bezplatně, když cena za dílo dle této smlouvy je již sjednána s ohledem na udělené oprávnění.*

*b) Objednatel se zavazuje užívat předmět smlouvy jen k účelu předpokládanému touto smlouvou a nepředat je třetím osobám a ani jim neumožnit předmět smlouvy jakýmkoliv způsobem využívat bez písemného souhlasu zhotovitele vyjma případů uvedených v bodu 1c) tohoto článku.*

*c) Zhotovitel uděluje objednateli souhlas k poskytování oprávnění k užití díla třetí osobě (tzv. podlicence), výhradně však poskytovatelům dotací z řad orgánů státní správy a jim podřízených organizací.*

*(...).“*

54. V dokumentu „Písemná zpráva zadavatele“ ze dne 17.7.2015 (dále jen „písemná zpráva zadavatele“) je, mimo jiné, uvedeno, že důvodem pro užití jednacího řízení bez uveřejnění pro zadání posuzované veřejné zakázky bylo, že „[b]yly naplněny důvody pro použití JŘBU dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.

*Poskytnutí služeb od jiných dodavatelů by bylo nekompatibilní s již realizovanými pracemi na informačním systému CEDR MF, modul EHP a Norské fondy, jež má již zadavatel v držení.*

*V případě změny dodavatele by tak vznikly další a vyšší finanční náklady a dále by vzniklo vysoké riziko nefunkčnosti tohoto systému. Vzhledem k složitosti systému a potřebě návaznosti na předchozí vývoj by změna dodavatele vedla k nepřiměřeným technickým obtížím spojeným s realizací tohoto informačního systému.“*

55. Z formuláře Oznámení o zadání zakázky, který byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 14.7.2015 pod ev. č. 7503020001528, vyplývá, že obviněný pro zadání veřejné zakázky zvolil jednací řízení bez uveřejnění. V příloze D1 předmětného formuláře obviněný jako

důvody k použití jednacího řízení bez uveřejnění označil důvody spojené s ochranou výhradních práv.

56. V „Čestném prohlášení“ ze dne 16.3.2011 je uvedeno, že *„Já Ing. Petr Polách, jednatel společnosti ASD Software, s.r.o. (tzn. vybraného uchazeče, pozn. Úřadu (...), prohlašuji, že Informační systém IS CEDR II (dále jen „informační systém“) je autorským dílem společnosti ASD Software, s.r.o. Na 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 jakýchkoli 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. Služby technické a provozní podpory poskytované k informačnímu systému vyžadují 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.“*

Úřad uvádí, že text identického znění je obsažen i v „Čestném prohlášení“ shora jmenované osoby ze dne 25.3.2015. Nad rámec textu uvedeného v předmětných čestných prohlášeních ze dne 16.3.2011 a ze dne 25.3.2015 je v „Čestném prohlášení“ této osoby ze dne 10.5.2016 uvedeno, že *„[u]vedený informační systém je vytvořen na základě chráněného know-how společnosti ASD Software, s.r.o. a ochrana tohoto know-how se zakládá především ale neomezuje se pouze na aktivně chráněné datové formáty, chráněné komunikační protokoly, chráněnou architekturu a chráněné interní procesy systému.“*

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

57. Úřad v obecné rovině uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, v němž byla šetřená veřejná zakázka zadána, je výjimečný způsob zadání veřejné zakázky, kdy je zakázka sice zadávána v režimu podle zákona, ale vzhledem k povaze tohoto řízení je hospodářská soutěž fakticky zcela vyloučena; vyloučen je tak ten aspekt zadávacího řízení, jenž má zajistit ekonomickou výhodnost pořízení předmětu plnění veřejné zakázky a rovněž omezit jakékoli nezákonné či korupční jednání. Současně je tento druh zadávacího řízení postupem podle zákona nejméně formalizovaným a kontrolovatelným.
58. Jednací řízení bez uveřejnění by tedy mělo být skutečně krajním řešením tam, kde není jinak možné zajistit plnění požadované zadavatelem, a v žádném případě by nemělo docházet k jeho nadužívání. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění lze uskutečnit pouze v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není, resp. by nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, typicky v otevřeném řízení. V totožném duchu se vyjádřil v rozsudku ze dne 11.1.2013 sp. zn. 5 Afs 42/2012 i Nejvyšší správní soud, když uvedl, že zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je *„[m]ožné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěží o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více*

*vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 zákona.*“ Otázku splnění podmínek pro zadání v jednacím řízení bez uveřejnění je proto v souladu s ustálenou soudně rozhodovací praxí nezbytné posuzovat restriktivně, což vyplývá např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu, sp. zn.: 1 Afs 23/2012 ze dne 20.11.2012 nebo z rozsudku Krajského soudu v Brně, sp. zn.: 62 Af 95/2013 ze dne 13.1.2015.

59. Jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona tedy lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv využít pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele, kdy tato neexistence však stojí na objektivních základech a **není důsledkem vlastní činnosti zadavatele** (spočívající např. v předchozím uzavření smluv či nezajištění nezbytných práv). Úřad konstatuje, že zadavatel musí při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky (na základě které požizuje určité plnění) posoudit potřebu budoucích (navazujících) plnění a v případě existence takové potřeby uzavřít takovou smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli a umožní realizovat tuto předpokládaná navazující plnění bez využití jednacím řízení bez uveřejnění, např. tedy umožní plnění zadat v otevřenějších typech zadávacích řízení. V opačném případě by totiž zadavatel byl s budoucím užitím jednacím řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky (a takové jednací řízení bez uveřejnění by pak bylo logicky nezákonné).
60. Úřad v této souvislosti dále uvádí, že s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11.1.2013) je třeba od tohoto zaviněného vytvoření stavu exkluzivity odlišovat situaci, kdy zadavatel budoucí plnění předpokládat nemohl a uzavřel smlouvu zakládající exkluzivitu jednoho dodavatele, tj. situaci, kdy by uzavření smlouvy v jiném znění, tj. např. při požadavcích na širší licenční oprávnění, bylo dle aktuálně dostupných vědomostí zadavatele nevhodné (přičemž až následně vyplyne, že uzavření smlouvy zakládající exkluzivitu bylo, vzhledem ke vzniku potřeby zadat následné plnění, řešením „nešikovným“); zásadní rozdíl je v tom, že vzniklý stav není zadavatelem zaviněný.
61. K právě uvedenému Úřad odkazuje především na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11.1.2013 sp. zn. 5 Afs 42/2012, ve kterém soud jednoznačně uvedl, že „[j]ednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastatou situaci dostupnými právními prostředky změnit“. Pokud pak Nejvyšší správní soud v témže rozsudku uvedl, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážit, „zda postup zadavatele je skutečně zaviněný či pouze nešikovný“, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky, odkazuje Úřad na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15.10.2015 sp. zn. 62 Af 112/2013, podle kterého „citované argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného ‚zavinění‘ půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem kdy musel

*s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadání navazujících zakázek.“.*

62. Pro „dokreslení“ shora uvedeného, resp. restriktivního charakteru využitelnosti jednacího řízení bez uveřejnění, je v dalším možno odkázat i na odstavec 50 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26.2.2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, s účinností ke dni 18.4.2016, ve kterém se uvádí, že *„[s] ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení.“.*
63. Je tak zřejmé, že použít jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa nebo náhrada a dále jestliže neexistence soutěže není výsledkem umělého zúžení parametrů veřejné zakázky, tedy pokud 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.
64. Z pohledu posouzení postupu obviněného v případě šetřené veřejné zakázky je tedy s ohledem na výše uvedené nutné posoudit jednak naplnění „formální“ stránky jednacího 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 jednacího řízení bez uveřejnění, a to zda obviněný stav výlučnosti vybraného uchazeče sám nevytvořil.
65. Z dokumentace o veřejné zakázce a další dokumentace předložené obviněným vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je pokračování v úpravách funkcionality a úpravách řešení systému CEDR, resp. jeho modulu EHP a Norské fondy. Informační systém CEDR byl vytvořen na základě původní smlouvy ze dne 22.12.1995, přičemž byl v průběhu následujících let vybraným uchazečem provozován, spravován a rozvíjen na základě dalších navazujících smluv a dodatků.
66. Úřad na tomto místě poznamenává, že o použití příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, jenž za způsob zadání veřejné zakázky současně nese výlučnou odpovědnost. Z dokumentů, které jsou součástí dokumentace o veřejné zakázce, a to konkrétně z formuláře o zadání veřejné zakázky uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek (viz bod 55. odůvodnění tohoto rozhodnutí), vyplývá, že jednací řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona obviněný pro zadání šetřené veřejné zakázky zvolil z důvodu

ochrany výhradních autorských práv vybraného uchazeče, přičemž na tyto autorskoprávní důvody obviněný de facto odkazuje i ve svém podání ze dne 13.3.2017 (viz bod 22. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Obviněný nicméně v jeho vyjádření ze dne 30.8.2017 uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění podle shora citovaného ustanovení zákona pro zadání veřejné zakázky zvolil z technických důvodů (viz bod 17. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Na „technické obtíže“ obviněný současně odkazuje i v záznamu o průběhu a výsledku jednání (viz bod 49. odůvodnění tohoto rozhodnutí), jakož i v písemné zprávě zadavatele (viz bod 54. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

67. S ohledem na argumentaci obviněného týkající se oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro zadání veřejné zakázky se Úřad nejprve zabýval posouzením naplnění formální stránky jednacího řízení bez uveřejnění, tj. posouzením, zda byly skutečně dány objektivní důvody (autorskoprávní či technické) pro použití tohoto druhu zadávacího řízení.
68. Úřad uvádí, že aplikace ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v tom případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. Je na zadavateli, aby v rámci případného přezkumu jeho postupu ze strany Úřadu prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. Pouze tak může zadavatel naplnit požadavek na přezkoumatelnost jeho postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti stanovené v ust. § 6 odst. 1 zákona (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14.5.2007 ve věci sp. zn. 31 Ca 166/2005 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12.5.2008, sp. zn. 5 Afs 131/2007).
69. Z výše uvedeného tudíž vyplývá, že prokázání důvodů použití jednacího řízení bez uveřejnění je plně na zadavateli, jenž by měl být schopen objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení doložit již před zahájením zadávacího řízení (k tomu srov. např. závěry vyplývající z rozsudků Soudního dvora Evropské unie ze dne 10.3.1987, C-199/85 *Komise Evropských společenství proti Italské republice*, či z rozsudku ze dne 28.3.1996, C-318/94 *Komise Evropských společenství proti Spolkové republice Německo*) a tyto důvody by měly trvat po celou dobu trvání jednání s dodavateli. V této souvislosti je rovněž možné odkázat na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-385/02 ze dne 14.9.2004, v němž Soudní dvůr konstatoval, že ustanovení o možném použití jednacího řízení bez uveřejnění „*musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává (...)*“ (viz články č. 19 a č. 20 rozsudku). Z této premisy dále vychází i konstantní tuzemská judikatura, ze které je možno odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3.10.2013, kde soud k použití jednacího řízení bez uveřejnění uvádí, že „*použití jednacího řízení bez uveřejnění [je] jednou z výjimek z jinak povinného použití ‚otevřenějších‘ zadávacích řízení – zásadně řízení otevřeného podle § 21 odst. 1 písm. a) ZVZ (...). Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění, jak plyne z rozsudku Soudního dvora ze dne 14.9.2004 ve věci C-385/02 (Komise proti Itálii). Přestože se v této věci Soudní dvůr nevyjadřoval ke stavu skutkově totožnému, jaký je ve věci právě posuzované, plyne z něj, že ustanovení (směrnic), která umožňují výjimky z pravidel zadávání veřejných zakázek (a za takovou výjimku v dané věci Soudní dvůr považoval právě ‚odklon‘ od přísnějšího postupu formou jednání bez uveřejnění), musí být vykládána restriktivně, **přitom důkazní***“

***břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává (tj. zadavatel). (...) Potřebou restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění není tedy třeba se dále podrobněji zabývat; toto obecné východisko žalovaného je oprávněné.***“ (pozn. – zvýraznění textu provedeno Úřadem). Úřad v této souvislosti v dalším odkazuje na rozsudky Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 95/2013 ze dne 13.1.2015 a sp. zn. 62 Af 93/2015 ze dne 1.6.2017 a na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25.11.2015, v němž bylo explicitně uvedeno, že „*smyslem daného řízení (pozn. – tj. řízení vedeného před Úřadem ve věci oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění příslušným zadavatelem) bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění.*“ (pozn. – zvýraznění textu provedeno Úřadem).

70. Ze shora řečeného je tak zřejmé, že důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na obviněném, jehož povinností je, aby doložil, že pro zadání předmětné veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění byly prokazatelně splněny všechny podmínky předvídané v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a že tedy předmět takto zadané zakázky nemohl být zadán v jiném druhu zadávacího řízení, které je oproti jednacímu řízení bez uveřejnění z podstaty transparentnější. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě přestupků leží na správním orgánu, který musí zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na obviněném. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě zadavatel, resp. obviněný, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem.
71. Úřad se tak v posuzované věci zabýval otázkou, zda obviněný unesl důkazní břemeno a prokázal, že zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona bylo v souladu se zákonem. Pro úplnost Úřad doplňuje, že z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 78/2013-148 ze dne 21.12.2015 vyplývá, že obviněný je povinen svá tvrzení o nemožnosti splnit předmět veřejné zakázky třetí osobou z technických důvodů relevantním způsobem doložit. Úřad pak při posouzení dané věci dospěl k závěru, že obviněný důkazní břemeno neunesl. Ke svému závěru uvádí Úřad následující.
72. Ve vztahu k existenci technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění lze za stěžejní dokumenty považovat písemnou zprávu zadavatele, záznam o průběhu a výsledku jednání a vyjádření obviněného ze dne 30.8.2017. V záznamu o průběhu a výsledku jednání obviněný mj. uvedl, že „*[p]oskytnutí služeb od jiných dodavatelů by bylo nekompatibilní s již realizovanými pracemi na informačním systému CEDR MF, modul EHP a Norské fondy, jež má již zadavatel v držení. V případě změny dodavatele by vznikly další a vyšší finanční náklady a dále by vzniklo vysoké riziko nefunkčnosti tohoto systému. Vzhledem k složitosti systému a potřebě návaznosti na předchozí vývoj by změna dodavatele vedla k nepřiměřeným technickým obtížím spojeným s realizací tohoto informačního systému.*“. Zcela identické, tj. doslovné, zdůvodnění, je obsaženo i v písemné zprávě zadavatele (viz bod 54. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Obviněný pak v jeho vyjádření ze dne 30.8.2017, kromě jiného, uvedl, že technickými důvody pro zadání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona „*jsou právě technické okolnosti, při kterých by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně*



*vyšší finanční náklady na straně zadavatele a značné riziko nefunkčnosti již zavedeného systému. (...) V průběhu funkčnosti informačního systému byla také jako zcela nepředvídatelná skutečnost shledána potřeba úprav tohoto systému, kterou vyvolala změna Regulation on the implementation of the European Economic Area Financial Mechanism 2009-2014 (...).“.*

73. Úřad na tomto místě akcentuje, 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 (viz bod 70. odůvodnění tohoto rozhodnutí) vztahuje pouze na zjištění, zda zadavatel toto důkazní břemeno unesl. Je tedy povinností příslušného 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 taktéž své závěry o existenci důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona doložit relevantními podklady. Úřad tedy v žádném případě nerezignuje na svoji povinnost zjistit úplný skutkový stav věci, avšak nemůže za zadavatele povinnost ohledně doložení existence objektivních důvodů k použití jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona suplovat. Úřad má tudíž ve zde projednávané věci povinnost posoudit, zda obviněný unesl důkazní břemeno, čili zda prokázal naplnění důvodů pro použití jednacím řízení bez uveřejnění.
74. Pokud jde o způsob prokázání existence technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, pak Úřad odkazuje na již výše zmíněný rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25.11.2015, ve kterém soud v této souvislosti uvedl, že *„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 (...)“* a též na své pravomocné rozhodnutí č. j. S0823/2014/VZ-44764/2016/512/VNV ze dne 4.11.2016. Ze shora popsaného je tedy evidentní, že zadavatel, pokud zadání konkrétní veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění postupem podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona odůvodňuje i existencí technických důvodů, pak musí být v rámci řízení vedeného Úřadem schopen tyto jím tvrzené důvody nejen specifikovat, nýbrž i podložit relevantními materiály, z nichž bude bez dalšího zřejmé (a zpětně přezkoumatelné), že tyto technické důvody mají své opodstatnění, tzn. že vychází z reálného skutkového stavu. Úřad zdůrazňuje, že v žádném případě nemůže obstát, a z hlediska „unesení“ důkazního břemene být dostačující, pouhá konstatace zadavatele, že zde technické důvody byly dány. Nepostačuje tudíž pouze to, že zadavatel určité technické důvody tvrdí (proklamuje), aniž by je „opřel“ o reálný základ.
75. K výše řečenému Úřad sděluje, že obviněný nepředložil žádné listiny, které by obsahovaly odbornou technickou analýzu týkající se nemožnosti plnění veřejné zakázky jiným dodavatelem než vybraným uchazečem, a neprokázal tedy, že veřejnou zakázku mohl z technického hlediska realizovat opravdu výhradně vybraný uchazeč.
76. Úřad na tomto místě opětovně poznamenává, že zadavatel, resp. obviněný, 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 současně

zdůrazňuje, že nelze vzájemně zaměňovat, resp. stavět na roveň pojmy „objektivní neexistence“ a „obtížnost“. Pokud tedy obviněný v záznamu o průběhu a výsledku jednání, stejně tak i v písemné zprávě zadavatele, uvedl, že plnění šetřené veřejné zakázky jiným dodavatelem než vybraným uchazečem by bylo spjato s „obtížemi“, a to „nepřiměřenými“ (viz výše), de facto tím připustil, že realizace veřejné zakázky dodavatelem odlišným od vybraného uchazeče přicházela do úvahy, tj. byla reálně možná, čili argumentum a contrario nebyla objektivně vyloučená. To, že tato situace by s sebou mohla nést určité komplikace (obtíže) pro obviněného, však rozhodně nemůže ospravedlnit zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění s odvoláním na existenci technických důvodů. Přitom zadavatel nevyložil, v čem měla spočívat ona nepřiměřenost, kterou by již nebylo lze po něm požadovat, a to v rovině, která by odpovídala a naplňovala podmínku uvedenou v § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Úřad v této souvislosti podotýká, že zákon ve vztahu k možnosti užití jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu výše citovaného ustanovení zákona jednoznačně stanovuje, že v případě technických důvodů je možno veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění zadat pouze tehdy, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem. Předmětné ustanovení zákona tedy v žádném případě nesměřuje na důvody „je-li to technicky obtížné“. Úřad nepopírá, že zapojení jiného dodavatele by bylo s ohledem na jeho „neseznámenost“ s detailní historií a vývojem fungování systému CEDR pro tohoto dodavatele obtížnější než pro vybraného uchazeče, který takovými znalostmi disponuje (což však není s podivem, jelikož jmenovaný informační systém pro obviněného na základě původní smlouvy vytvořil a od té doby jej dále rozvíjí a upravuje), tj. postup spočívající v „zapojení“ jiného dodavatele by s sebou mohl nést určité komplikace, resp. těžkosti, avšak takový postup nebyl dle názoru Úřadu objektivně vyloučený (nemožný), kdy touto objektivní nemožností obviněný ve své podstatě ani neargumentuje, neboť se odvolává toliko na technickou obtížnost. Úřad dodává, že skutečnost, že si zadavatel zadáním konkrétní veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění „chce ulehčit situaci“, resp. předejít eventuálním obtížím, jež by mohly vyvstat, jestliže by zadávanou veřejnou zakázku plnil jiný dodavatel než dodavatel, který již pro zadavatele realizoval předchozí plnění a je tak obeznámen se stavem věci, nemůže opodstatnit užití tohoto druhu zadávacího řízení, kdy předmět plnění není vystaven široké hospodářské soutěži. Nad rámec shora uvedeného Úřad odkazuje na již zmiňovaný rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 78/2013-148 ze dne 21.12.2015, ve kterém soud judikuje, že *„(...) Skutečnost, že tento uchazeč byl dosavadním dodavatelem žalobce, zná jeho IT prostředí a má tudíž jisté know-how, totiž sama o sobě není technickým důvodem pro zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění tomuto dodavateli. Tím by (...) mohly být vedle již zmíněné neslučitelnosti též provozní problémy, které by vznikly změnou dodavatele. K tomu je nutno poznamenat, že určité riziko provozních problémů v souvislosti se změnou dodavatele zde z povahy věci bude vždy, avšak aby bylo relevantní a akceptovatelné pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, je třeba, aby se jednalo o riziko značné, zapříčiněné právě technickými parametry a jednoznačně tvrzené a doložené zadavatelem – žalobcem.“* (zvýraznění provedeno Úřadem, pozn. Úřadu).

77. Ve vztahu k argumentaci obviněného, že pokud by předmět plnění posuzované veřejné zakázky nebyl realizován vybraným uchazečem, vzniklo by vysoké riziko nefunkčnosti systému CEDR, resp. jeho modulu EHP a Norské fondy (viz bod 72. odůvodnění tohoto rozhodnutí), konstatuje Úřad následující. Úřad poznamenává, že se jedná o spekulaci

(domněnku) obviněného, která není podpořena jakýmkoliv relevantním podkladem a jako taková tedy rozhodně nemůže představovat technický důvod, tak, jak jej chápe a vymezuje ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Předmětná argumentace se nachází pouze v rovině tvrzení obviněného, aniž by byla podložena konkrétními údaji a fakty, a nelze ji proto označit za technický důvod, jenž by ospravedlňoval zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Obdobný závěr je přitom možno učinit i ve vztahu k tvrzení obviněného, že plnění veřejné zakázky osobou odlišnou od vybraného uchazeče by vedlo k nekompatibilitě s již realizovanými pracemi na systému CEDR, modul EHP a Norské fondy (viz opětovně bod 72. odůvodnění tohoto rozhodnutí). I v tomto případě totiž obviněný tvrzenou nekompatibilitu žádným způsobem blíže nezdůvodňuje, jakož za účelem podpory tohoto tvrzení nepředložil žádné dokumenty a materiály, z nichž by bylo seznatelné a zpětně přezkoumatelné, že tato nekompatibilita je zde skutečně dána, resp. došlo by k ní, jestliže by plnění veřejné zakázky bylo zajišťováno jiným dodavatelem než vybraným uchazečem. Při absenci těchto podkladů má však dané tvrzení obviněného z hlediska oprávněnosti aplikace § 23 odst. 4 písm. a) zákona nulovou vypovídací hodnotu, tzn. v žádném případě na ně nelze názírat jako na technický důvod předvídaný v citovaném ustanovení zákona.

78. Jestliže obviněný argumentuje tím, že zadání předmětu šetřené veřejné zakázky jinému dodavateli než vybranému uchazeči by vedlo ke značným časovým prodlevám v implementaci Finančních mechanismů EHP a Norska, přičemž muselo být urychleně reagováno i na změny Regulation ze dne 1.7.2014 (viz bod 19. odůvodnění tohoto rozhodnutí), pak ani s touto argumentací obviněného se nelze ztotožnit, resp. subsumovat ji pod technické důvody ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Úřad znovu podotýká, že citované ustanovení zákona, pokud jde o technické důvody, míří výhradně na takové důvody, jež vedou k objektivní nemožnosti splnit předmět konkrétní veřejné zakázky jiným dodavatelem než tím, jemuž byl tento předmět v jednacím řízení bez uveřejnění zadán. Tu lze odkázat na závěry učiněné Úřadem již shora, a sice že skutečnost, že zadavatel chce předejít určitým komplikacím, které by mohly případně nastat, pokud by zadávanou veřejnou zakázku plnil jiný dodavatel než ten, který již pro zadavatele realizoval předchozí plnění a je tak obeznámen se stavem věci, tj. „vyzná“ (orientuje) se v něm, nemůže bez dalšího ospravedlnit použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Optikou šetřené věci tedy fakt, že obviněný měl zájem na tom, aby byl systém CEDR v odpovídajícím časovém rámci upraven, tak, aby odpovídal pravidlům pro implementaci podle Regulation, a z toho důvodu zadal šetřenou veřejnou zakázku vybranému uchazeči, jenž je již s tímto informačním systémem obeznámen, čímž si obviněný ve své podstatě „ulehčil situaci“, nemůže vést k závěru, že obviněný ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona aplikoval oprávněně. Úřad zdůrazňuje, že obviněný nijak neprokázal, že by v tomto časovém rámci nebyl schopen příslušné úpravy systému CEDR vykonat i jiný dodavatel, než výlučně vybraný uchazeč. Úřad tudíž konstatuje, že ani tuto argumentaci obviněného není možné označit za relevantní technické důvody podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Nehledě na to, že „lepší orientaci“ vybraného uchazeče v systému CEDR na úkor jiných dodavatelů zapříčinil sám obviněný svým předchozím „neprozíravým“ postupem.
79. S odkazem na shora popsané tedy Úřad konstatuje, že konkrétní a relevantní technické důvody, které by vedly k faktické nemožnosti realizace veřejné zakázky jiným dodavatelem než vybraným uchazečem, obviněný prostřednictvím jeho vyjádření nijak neprokázal. Stejně tak tyto technické důvody nevyplývají, resp. nejsou prokázány ani žádným z dokumentů

tvořících součást dokumentace o posuzované veřejné zakázce. Technické důvody předkládané obviněným se tak nacházejí toliko v rovině tvrzení, jak bylo Úřadem zevrubně komentováno již shora. Obviněný relevantním, čili konkrétním a přezkoumatelným, způsobem neodůvodnil, potažmo nedoložil, nezastupitelnost vybraného uchazeče pro plnění předmětu veřejné zakázky z technických důvodů. Je přitom zapotřebí opětovně připomenout, že není v žádném případě úkolem Úřadu, aby případné technické důvody (pokud vůbec existují) „dohledával“ a prokazoval namísto obviněného. Úřad proto dospěl k závěru, že technické důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění nebyly obviněným prokázány a obviněný tak neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacého řízení bez uveřejnění, přičemž je to právě obviněný, který je nositelem tohoto důkazního břemene.

80. Nad rámec výše uvedeného Úřad doplňuje, že, jak již bylo ostatně uvedeno shora, pro vyslovení závěru o oprávněnosti použití jednacého řízení bez uveřejnění je nutné posoudit nejen „formální“ stránku, nýbrž i stránku „materiální“, jež spočívá v tom, že obviněný stav výlučnosti vybraného uchazeče sám nevytvořil. V předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí bylo Úřadem popsáno a postaveno najisto, že obviněný „formální“ stránku jednacého řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, pokud jde o technické důvody, nenaplnil. Úřad upozorňuje, že i za situace, že by obviněný předložil konkrétní dokument, např. v podobě znaleckého posudku, a to ať již vypracovaný na základě zadání obviněného či jiného subjektu, což nicméně obviněný neučinil, v němž by bylo řečeno, že předmět plnění posuzované veřejné zakázky nemohl splnit z technických důvodů jiný dodavatel než vybraný uchazeč, neměnilo by to nic na tom, že obviněný stav exkluzivity vybraného uchazeče svým předchozím postupem sám zapříčinil, o čemž bude pojednáno níže, v důsledku čehož prokazatelně nenaplnil ani „materiální“ stránku, resp. podmínky pro použití jednacého řízení bez uveřejnění z hlediska existence technických důvodů. Tento eventuálně předložený dokument by tak na závěr Úřadu, že obviněný při zadávání předmětné veřejné zakázky postupoval v rozporu se zákonem, neměl žádný vliv.
81. Pokud jde o obviněným tvrzenou existenci objektivních důvodů pro použití jednacého řízení bez uveřejnění spočívajících v nutnosti ochrany autorských práv vybraného uchazeče, pak Úřad uvádí následující.
82. Úřad opakuje, že předmět plnění posuzované veřejné zakázky spočívá v konkrétních úpravách funkcionality a úpravách řešení informačního systému CEDR, modul EHP a Norské fondy. Jmenovaný modul slouží jako infromatická podpora celého procesu administrace finanční pomoci poskytované Evropským hospodářským prostorem a Norskými fondy. Úřad připomíná, že systém CEDR byl pro obviněného vybraným uchazečem vytvořen na základě původní smlouvy z roku 1995. Z původní smlouvy vyplývá, že obviněný se zavázal užívat projekt a programové vybavení k systému CEDR dodané vybraným uchazečem jen k účelu předpokládanému danou smlouvou a nepředat je třetím osobám, jakož jim ani neumožnit tento projekt a programové vybavení jakýmkoliv způsobem využívat bez písemného souhlasu vybraného uchazeče.
83. S ohledem na předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí je tak možno dovodit, že na základě původní smlouvy je obviněný oprávněn systém CEDR používat, avšak nikoliv do něj zasahovat či jej upravovat. Právě řečené ostatně potvrzují i slova obviněného, z nichž je zřejmé, že nedisponuje zdrojovými kódy k systému CEDR, stejně tak ani autorskými právy

ke jmenovanému systému. Obviněný sám, popř. za přispění třetích osob, není oprávněn do systému CEDR bez souhlasu vybraného uchazeče zasahovat za účelem jeho rozšíření nebo změn (viz bod 22. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Obdobně ani ze smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku nevyplývá, že by obviněnému náleželo oprávnění do systému CEDR, potažmo ani do jeho modulu EHP a Norské fondy, zasahovat, neboť v čl. 12. „Licenční ujednání“, odst. 1, smlouvy bylo mj. sjednáno, že *„[z]hotovitel tímto poskytuje Objednateli nevýhradní časově neomezené oprávnění pro neomezený počet uživatelů užívat dílo pro potřeby objednatele. K jinému užití díla objednatel není oprávněn, zejména není Objednatel oprávněn dílo upravovat, dílo rozmnožovat, rozšiřovat, pronajímat či půjčovat originál díla či jeho rozmnoženinu (...). Objednatel se zavazuje užívat předmět smlouvy jen k účelu předpokládanému touto smlouvou a nepředat je třetím osobám a ani jim neumožnit předmět smlouvy jakýmkoliv způsobem využívat bez písemného souhlasu zhotovitele (...).“* Taktéž ani v dalších smlouvách, popř. dodatcích, jež obviněný uzavřel s vybraným uchazečem v mezidobí od uzavření původní smlouvy do uzavření smlouvy na posuzovanou veřejnou zakázku, nejsou práva obviněného, co se týče jeho dispozice se systémem CEDR, vymezena nijak extenzivněji, tzn. obviněnému náleží právo dílo dodané na základě té které smlouvy, resp. dodatku, toliko užívat pro svou vlastní potřebu.

84. V souhrnu výše uvedených skutečností Úřad rekapituluje, že systém CEDR byl pro obviněného vytvořen na základě původní smlouvy, přičemž lze předpokládat (a Úřad tuto otázku blíže nezkoumal – k tomu viz níže), že jakožto software je chráněn coby dílo ve smyslu příslušných autorskoprávních předpisů. Z původní smlouvy, jejích dodatků, jakož i z následně uzavřených smluv mezi obviněným a vybraným uchazečem, které obviněný Úřadu na jeho žádost v rámci řízení o přestupku předložil, také vyplývá, že obviněný je oprávněn jmenovaný systém užívat, a není oprávněn do něj na základě těchto smluv, resp. ujednání v nich obsažených zasahovat, což ostatně obviněný nečiní nijak sporným. Z pouhého předložení smluv lze dle názoru Úřadu toliko dovodit, že informační systém CEDR vznikl jakožto autorské dílo. Obviněný však v kontextu šetřené veřejné zakázky nijak neprokázal (a ani neprokazoval), že by to byl výhradně vybraný uchazeč, kdo je jediným subjektem, který může do tohoto informačního systému zasahovat. 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 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 na tomto místě zdůrazňuje, 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 informačního systému CEDR (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 zaviněným právním jednáním obviněného, pročež 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. Obviněný však měl a mohl vědět o skutečnosti, že bude nezbytné do (vybraným uchazečem vytvořeného) informačního systému zasahovat (nejedná se o jednorázový

system) 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 viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí).

85. 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 obviněný stav výlučnosti tohoto dodavatele pro plnění veřejné zakázky sám zaviněně nevytvořil. Aniž by tedy bylo nutno se blíže zabývat obsahem v původní smlouvě sjednaného práva obviněného týkajícího se informačního systému CEDR, Úřad konstatuje, že jako oprávněný důvod pro použití jednacího řízení bez uveřejnění by ochrana výhradních práv obstála pouze v případě, že by exkluzivitu jediného dodavatele obviněný sám – zaviněně – nezpůsobil. Z toho důvodu se Úřad dále zabýval naplněním materiální podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, tj. posouzením, zda obviněný jím tvrzený stav, kdy veřejnou zakázku podle něj může splnit pouze vybraný uchazeč, sám zaviněně nevytvořil.
86. V této souvislosti Úřad odkazuje na již výše zmiňovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11.1.2013, který přinesl odpověď na otázku, zda skutečnost, že zadavatel stav exkluzivity způsobil sám, je či není při posouzení naplnění podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona relevantní. Z citovaného rozsudku považuje Úřad za nezbytné opětovně i na tomto místě přímo citovat, že *„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 nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.“* Závěry tohoto rozsudku taktéž korespondují se závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 28.11.2012, v němž se jmenovaný soud zabýval situací, kdy byl postup zadavatele veřejné zakázky zatížen vadou již při tvorbě nedokonalé a nepodložené projektové dokumentace a dospěl k závěru, že *„(...) předvídatelnou nedokonalost projektové dokumentace a nemožnost na jejím základě dokončit původní předmět díla nelze následně zhojit zadáním prací pomocí jednacího řízení bez uveřejnění.“* Nejvyšší správní soud také odkázal na dřívější rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 3/2002 ze dne 5.11.2002, v němž soud konstatoval, že okolnosti, které by mohly odůvodňovat postup, kdy zadavatel osloví jednoho konkrétního zájemce, nemohou vycházet ze stavu, kdy si zadavatel nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až je následně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolává se postupu dle daného ustanovení zákona.
87. Úřad zdůrazňuje i to, co uvedl již v bodě 60. odůvodnění tohoto rozhodnutí, a sice že pokud Nejvyšší správní soud dále zdůraznil, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážit, „zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný“, a to zejména

s ohledem na složitost předmětu zakázky, dle rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15.10.2015: *„citované argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného „zavinění“ půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem, kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadání navazujících zakázek“.*

88. V návaznosti na shora uvedenou judikaturu je tak zřejmé, jak již Úřad ostatně uvedl výše, že použít 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. Aby tedy bylo možné konstatovat, že obviněný, který svým jednáním při uzavírání prvotní 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 mu vznikne potřeba zadat další veřejné zakázky“* (rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15.10.2015).
89. Úřad s ohledem na výše uvedenou judikaturu provedl komparaci předmětu plnění veřejné zakázky dle smlouvy na šetřenou veřejnou zakázku s původní smlouvou a primárně uvádí, že smlouva se bezprostředně týká informačního systému pořízeného na základě původní smlouvy, tzn. systému CEDR. Úřad v dalším konstatuje, že z § 2 „Předmět smlouvy“, odst. 1., původní smlouvy je zřejmé, že tato se týkala řešení I. etapy informačního systému CEDR a přípravy řešení II. a III. etapy. V § 8 „Zvláštní ujednání“, odst. 1., původní smlouvy pak bylo mezi obviněným a vybraným uchazečem výslovně ujednáno, 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.“* Dne 20.6.1996 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem dodatek č. 1 k původní smlouvě, jehož předmět plnění spočíval mj. v rozšíření I. etapy informačního systému CEDR vyplývajících z upřesňování, rozšiřování a dodefinování původních požadavků uvedených v původní smlouvě a v prodloužení poskytování podpory obviněnému při provozování I. etapy informačního systému CEDR. Dále kupříkladu dne 27.4.1998 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem dodatek č. 5 k původní smlouvě. Předmětem daného dodatku bylo rozšíření a úpravy řešení I. etapy informačního systému CEDR vyplývajících z upřesňování, rozšiřování a dodefinování původních požadavků uplatněných v původní smlouvě a plynoucích z legislativních změn, a dále prodloužení podpory obviněnému při provozování I. etapy systému CEDR. Dne 14.3.1997 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem „Smlouvu o dílo č. ASD/MF/II/97“, jejíž předmět plnění spočíval v komplexním řešení, tzn. projekt, realizace a zavedení, II. etapy informačního systému CEDR. Dále kupříkladu dne 24.7.2000 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem „Smlouvu o dílo č. ASD/MF/III/2000“. Předmět plnění jmenované smlouvy mj. spočíval

v postupné centralizaci databází systému CEDR v resortu obviněného, rozšíření evidence dotací poskytnutých nestátním neziskovým organizacím k naplnění usnesení vlády č. 137/99, spolupráce systému CEDR s ostatními informačními systémy resortu obviněného pro přidělování a kontrolu finančních prostředků z rozpočtu, přiblížení standardům Evropské unie pro kontrolu a sledování finančních prostředků z rozpočtu poskytnutých Evropskou unií, apod. Současně bylo v této smlouvě ujednáno, že po dobu 2 let zabezpečí vybraný uchazeč další rozvoj a změny díla, a to na základě písemného dodatku k dané smlouvě. Dále např. dne 27.7.2000 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem „Smlouvu o dílo č. ASD/MF/TP/2000“, jejíž předmět plnění spočíval v poskytování technické a provozní podpory obviněnému při provozování a údržbě jednotlivých subsystémů informačního systému CEDR, tj. provozní poradenství, konzultace a školení, služba hot-line, realizace drobných změn a úprav, apod. Dále např. dne 24.4.2009 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem „Smlouvu o dílo Vývoj IS CEDR III v roce 2009 č. SDI-2009-110-00003“, jejímž předmětem byl závazek vybraného uchazeče zajistit rozvoj (rozšíření funkcionality) informačního systému CEDR III a související služby. Dále např. dne 12.4.2013 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem „Smlouvu o dílo Úprava IS CEDR-MF č. SDI-2013-110-000003“, jejíž předmět plnění spočíval mj. v základní specifikaci požadavků na specifikaci modulu MF EHP/Norsko a promítnutí těchto požadavků do IS-CEDR MF, a následně v rozšíření funkcionality IS CEDR-MF pro potřeby EHP/Norsko.

90. Jak vyplývá z předchozího bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí, při uzavření původní smlouvy obviněný nemohl předpokládat, potažmo ani nepředpokládal, že systém CEDR je na základě původní smlouvy již definitivní. Z původní smlouvy je totiž zřejmé, že tato se týkala pouze I. etapy realizace informačního systému CEDR a přípravy II. a III. etapy jeho realizace. Současně si obviněný v původní smlouvě vymínil, že po dobu 2 let má vybraný uchazeč povinnost zajišťovat rozvoj a změny díla dodaného na základě původní smlouvy. Z právě řečeného lze tudíž dovodit, že obviněný měl zájem na tom, aby byl systém CEDR do budoucna rozvíjen, což ostatně plně koresponduje s tím, že původní smlouva již „počítala“ s realizací II. a III. etapy předmětného systému. Úřad tedy konstatuje, že obviněný musel při uzavření původní smlouvy vědět, že systém CEDR dodaný na jejím základě bude doznávat změn a úprav, resp. rozšíření, tzn. musel vědět, že tento systém nezůstane neměnný („zakonzervovaný“), o čemž ostatně svědčí i skutečnost, že úpravy a rozvoj systému CEDR po vybraném uchazeči sám požadoval. Navzdory tomuto faktu si nicméně obviněný v původní smlouvě nevyhradil přechod žádných vlastnických, resp. autorských práv k systému CEDR, což obviněný ani nerozporuje (viz bod 19. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Obviněný tedy při uzavření původní smlouvy neučinil nic pro to, aby mohl do informačního systému CEDR vlastními kapacitami, popř. prostřednictvím třetích osob, volně zasahovat a disponovat s ním.
91. Úřad dále konstatuje, že v průběhu následujících let obviněný uzavíral s vybraným uchazečem konkrétní smlouvy, resp. dodatky, jež měly přímou návaznost na původní smlouvu (viz ilustrativní popis uvedený v bodě 89. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad v této souvislosti poznamenává, že předmětem řízení o přestupku je postup obviněného při uzavření smlouvy na posuzovanou veřejnou zakázku. Z hlediska posouzení zákonnosti postupu obviněného je však nezbytné vnímat i jeho jednání při uzavírání předchozích smluv a dodatků, jež sice nejsou předmětem vedeného řízení, nicméně od nich nelze zcela abstrahovat. Na postup obviněného při zadávání šetřené veřejné zakázky tedy není možné nahlížet izolovaně, čili bez vzájemného kontextu s jeho předchozím postupem sahajícím



do minulosti. Předměty těchto smluv a dodatků „navazujících“ na původní smlouvu přitom spočívaly v údržbě, dalších úpravách a rozvoji systému CEDR reagujících na potřeby obviněného, potažmo na příslušné legislativní změny, popř. ve vytvoření konkrétních modulů shora jmenovaného informačního systému. Stejně jako tomu bylo v původní smlouvě, tak ani v těchto navazujících smlouvách a dodatcích si obviněný nevyhradil, že by na něj mělo přejít vlastnictví, popř. autorská práva k systému CEDR. Obviněný totiž vždy disponoval (byl nadán) pouze nevýhradním oprávněním (licencí) užívat systém CEDR pro své potřeby, aniž by do něj mohl jakkoliv zasahovat.

92. Úřad sděluje, že v důsledku toho, že obviněný v původní smlouvě nijak nelimitoval vlastnická (autorská) práva vybraného uchazeče k systému CEDR, když, jak sám uvádí, není vlastníkem zdrojových kódů a bez souhlasu vybraného uchazeče nemůže do tohoto systému zasahovat, vytvořil předpoklady pro to, aby jakékoliv zásahy do systému CEDR v budoucnu mohl činit výlučně vybraný uchazeč, čímž mu zajistil stav exkluzivity. Toto „výsostní postavení“ vybraného uchazeče obviněný následně dále prohluboval, když s ním uzavíral konkrétní smlouvy a dodatky na další rozvoj, údržbu, rozšíření a vytvoření modulů systému CEDR, aniž by si v těchto smlouvách a dodatcích současně vyhradil („ošetřil“) přechod vlastnických, popř. autorských práv. Tímto postupem si tak obviněný fakticky vytvořil, pokud jde o systém CEDR, resp. nakládání s daným systémem, na vybraném uchazeči „závislost“, tj. dostal se v tomto ohledu zcela do jeho „područí“. Úřad akcentuje, že obviněný pro jeho nezávislost na vybraném uchazeči nic neučinil ani při uzavírání původní smlouvy, jakož ani při uzavírání navazujících smluv a dodatků, čili souhrnně v rámci smluvních ujednání předcházejících smlouvě na realizaci předmětné veřejné zakázky, kdy se naopak k vybranému uchazeči stále více připoutával, resp. posiloval jeho výhradní postavení, čímž zapříčinil stav exkluzivity vybraného uchazeče vůči informačnímu systému CEDR.
93. Úřad v dalším předesílá, že na výše učiněném závěru, a sice že stav exkluzivity vybraného uchazeče ve vztahu k systému CEDR byl způsoben jednáním obviněného, čili nevznikl „pouze“ v důsledku jeho „nešikovnosti“, by nemohl ničeho změnit ani ten fakt, že obviněný případně při uzavření původní smlouvy nemusel s jistotou vědět o tom, že v budoucnu bude zapotřebí vytvořit modul informačního systému CEDR týkající se EHP a Norských fondů, tj. modul týkající se šetřené veřejné zakázky. Je tomu tak proto, že v daném případě vůbec nejde o to, že by měl obviněný předvídat konkrétní podobu budoucího plnění (to ani v zásadě není mnohdy možné), ale zásadní je to, že obviněný potřebu změn a rozvoje systému CEDR vůbec uvažoval a nepochybně předvídal (resp. obviněný neuvažoval, že vytvořený systém bude po vytvoření „zakonzervován“), a tedy právě tuto situaci měl brát při konstrukci smluvních podmínek původní smlouvy v potaz. Jinými slovy obviněný měl při uzavírání původní smlouvy postupovat náležitě „bděle“ v tom smyslu, aby na budoucí potřebu rozvoje a úprav systému CEDR mohl reagovat „jinak“, čili kupříkladu jejich vysoutěžením v otevřeném zadávacím řízení, a nikoliv ponechat vlastnická a autorská práva k předmětnému systému vybranému uchazeči a následně se odvolávat na nemožnost zadání předmětu posuzované veřejné zakázky jiným způsobem, než užitím jednacích řízení bez uveřejnění. Úřad pro úplnost doplňuje, že na shora uvedeném závěru nemohou ničeho změnit ani čestná prohlášení vybraného uchazeče, že je výhradním vykonavatelem autorských a majetkových práv k systému CEDR (viz bod 56. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad totiž opětovně upozorňuje, že obviněný autorskoprávní důvody projevující se ve stavu exkluzivity vybraného uchazeče sám způsobil (k tomu v podrobnostech viz výše). Je tedy

zřejmé, že předmětná prohlášení nemůžou opodstatnit zadání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.

94. Vzhledem k předchozím bodům odůvodnění tohoto rozhodnutí tudíž Úřad uvádí, že judikovanou podmínku o potřebě plnění, které zadavatel nemohl předvídat, šetřená veřejná zakázka nesplňuje, jelikož z pohledu Úřadu obviněný nemohl při uzavírání původní smlouvy nevědět, že určité konkrétní činnosti spočívající mj. v rozvoji a rozšíření systému CEDR a jeho úpravách bude zapotřebí v budoucnu zabezpečit. Úřad opětovně podotýká, že obviněný si za celou dobu, tzn. od uzavření původní smlouvy do uzavření smlouvy na posuzovanou veřejnou zakázku, s vybraným uchazečem nesjednal možnost „libovolně“ se systémem CEDR nakládat a zasahovat do něj, kdy si naopak v průběhu času uzavíráním dalších navazujících smluv a dodatků vytvářel na vybraném uchazeči čím dál větší závislost, v důsledku čehož vytvořil reálně předpoklady pro to, aby byla předmětná veřejná zakázka zadána v jednacím řízení bez uveřejnění, avšak pro tento postup nesplnil podmínky předvídané v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Nelze proto v žádném případě konstatovat, že by potřeba předmětných činností tvořících předmět plnění posuzované veřejné zakázky vznikla nezávisle na vůli obviněného a že jeho postup by byl pouze „nešikovný“.
95. 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, obviněný svým postupem při uzavírání původní smlouvy a následně svým postupem při uzavírání navazujících smluv a dodatků k původní smlouvě stav exkluzivity vybraného uchazeče prokazatelně způsobil (vytvořil).
96. Úřad ve světle výše předestřených skutečností shrnuje, že obviněný zadal šetřenou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoliv k tomu nebyly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, když důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče byl zaviněně vytvořen postupem obviněného při uzavření původní smlouvy (a dále prohlubován uzavíráním navazujících smluv a dodatků), a proto obviněný nemohl předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na důvody ochrany výhradních práv vybraného uchazeče zadat.
97. Na tomto místě se Úřad pro úplnost vyjádří k argumentaci obviněného, jejímž obsahem je tvrzení, že při posuzování věci je třeba brát do úvahy i hledisko hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti při nakládání s veřejnými prostředky, kdy obviněný v této souvislosti odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 30/2012-54 ze dne 11.1.2013 (viz bod 18. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
98. K tomu Úřad uvádí, že se nejedná o důvody, jež pro použití jednacím řízení bez uveřejnění uvádí zákon v § 23 odst. 4 písm. a). Obviněný totiž musí v řízení před Úřadem prokázat, že z technických důvodů a důvodu ochrany 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. Jak již bylo uvedeno výše, obviněný zmíněné důvody v řízení před Úřadem

neprokázal. Skutečnost, zda postup obviněného vycházel ze snahy dosáhnout ekonomicky hospodárnějšího postupu, sama o sobě souladnost postupu obviněného se zákonem nedokládá, neboť ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, na jehož aplikaci se obviněný odvolává, opravňuje k použití jednacím řízení bez uveřejnění pouze v případě exkluzivity vybraného uchazeče ve vztahu k realizaci plnění veřejné zakázky z technických, uměleckých důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu.

99. K samotné otázce dodržení zásady hospodárnosti se pak 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 sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15.10.2015, ve kterém soud – přílehavě i na posuzovaný případ – uvedl, že *„(...) sama zásada hospodárnosti, nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacím řízení bez uveřejnění zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže.“* Úřad předesílá, že argumentace obviněného stran odkazu na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 30/2012-54 ze dne 11.1.2013 nemůže, vzhledem k výše uvedenému, obstát. Úřad k tomu poznamenává, že obviněný z odůvodnění citovaného rozsudku účelově „vytrhává“ pouze ta konstatování, jež jsou pro jeho procesní obranu výhodná, kdy však z předmětného rozsudku vyplývá, že příslušný zadavatel by si před zadáním veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona měl vždy (a to zejména v případě, že „hospodárností“ míní následně argumentovat, resp. svůj postup obhajovat) provést porovnání nákladů na realizaci zakázky stávajícím dodavatelem a dodavatelem odlišným. Je tedy zřejmé, že pouze tvrzená hospodárnost a efektivnost postupu spočívajícího v zadání konkrétní veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, což činí obviněný, nemůže obstát a postačovat.
100. Úřad v této souvislosti odkazuje dále i na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 18/2015 – 32 ze dne 25.11.2015, ve kterém je uvedeno, že *„(...) důkazní břemeno, pokud jde o prokázání naplnění podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, svědčí zadavateli (stěžovateli), proto nelze důvodně požadovat po správních orgánech či krajském soudu, aby se nad rámec podkladů předložených stěžovatelem zabývaly ‚porovnáním ekonomických výdajů stěžovatele na pořízení nového programového vybavení‘. Nejvyšší správní soud se pak ztotožňuje se závěry krajského soudu i v tom smyslu, že zásada hospodárnosti nemůže mít automaticky aplikační přednost před splněním striktních zákonných podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, a to zvláště tehdy, pokud stěžovatel nemá k dispozici důkladný ekonomický rozbor svědčící takové výhodnosti.“* Ekonomická stránka předmětné zakázky tedy sama o sobě nemůže být důvodem pro využití jednacím řízení bez uveřejnění a jakkoli odborně provedená analýza či odborný posudek nemůže plnohodnotně nahradit chování soutěžitelů na volném trhu. V daném případě navíc obviněný hospodárnost svého postupu prostřednictvím ekonomické analýzy či jiného relevantního podkladu nijak nedoložil. V daném případě tedy není možné posoudit rozpor požadavku na zajištění konkurenčního prostředí s požadavkem na hospodárné, efektivní a účelné vynakládání veřejných prostředků. „Ekonomičnost“, resp. hospodárnost obviněným provedeného řešení, tedy

zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči bez soutěže, je tedy v tomto případě zcela v rovině tvrzení obviněného, které není žádným způsobem doloženo (obviněný nepředložil ekonomickou analýzu, ani žádný jiný dokument, který by ekonomickou výhodnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění prokazoval). V daném případě nelze rovněž dle názoru Úřadu abstrahovat od toho, že se nejedná o ojedinělou takto přidělenou veřejnou zakázku vybranému uchazeči, neboť jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, obviněný si tímto způsobem již po delší dobu prohlubuje závislost na vybraném uchazeči a lze tedy mít značné pochybnosti o hospodárnosti postupu obviněného, kterýžto přiděluje veřejné zakázky vybranému uchazeči, jenž není vystaven žádné konkurenci, a tedy neprobíhá soutěž o dané plnění.

101. Ve vztahu k předmětné argumentaci obviněného Úřad dále „pro zajímavost“ předesílá, že cena za plnění poskytnutého na základě původní smlouvy činila částku 4 567 500,- Kč s DPH. Dále např. cena za plnění poskytnutého na základě „Smlouvy o technické a provozní podpoře IS CEDR III, č. STP-2008-120-000003“, která byla mezi obviněným a vybraným uchazečem uzavřena dne 19.3.2008, činila částku 8 032 500,- Kč s DPH. Dále kupříkladu cena za plnění poskytnutého na základě „Smlouvy o dílo Zajištění vývoje IS CEDR II, č. ASD/MF/CEDRII/2007“, která byla mezi obviněným a vybraným uchazečem uzavřena dne 30.3.2007, činila částku 4 500 000,- Kč s DPH. Dále např. cena díla poskytnutého na základě „Smlouvy o dílo Vývoj IS CEDR II v roce 2009, č. SDI-2009-110-000002“, uzavřená mezi obviněným a vybraným uchazečem dne 30.3.2009, činila částku 7 481 530,- Kč s DPH. Je tedy zřejmé, že obviněný za plnění související s provozem, rozšířením a vývojem informačního systému CEDR (kdy Úřadem nebyly vyčísleny zdaleka všechny smlouvy a dodatky „navazující“ na původní smlouvu) vynaložil již minimálně desítky milionů korun. Nelze přitom zcela vyloučit, že pokud by na obviněného již na základě původní smlouvy přešla autorská práva k předmětnému informačnímu systému, popř. pokud by navazující činnosti byly zajišťovány dodavatelem, jenž by vzešel z transparentnějšího druhu zadávacího řízení, mohlo by v dlouhodobějším časovém horizontu dojít k významné úspoře veřejných financí. Předmětná argumentace obviněného mířící na „efektivnost“ zadání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči je tak zcela lichá, resp. nijak nemůže ospravedlnit její zadání v tomto druhu zadávacího řízení postupem podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.

*K argumentaci obviněného týkající se problematiky zahájení řízení o přestupcích*

102. Obviněný v jeho vyjádřeních namítá, že Úřad nebyl oprávněn zahájit předmětné řízení o přestupku, neboť pochybnosti, na základě nichž bylo předmětné řízení o přestupku zahájeno, Úřad získal na základě podnětu, za který však nebyl v rozporu s § 259 odst. 1 ZZVZ vybrán poplatek ve výši stanovené ZZVZ (viz body 13., 20. a 21. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad sděluje následující.
103. Obecně platí, že skutečnost, z jakého zdroje se Úřad o pochybení zadavatele dozví (podnět, informace z internetu, z médií, z tisku, na základě součinnosti orgánů státní správy) není pro zahájení řízení o přestupku a vedení takového řízení rozhodná. Činnost Úřadu je ovládána mj. principem oficiality, což znamená, že správní orgán, nepochybně tedy i Úřad, má právo a povinnost zahájit správní řízení z moci úřední, jakmile nastane konkrétní skutečnost předvídaná příslušným právním předpisem, tzn. v pozici Úřadu skutečnost předvídaná zákonem o veřejných zakázkách. Toto právo a povinnost vyvěrá z § 249 zákona, dle něhož

Úřad zahajuje správní řízení z moci úřední jako v této věci. Proto rozhodně není pravdivý argument, že to, jak se Úřad dozvěděl skutečnosti odůvodňující zahájení řízení o přestupku, je „zásadní“, zda bylo řízení zahájeno v souladu s právním řádem. Ostatně obviněný v této souvislosti ani netvrdí žádné porušení konkrétního procesního práva, které je ve správním řízení stanoveno k ochraně obviněného. Jelikož tedy Úřad získal pochybnost o postupu obviněného v šetřené věci, nejednalo se o bezdůvodně zahájený přezkum postupu obviněného, nýbrž o přezkum založený na relevantních příčinách, o čemž svědčí i závěry uvedené v odůvodnění tohoto rozhodnutí. Pokud tedy Úřad shledá, že existují důvody pro zahájení správního řízení, zahajuje správní řízení ve smyslu § 78 odst. 2 zákona o přestupcích. Ve vztahu k právě uvedenému je příp. možno odkázat i na názor vyslovený Ústavním soudem v usnesení ze dne 8.10.2002 sp. zn. II. ÚS 586/02, kde uvedl, že: „(...) lze souhlasit s názorem, že nemůže záležet na libovůli správního orgánu, zda řízení, které lze zahájit z vlastního podnětu, zahájí či nikoliv, neboť jeho činnost je ovládána mimo jiné principem oficiality, podle kterého správní orgán má právo a povinnost zahájit řízení, jakmile nastane skutečnost předvídaná zákonem, bez ohledu na to, jak ji zjistí.“

104. Úřad může rovněž v souvislosti s výše uvedeným odkázat i na pravomocné rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0116/2017/VZ-27134/2017/322/LKa ze dne 20.9.2017, ve kterém byla předsedou Úřadu řešena obdobná problematika, tzn. možnost zahájit Úřadem správní řízení z moci úřední (viz body 37. a následující citovaného rozhodnutí, jehož byl zadavatel jediným účastníkem řízení) a postup Úřadu v tomto smyslu nebyl jakkoliv zpochybněn; ostatně nelze přehlédnout i to, že se jednalo o správní řízení téhož obviněného, byť v jiné věci, a tedy by mu závěry obsažené v citovaném rozhodnutí měly být známy.
105. Na základě výše uvedeného je tudíž skutečnost, zda Úřad získal pochybnosti vedoucí k zahájení předmětného řízení o přestupku na základě podnětu (u něhož byla splněna poplatková povinnost či nikoliv), popř. informací získaných jiným způsobem, zcela irelevantní, neboť Úřad je s ohledem na princip oficiality oprávněn zahájit správní řízení kdykoliv, kdy se dozví skutečnosti, které by svědčily o porušení zákona.

*K návrhu obviněného na provedení důkazu znaleckými posudky*

106. Pokud obviněný argumentuje v tom smyslu, že je to Úřad, který je povinen zjistit skutkový stav, a s odkazem na toto navrhuje, aby Úřad ustanovil znalce k vypracování písemného znaleckého posudku ve věci odborného posouzení (viz body 14. a 21. odůvodnění tohoto rozhodnutí), pak k tomu Úřad poznamenává, že povinnost zjištění skutkového stavu věci Úřadu se s ohledem na obrácené důkazní břemeno v souvislosti s doložením podmínek opravňujících použití jednacích řízení bez uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda obviněný toto důkazní břemeno unesl či nikoliv. Úřad tedy nerezignuje na svoji povinnost zjistit úplný skutkový stav věci, avšak nemůže za zadavatele povinnost ohledně doložení existence objektivních důvodů k použití jednacích řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona suplovat, přičemž v tomto duchu odkazuje již na výše citovanou judikaturu týkající se přenesení důkazního břemene v případě zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění (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, rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-385/02 ze dne 14.9.2004, rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3.10.2013

atd). Úřad má tedy v šetřeném případě povinnost posoudit, zda zadavatel unesl důkazní břemeno, tedy zda prokázal naplnění důvodů pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, protože není možné po Úřadu požadovat zajištění podkladů o oprávněnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění, zvláště pak měl-li těmito podklady obviněný disponovat již před zahájením zadávacím řízení na posuzovanou veřejnou zakázku. Úřad proto předmětnému návrhu obviněného nevyhověl a navrhované důkazy znaleckými posudky neprovedl, neboť je v tomto případě zcela na obviněném, aby předložil takové podklady, které by zákonnost jeho postupu v jednacím řízení bez uveřejnění potvrdily.

107. Úřad v souvislosti s výše uvedeným odkazuje i na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř, ze dne 29.9.2016, v němž předseda Úřadu uvedl následující: *„(...) Co se týče údajné rezignace Úřadu na zjišťování stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti ve smyslu § 3 správního řádu, uvádím následující. Není sporu o tom, že je správní řízení zpravidla ovládáno zásadou vyšetřovací a zásadou materiální pravdy. Avšak skutečnost, že správní řád připouští možné výjimky z předmětné zásady, vyplývá i ze samotného znění § 3 správního řádu, kde sice je stanovena povinnost správního orgánu postupovat tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu, avšak to tehdy, nevyplývá-li ze zákona něco jiného. Proto je-li ve správním řádu výslovně zakotvena povinnost správních orgánů (potažmo tedy i Úřadu) postupovat v souladu se zásadou materiální pravdy, neznamená to, že z tohoto pravidla není přípustná výjimka, resp. že toto pravidlo nemůže být relevantním právním předpisem či judikaturou správních soudů modifikováno či oslabeno. Tak se tomu stalo i v právě posuzované věci v souvislosti s prokazováním důvodů pro oprávněné uplatnění § 23 zákona. Uvedené pak odůvodňuje potřeba omezit používání tohoto druhu zadávacím řízení na mimořádné případy, a to v zájmu zachování co nejvíce transparentní hospodářské soutěže. S odkazem na již výše prezentované mohu i tuto námitku zadavatele, spočívající v tvrzené rezignaci Úřadu na zjišťování stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti, jako nedůvodnou odmítnout.“*
108. Pro úplnost Úřad odkazuje i na aktuální soudní judikaturu, kdy např. Krajský soud v Brně ve svém rozsudku 31 Af 35/2015 – 80 ze dne 28.6.2017 v obdobném případě při zjišťování skutkového stavu Úřadem při šetření veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění judikoval: *„V rámci námitek nedostatečně zjištěného skutkového stavu žalobce brojil i proti tomu, že Úřad rozhodl bez nařízení ústního jednání. Z obsahu správního spisu vyplývá, že žalobce nepředložil žádný listinný důkaz, který by objektivně prokazoval nutnost zadání zakázky v JŘBU. Veškeré důvody opíral o svá tvrzení, případně své vlastní analýzy. Za této procesní situace nebylo důvod nařizovat ve věci ústní jednání, neboť to by s ohledem na skutková zjištění v průběhu správního řízení a s ohledem na odůvodnění návrhu na ústní jednání nemohlo přinést nic jiného, než opětovné subjektivní vyjádření důvodů, které vedly žalobce k využití JŘBU. Soud se proto plně ztotožnil s postupem žalovaného, který ve věci ústní jednání nenařídil. Soud zdůrazňuje již výše uvedené, že objektivní posouzení možnosti využití ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ musel mít zpracované před zadáním veřejné zakázky. V případě absence takového posouzení by nemohlo na věci nic změnit ani nařízení ústního jednání.“*
109. Z výše uvedeného rozsudku Krajského soudu v Brně je tedy nade vše pochybnost zřejmé, že povinností zadavatele je jeho postup v jednacím řízení bez uveřejnění řádně a relevantním

způsobem prokázat, odůvodnit a zdokumentovat ještě před vlastním započítáním zadávání v takovém zadávacím řízení. Doklady prokazující oprávněnost použití jednacím řízení tak musí být obsaženy v dokumentaci o veřejné zakázce a zadavatel by je měl doložit společně s dokumentací o veřejné zakázce. Úmyslem zákonodárce totiž evidentně nebylo, aby se zadavatel svůj postup snažil legitimizovat, a to až poté, co již samotná situace nastala, tj. kdy již byla uzavřena smlouva v jednacím řízení bez uveřejnění, nebo dokonce až v situaci, kdy veřejná zakázka zadávaná postupem v jednacím řízení bez uveřejnění byla zrealizována. Uvedený postup by byl zcela proti liteře zákona, neboť je zcela logické, že zadavatel musí předem ověřit, zda pro daný postup jsou splněny zákonné podmínky, a teprve následně lze případně takto postupovat a nikoliv tedy zadat veřejnou zakázku konkrétním postupem (v šetřeném případě v jednacím řízení bez uveřejnění), a teprve následně se snažit takový postup dostupnými prostředky verifikovat, popř. dokonce vyžadovat potvrzení a prokázání takových skutečností po správním orgánu. Lze doplnit, že ani znalecký posudek vypracovaný na základě zadání obviněného, popř. jiného subjektu, avšak vycházející ze skutkového stavu ex post, čili ze skutkového stavu až po zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, by, ve světle shora popsanych skutečností, nemohl případně ospravedlnit zadání takové veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.

110. K odkazu obviněného na správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. S0453,S0658/2016/VZ, kde Úřad ustanovil znalce k posouzení skutkového stavu (viz opětovně bod 14. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že v odkazovaném případě nebyl znalec ustanoven z důvodu posouzení splnění podmínek pro realizaci jednacím řízení bez uveřejnění, nýbrž, jak vyplývá ze znalci položených otázek (viz bod 38. odůvodnění rozhodnutí č. j.: ÚOHS-S0453,S0658/2016/VZ-46586/2016/532/KSt ze dne 22.11.2016), znalec byl ustanoven za účelem posouzení technické specifikace plnění poptávaného v rámci předmětné veřejné zakázky, kdy Úřad přezkoumával transparentnost zadávací dokumentace. Je tedy zřejmé, že daný argument (odkaz) obviněného je lichý.

#### *Další závěry Úřadu*

111. Úřad dále uvádí, že dne 1.10.2016 nabyl účinnosti ZZVZ. Úřad se proto v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod zabýval otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba jednání obviněného posuzovat. V této souvislosti lze uvést, že jednání obviněného je přestupkem podle obou právních předpisů [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona, § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kdy o případném naplnění znaku skutkové podstaty spočívajícím v alespoň potenciálním vlivu na výběr dodavatele nemůže být v situaci, kdy o veřejnou zakázku neproběhla žádná soutěž, pochyb], přičemž obviněnému by při ukládání sankce podle ZZVZ hrozila stejně vysoká pokuta [srov. ust. § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ] jako podle právní úpravy aplikované v šetřeném případě. Co se týče merita vedeného řízení o přestupku, tzn. posouzení splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tak ani v tomto ohledu není ZZVZ právní úpravou příznivější, neboť § 63 odst. 3 ZZVZ stanovuje pro možnost využití jednacím řízení bez uveřejnění stejné podmínky, jako § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
112. Úřad současně doplňuje, že dne 1.7.2017 nabyl účinnosti „nový“ zákon o přestupcích, (tj. zákon č. 250/2016 Sb.). Dle § 112 odst. 1, věty první, zákona o přestupcích přitom platí, že na přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona hledí jako na přestupky podle tohoto zákona. Obviněný

se protiprávního jednání v souvislosti se zadáním šetřené veřejné zakázky dopustil v době účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. V této době, tzn. v době spáchání, bylo toto jednání správním deliktem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Vzhledem k tomu, že Úřad řízení o přestupku zahájil až po dni nabytí účinnosti zákona o přestupcích, musí být na protiprávní jednání obviněného, při zohlednění § 112 odst. 1, věty první, zákona o přestupcích nahlíženo již jako na přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. To je tedy důvodem, proč je protiprávní jednání obviněného označováno jako „přestupek“. Podle § 112 odst. 1, věty druhé, zákona o přestupcích se odpovědnost za přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, posoudí podle dosavadních zákonů, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona; podle tohoto zákona se posoudí jen tehdy, jestliže to je pro pachatele příznivější. Úřad uvádí, že po pečlivém posouzení případu dospěl k tomu, že zákon o přestupcích není z hlediska vzniku odpovědnosti obviněného za přestupek příznivější, a proto není dán v tomto ohledu důvod k jeho aplikaci. Úřad současně konstatuje, že nepřehlédl znění ustanovení § 112 odst. 2 zákona o přestupcích, jež se týká zániku odpovědnosti pachatele za spáchaný přestupek. Tomuto se Úřad nicméně bude věnovat až v části odůvodnění tohoto rozhodnutí týkajícího se ukládané sankce – pokuty.

113. Na základě všech výše uvedených skutečností tedy Úřad dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť obviněný neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv realizovat pouze vybraný uchazeč, ačkoliv na základě těchto důvodů posuzovanou veřejnou zakázku zadal, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 30.6.2015 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Nelze totiž zcela vyloučit možnost, že pokud by obviněný šetřenou veřejnou zakázku zadal v takovém druhu zadávacího řízení, jež umožňuje širší konkurenci a vzájemnou soutěž dodavatelů, mohl obdržet nabídky i od dalších potenciálních dodavatelů, kteří mohli nabídnout výhodnější podmínky pro obviněného než vybraný uchazeč, a v důsledku toho mohlo dojít k úspoře financí z veřejných zdrojů, což ostatně patří mezi základní účely a cíle zákona. Obviněný tak svým jednáním výrazně omezil hospodářskou soutěž.
114. Pokud jde o potencialitu vlivu nezákonného jednání obviněného při zadávání veřejné zakázky na výběr nejvhodnější nabídky, coby jednoho ze znaků skutkové podstaty přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, pak Úřad nad rámec shora řečeného dodává následující. Jak již uvedl předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014, zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Jak rovněž konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20.3.2012 „*Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou (...)* K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“ Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že „*v tomto kontextu je třeba poukázat*



na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „(...) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.“ V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12.2.2009 předseda Úřadu konstatoval, že „Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. (...) k uložení pokuty Úřadem stačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“ Je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale stačí „pouhá“ eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7.10.2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že „pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení (§ 120 odst. 1 písm. a) zákona, pozn. Úřadu) (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.“ Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26.9.2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu (...) již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.“ Úřad pro úplnost dodává, že ačkoliv se shora popsané závěry příslušných soudů týkaly spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jsou tyto plně příléhavé i na šetřený případ, neboť skutková podstata protiprávního jednání podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nedoznala žádných změn, „pouze“ již s přijetím zákona o přestupcích toto nezákonné jednání zadavatele není označováno jako „správní delikt“, nýbrž jako „přestupek“.

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

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

116. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

117. 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.
118. V šetřeném případě se obviněný dopustil přestupku podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť obviněný neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv realizovat pouze vybraný uchazeč, ačkoliv na základě těchto důvodů posuzovanou veřejnou zakázku zadal, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 30.6.2015 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
119. Pro úplnost Úřad dodává, že jednání obviněného, jak již uvedl výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, posuzoval při zohlednění čl. 40 odst. 6 Listiny podle právní úpravy účinné v době spáchání přestupku, neboť jednání obviněného je přestupkem jak podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tak i podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ a ZZVZ ani zákon o přestupcích nepředstavují v šetřené věci příznivější právní úpravu (k posouzení zániku odpovědnosti obviněného za spáchání přestupku dle přestupkového zákona podrobněji viz dále).
120. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za přestupek zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
121. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. Úřad zjistil pochybnosti o zákonnosti postupu obviněného dne 16.2.2017, přičemž řízení o přestupku bylo zahájeno dne 23.8.2017. Smlouva na veřejnou zakázku byla obviněným uzavřena dne 30.6.2015. Z uvedeného vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost obviněného za přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nezanikla, neboť Úřad zahájil řízení o přestupku před uplynutím 5 let ode dne, kdy byl přestupek spáchán, a současně do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl.
122. K uvedenému dále Úřad dodává, že z ustanovení § 112 odst. 2 zákona o přestupcích vyplývá, že ustanovení dosavadních zákonů o lhůtách pro projednání přestupku nebo jiného správního deliktu, lhůtách pro uložení pokuty za přestupek nebo jiný správní delikt a lhůtách pro zánik odpovědnosti za přestupek nebo jiný správní delikt se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona nepoužijí. Odpovědnost za přestupek a dosavadní jiný správní delikt však nezanikne dříve, než by uplynula některá ze lhůt podle věty první, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.
123. 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.
124. 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.

125. 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 odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
126. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se obviněný dopustil přestupku, a za kterou může být obviněnému uložena pokuta, činí 3 803 114,70 Kč s DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku 380 311,- Kč.
127. Podle § 37 písm. a), b), c) a g) zákona o přestupcích (Úřad zde cituje pouze ta ustanovení, která jsou v daném případě pro určení druhu a výměry trestu relevantní, pozn. Úřadu) se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku, k tomu, že o některém z více přestupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky, nebylo rozhodnuto ve společném řízení, k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem a u právnické osoby nebo podnikající fyzické osoby k povaze její činnosti.
128. Podle § 38 písm. a), b), c), d), f) a g) zákona o přestupcích je povaha a závažnost přestupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, významem a rozsahem následku přestupku, dále způsobem spáchání přestupku, okolnostmi spáchání přestupku, rovněž i délkou doby, po kterou trvalo protiprávní jednání pachatele nebo po kterou trval protiprávní stav udržovaný protiprávním jednáním pachatele a počtem jednotlivých dílčích útoků, které tvoří pokračování v přestupku.
129. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6.12.2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná, nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. S požadavky soudu na řádné odůvodnění pokuty, obsaženými ve výše citovaném rozsudku, se Úřad vypořádává následujícím způsobem.
130. Ke způsobu spáchání přestupku Úřad uvádí, že obviněný se dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při výběru dodavatele veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když dne 30.6.2015 uzavřel v rámci jednacího řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku, aniž by pro daný druh zadávacího řízení byly splněny zákonem stanovené podmínky, přičemž tento postup obviněného mohl podstatně ovlivnit výběr

nejvhodnější nabídky. Vybraný uchazeč nebyl v souvislosti s předmětem veřejné zakázky zadané v jednacím řízení bez uveřejnění vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky. Úřad konstatuje, že nezákonné vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, jehož hlavním cílem je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Následkem postupu obviněného došlo zcela k vyloučení hospodářské soutěže, neboť v důsledku nezákonného postupu obviněného došlo k zadání předmětné veřejné zakázky přímo vybranému uchazeči.

131. Jako polehčující okolnost při úvaze o výměře pokuty vzal Úřad v potaz fakt, že obviněný poskytl v celém průběhu řízení o přestupku Úřadu řádnou součinnost. Jako další polehčující okolnost zohlednil Úřad rovněž tu skutečnost, že od spáchání přestupku již uplynula poměrně dlouhá doba. Úřad současně k výše popsaným polehčujícím okolnostem podotýká, že je nelze považovat za okolnosti, které by „zhojily“ uvedené porušení zákona obviněným. Úřad však k těmto okolnostem přihlédl při posuzování způsobu spáchání přestupku a při zvažování výše pokuty.
132. Po pečlivém posouzení případu ve všech vzájemných souvislostech Úřad žádné další polehčující, jakož ani přitěžující okolnosti neshledal.
133. Úřad pro úplnost uvádí, že nejsou ani dány důvody pro konstatování toho, že by obviněný za spáchaný přestupek neodpovídal z důvodu, že by vynaložil veškeré úsilí k tomu, aby porušení právní povinnosti zabránil, neboť obviněný v tomto smyslu ani neargumentoval.
134. Úřad se dále zabýval skutečností, zda přestupek, za který je obviněnému nyní ukládán trest, není v souběhu s dalším přestupkem (přestupky) obviněného. Tento postup Úřadu vychází z konstantní rozhodovací praxe správních soudů, kdy je možné uvést rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18.6.2009, č. j. 1 As 28/2009 – 62 (publikován ve Sb. NSS 2248/2011), popřípadě rozsudek NSS ze dne 16.9.2016 č. j. 6 As 245/2015 – 33. V prvně uvedeném rozhodnutí Nejvyšší správní soud konstatoval, že *»soud dovodil, že při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat tento trestněprávní institut vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva ve správním trestání všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. K této zásadě se již Nejvyšší správní soud vyslovil např. ve svém rozsudku ze dne 16. 4. 2008, č. j. 1 As 27/2008 - 67, dle něhož „použití analogie ve správním trestání je přípustné, a to v omezeném rozsahu, pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázkou vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem“.*« Soud dále pokračuje tak, že *»[t]restněprávní doktrína uvádí, že souběh „je dán tehdy, jestliže se pachatel dopustil dvou nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich vyhlášen soudem prvního stupně odsuzující rozsudek za podmínky, že tento rozsudek později nabyl právní moci a že o něm neplatí fikce neodsouzení“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, str. 26).*« Současně je v citovaném rozsudku uvedeno, že pro potrestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale je nezbytné použití absorpční zásady, pakliže zde existují sbíhající se delikty, resp. přestupky.

135. S ohledem na výše uvedené provedl Úřad šetření, zda je v daném případě na místě zohlednit i jiné sbíhající přestupky (správní delikty), za které již obviněnému byla uložena pokuta podle zákona. Jak již bylo uvedeno v bodě 118. odůvodnění tohoto rozhodnutí, ke spáchání právě projednávaného přestupku došlo dne 30.6.2015. Úřad ověřil, že v právě projednávaném případě je přestupek obviněného v souběhu s přestupky (správními delikty), o nichž bylo rozhodnuto v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0186/2017/VZ-19607/2017/553/MBu ze dne 29.6.2017 (citované rozhodnutí nabylo právní moci dne 20.9.2017), které byly spáchány dne 25.5.2012, dne 29.4.2013 a dne 16.9.2014, přičemž pokuta ve výši 200 000,- Kč byla uložena za spáchání přestupku, kterého se zadavatel dopustil dne 29.4.2013, dále v souběhu s přestupkem, o kterém bylo rozhodnuto výrokem I. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0275/2017/VZ-27845/2017/512/VZe ze dne 25.9.2017 (citované rozhodnutí dosud nenabylo právní moci), který byl spáchán dne 30.1.2014, a za který byla Úřadem uložena pokuta ve výši 250 000,- Kč, a dále v souběhu s přestupky, o nichž bylo rozhodnuto v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0318,S0325/2017/VZ-28607/2017/532/MOn ze dne 3.10.2017 (citované rozhodnutí dosud nenabylo právní moci), které byly spáchány dne 22.3.2013 a dne 17.1.2014, přičemž pokuta ve výši 820 000,- Kč byla uložena za spáchání přestupku, kterého se zadavatel dopustil dne 22.3.2013 (veškerá pravomocná rozhodnutí Úřadu jsou dostupná online na <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti.html>).
136. 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.
137. Měl-li by Úřad uložit obviněnému pokutu za uvedený přestupek a nemá-li zároveň v tomto řízení o přestupku zákonné zmocnění zrušit předcházející „výroky o trestu“ (tj. výroky uvedené v bodě 135. odůvodnění tohoto rozhodnutí), lze absorpční zásadu ve formě uplatnění pravidel pro ukládání souhrnného trestu aplikovat pouze tím způsobem, že Úřad v rámci uložení sankce za projednávaný přestupek zohlední předchozí uloženou pokutu za přestupky (správní delikty), jež jsou s projednávaným přestupkem v souběhu, tj. pokuty uložené v rozhodnutích uvedených v bodě 135. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
138. S ohledem na vše shora uvedené Úřad konstatuje, že obviněnému uložil za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí pokutu ve výši 101 000,- Kč, která odpovídá závažnosti spáchaného přestupku a všem dále hodnoceným skutečnostem, a to při respektování absorpční zásady ve formě analogického použití institutu souhrnného trestu.
139. Úřad dále při určení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z dokumentu „Rozpočet resortu financí (kapitola 312) pro rok 2017“, dostupného na webových stránkách obviněného <http://www.mfcr.cz/cs/verejny-sektor/statni-rozpocet/legislativa-statniho-rozpocetu/2017/rozpocet-kapitoly-312-ministerstva-finan-27559>, vyplývá, že příjmy obviněného za rok 2017 dosahují částky téměř 5 mld. Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž obviněný v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

140. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, jež nelze oddělit, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla obviněným pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6.12.2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam.
141. 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, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy tak již nelze dosáhnout jinak.
142. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda

### Obdrží

Česká republika – Ministerstvo financí, Letenská 525/15, 118 00 Praha 1

### Vypraveno dne

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