



UOHSX00AHDRL

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0337/2017/VZ-28950/2017 /521/OPi

Brno: 6. října 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném dne 23. 8. 2017 z moci úřední, jehož účastníkem je

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

ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona obviněným při zadávání veřejné zakázky „Zhodnocení ADIS v rámci pozáručního servisu v roce 2016“ na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona ze dne 8. 3. 2016, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 31. 5. 2016 pod ev. č. zakázky 639484 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 106-189593,

**rozhodl** takto:

### I.

Obviněný – Česká republika – Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1 – se dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Zhodnocení ADIS v rámci pozáručního servisu v roce 2016“ na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona ze dne 8. 3. 2016, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 31. 5. 2016 pod ev. č. zakázky 639484 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 106-189593, nedodržel postup stanovený v § 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 obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč – IBM Česká republika, spol. s r.o., IČO 14890992, se sídlem V parku 2294/4, 148 00 Praha 4, a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv jmenovaného vybraného uchazeče byl zaviněně vytvořen předchozím postupem právního předchůdce obviněného, kterým byla Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1, při uzavření „Smlouvy o systémové integraci“ ze dne 29. 6. 1992 na informační systém ADIS, který si potřeby budoucích návazných plnění souvisejících s předmětem původní smlouvy musel být vědom, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 20. 5. 2016 s uvedeným vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.

## II.

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

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

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

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Odesláním výzvy k jednání ze dne 8. 3. 2016 zahájil obviněný – Česká republika – Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“ nebo „obviněný“) – jednacím řízení bez uveřejnění za účelem zadání veřejné zakázky „Zhodnocení ADIS v rámci pozáručního servisu v roce 2016“, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 31. 5. 2016 pod ev. č. zakázky 639484 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 106-189593 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je dle čl. I. „Informace o předmětu veřejné zakázky“ výzvy k jednání ze dne 8. 3. 2016 rozšířená údržba IS ADIS (tj. Automatizovaný Daňový Informační Systém; dále jen „IS ADIS“ nebo „ADIS“) a realizace nového vývoje aplikačních programů ADIS na základě požadavků objednatele (tj. obviněného), přičemž těmito pracemi „se rozumí úpravy aplikačního programového vybavení (dále jen APV) prováděné v rámci pozáručního servisu, které přesahují rámec základní údržby, ale nejsou součástí smlouvy uzavřené na vývoje aplikace a kterými se SW ADIS zhodnocuje.

*Rozhodující část úprav řešených v pozáručním servisu aplikace ADIS tvoří ad hoc požadavky formulované při jednání garančních skupin jednotlivých aplikačních oblastí vývoje systému ADIS, které nejsou předmětem základní údržby a nejsou realizovány v rámci probíhající řešitelské fáze. Jedná se o úlohy, které je možno vzhledem na jejich rozsah a složitost realizovat v rámci pozáručního servisu a zahrnout je do právě připravovaných distribučních*

*verzí aplikace ADIS probíhající řešitelské fáze. Dále sem patří zásahy do aplikačního programového vybavení, které ovlivňují funkcionalitu těch modulů či subsystémů ADIS, jež nejsou předmětem probíhajícího vývoje. Tyto požadavky jsou velmi často odrazem návrhů pracovníků OFS směřující ke zlepšení funkcionality či komfortu ovládání jednotlivých částí aplikace ADIS a jejich řešení nelze odkládat do další smlouvy na základní vývoj aplikace, nebo změn podmínek provozu APV ADIS, které vyžadují zásah pro zachování stávající funkčnosti APV ve změněném prostředí.“*

3. Dne 20. 5. 2016 uzavřel obviněný se společností IBM Česká republika, spol. s r.o., IČO 14890992, se sídlem V parku 2294/4, 148 00 Praha 4 (dále jen „společnost IBM“ nebo „vybraný uchazeč“), „Smlouvu o dílo“ (dále jen „Smlouva“).

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

4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) získal pochybnosti o tom, zda obviněný postupoval při zadávání předmětné veřejné zakázky v souladu se zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), 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.
5. Z výše uvedených důvodů Úřad zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S0337/2017/VZ ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
6. Pro úplnost Úřad již na tomto místě uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, že dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), je třeba s ohledem na § 112 odst. 1 tohoto zákona na dosavadní správní delikty, tedy i na správní delikty upravené zákonem, hledět jako na přestupky. Pro úplnost Úřad uvádí, že v tomto ohledu došlo taktéž ke změně odborného názvosloví, kdy pojem „správní delikt“ byl nahrazen pojmem „přestupek“. Obdobně pak lze konstatovat, že zákon o přestupcích zavádí pojem „obviněný“, kdy podle § 69 tohoto zákona se podezřelý z přestupku stává obviněným, jakmile vůči němu správní orgán učiní první úkon v řízení. Vzhledem ke skutečnosti, že předmětné správní řízení je vedeno ve věci podezření ze spáchání přestupku, je zadavatel v tomto rozhodnutí označován v souladu se zákonem o přestupcích jako obviněný. V tomto ohledu se jedná pouze o změnu odborného názvosloví nemající vliv na hmotněprávní posouzení jednání obviněného, resp. zadavatele.

## **III. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU**

7. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání přestupku oznámil Úřad obviněnému, který je dle § 116 zákona jediným účastníkem řízení o přestupku, přípisem č. j. ÚOHS-S0337/2017/VZ-24585/2017/521/OPi ze dne 23. 8. 2017.
8. Dnem 23. 8. 2017, kdy bylo oznámení o zahájení řízení o přestupku doručeno obviněnému, bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 78 odst. 2 zákona o přestupcích předmětné řízení o přestupku zahájeno.
9. Usnesením č. j. ÚOHS-S0337/2017/VZ-24594/2017/521/OPi ze dne 23. 8. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.

10. Dne 24. 8. 2017 obdržel Úřad vyjádření obviněného z téhož dne.

#### **Vyjádření obviněného ze dne 24. 8. 2017**

11. Obviněný ve svém vyjádření předně podotýká, že *„nelze v dnešní době uplatňovanou judikaturu ohledně zaviněného stavu exkluzivity zadavatelů za účelem obcházení pravidel pro zadávání veřejných zakázek aplikovat na dobu, ve které pravidla pro zadávání veřejných zakázek neexistovala. (...) Úřad by měl při hodnocení okolností doprovázejících šetřenou veřejnou zakázku dojít k závěru, že nebylo možné po MF<sup>1</sup> spravedlivě požadovat, aby dopodrobna předvíдалo, jakou optikou se bude v budoucnu nejen právní úprava, ale i judikatura v této oblasti vyvíjet.“* V této věci odkazuje obviněný na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R30/2015/VZ-38136/2016/321/OHo ze dne 19. 9. 2016.
12. Obviněný dále nesouhlasí s Úřadem, že *„oblast vývoje softwaru na zakázku v 90. letech lze označit za dynamické odvětví ICT, naopak se domnívá, že nebylo vůbec reálné v té době předpokládat, jakou rychlostí a jakým směrem se tato oblast bude vyvíjet, když v době uzavření původní smlouvy byl právní předchůdce dnešní společnosti IBM Česká republika spol. s r.o. (...) jediný možný dodavatel požadovaného řešení na trhu, protože jako jediný dokázal dodat servery s vlastním operačním systémem i poskytnout zajištění servisu, dálkového dohledu apod. (...)“* V této souvislosti odkazuje obviněný na znalecký posudek č. 47-2015 doručený Úřadu dne 13. 3. 2017 v rámci vyjádření obviněného z téhož dne.
13. K výše uvedenému obviněný dodává, že *„v letech 1991 – 1993 docházelo postupně k zavedení standardního daňového systému tržní ekonomiky a jako součást tohoto postupu bylo i započato se zaváděním systému založeného na informačních technologiích, který by umožnil MF správu a vybírání daní v České republice. V tomto období tak probíhal proces nastavování samotného daňového systému a v souvislosti s tím i směru, jakým se bude oblast správy daní ubírat. V tomto období tak nemohlo být zcela jasné, zda vůbec nadále potrvá zájem na automatizovaném systému pro správu daní tohoto typu, nebo zda bude zvolena jiná cesta. (...) Vzhledem k formování daňové reformy a s ohledem na úroveň rozvinutosti vývoje počítačových programů a neexistenci právní úpravy zadávání veřejných zakázek včetně úpravy jednacního řízení bez uveřejnění, odpovídal postup MF tehdejšími podmínkami a nelze jej dnes považovat za vytváření určitých právních omezení za účelem obcházení řádného postupu zadávání veřejných zakázek.“*
14. Obviněný dále podotýká, že tvrzený stav exkluzivity způsobilo Ministerstvo financí, nikoliv obviněný, neboť Generální finanční ředitelství bylo zřízeno až zákonem č. 199/2010 Sb., kterým se mění zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 199/2010 Sb.“), a to s účinností od 1. 1. 2011. Současně obviněný uvádí, že použití jednacního řízení bez uveřejnění na veřejnou zakázku „Zhodnocení ADIS v rámci pozáručního servisu v roce 2016“ nebylo ze strany RVIS (Rada vlády pro informační společnost) ani vlády České republiky zpochybněno.
15. Obviněný dále upozorňuje, že pokud by se uplatnila na šetřený případ příslušná judikatura, nemohl by obviněný nadále pokračovat v užívání IS ADIS, které *„nutně předpokládá jeho*

<sup>1</sup> Myšleno Ministerstvo financí – pozn. Úřadu

*nepřetržitou technickou podporu, jeho okamžité přizpůsobení každé legislativní změně daňových právních předpisů a jeho vývoj odpovídající potřebám správy daní. (...) ve chvíli, kdy GFŘ nebude moci použít jednací řízení bez uveřejnění, nemá jak se společností IBM uzavřít příslušné potřebné smlouvy a stává se pro něj IS ADIS nepoužitelným.“*

16. Současně obviněný poukazuje na to, že IS ADIS je prvkem kritické informační infrastruktury dle zákona č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů (zákon o kybernetické bezpečnosti), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 181/2014 Sb.“), „u něž by narušení jeho funkce mělo závažný dopad na bezpečnost státu, zabezpečení základních životních potřeb obyvatelstva, zdraví osob nebo ekonomiku státu [viz § 2 písm. g) zákona č. 240/2000 Sb., o krizovém řízení]. Seznam prvků kritické infrastruktury, jejichž provozovatelem je organizační složka [státu,] určuje vláda svým rozhodnutím dle § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 240/2000 Sb., o krizovém řízení. IS ADIS byl uveden v tomto seznamu na základě usnesení vlády č. 390 ze dne 25. 5. 2015. Před tím byl však veden od 1. 1. 2015 jako významný informační systém dle zákona č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti, tedy systém, u kterého narušení bezpečnosti informací může omezit nebo výrazně ohrozit výkon působnosti orgánu veřejné moci.“
17. Obviněný dále popisuje účel a využití informačního systému ADIS (např. zabezpečení komplexní automatizované podpory všech daňových procesů potřebných pro výkon správy daní dle platné právní úpravy apod.), přičemž podotýká, že bez uzavření příslušných smluv „by bylo nutné systém téměř okamžitě odstavit, neboť by nebyla jednak zajištěna řádná funkčnost systému v souladu s legislativními změnami či rozhodovací praxí správních soudů či ústavního soudu, a dále by nebyla zajištěna řádná správa informačního systému zaručující jeho provoz a včasné odstraňování chybových hlášení vzešlých z každodenního provozu systému.“ K tomu obviněný uvádí důsledky případného neuzavření smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku, mezi které dle obviněného patří:
- „a) Nemožnost řešení havarijních stavů a jiných nestandardních situací v systému.*
  - b) Snížení bezpečnosti systému vůči vnitřním i vnějším hrozbám včetně zvýšeného nebezpečí ztráty dat.*
  - c) Ohrožení plynulého výkonu správy daní a v konečném důsledku i státního rozpočtu snížením příjmů státního rozpočtu v řádu jednotek miliard Kč měsíčně.*
  - d) Nezákonný postup správce daně, např. v důsledku nesprávně stanovené lhůty pro stanovení daně, nesprávně stanoveného data splatnosti daně, data nabytí právní moci rozhodnutí, nesprávné stanovení částky penále a všech forem úroků.*
  - e) Problémy s funkčností a vyhodnocováním kontrolního hlášení, tedy nefunkčnost jednoho z klíčových nástrojů finanční správy v boji proti daňovým únikům.*
  - f) Ztráta přehledu o úhradách vyměřených daní, platbách záloh na daň a stavu daňových nedoplatků či přeplatků. Nebylo by možno zpracovat došlé platby dle bankovních výpisů České národní banky a přiřadit je ke konkrétním daňovým subjektům. Nejsou-li případné přeplatky vráceny ze strany finanční správy, přináší to povinnost vyplácet příslušnému daňovému subjektu úrok z vratitelného přeplatku dle § 155 odst. 5 zákona č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů.*

g) *Paralyzování oblasti vyměření daně z nemovitých věcí, které s ohledem na počet poplatníků probíhá z velké části automatizovaně. Zároveň obsahuje velmi složité algoritmy, neboť pracuje s daty katastru nemovitostí a u všech daňových přiznání je prováděna kontrola údajů v přiznáních na tato data. Nefunkčnost informačního systému ADIS by přinesl nemožnost automatického vyměření daně z nemovitých věcí z poslední známé daně (každoročně takto přepočítáváno okolo 3,5 mil. daňových přiznání ročně) či automatické vygenerování složenek pro placení daně (každoročně okolo 4 mil. složenek).*

h) *Nemožnost dostát mezinárodním závazkům České republiky z důvodu nemožnosti poskytovat jakékoliv informace příslušným orgánům EU a OECD.*

i) *Porušení zákonných povinností z důvodu nemožnosti poskytovat informace jiným státním orgánům (např. orgánům celní správy, Ministerstvu práce a sociálních věcí, Českému statistickému úřadu).*

j) *Ohrožení financování státního rozpočtu, státních fondů, krajů a obcí jako důsledek nemožnosti nahrání souborů s daty bankovních výpisů České národní banky, nebo naopak nemožnosti přikázat platby do České národní banky.“*

18. *Obviněný shrnuje, že „nerealizace úprav systému ADIS může mít za následek chybný a ve svém důsledku až nezákonný postup správce daně. Pakliže není pro správce daně dostatečná automatizovaná podpora, nebo tato není komplexní a je třeba využívat, lhostejno, zda krátkodobě nebo dlouhodobě, náhradních a dočasných způsobů zpracování rozhodnutí (editace platebních výměrů), evidence, výpočtů (např. penále, úroků) aj. je dalším důsledkem fakt, že se správce daně těmito činnostem věnuje na úkor času využitelného pro důkladnější prověřování tvrzených skutečností a správného stanovení daně jako základního cíle správy daní. Důsledkem uváděných potenciálních chyb správců daně jsou pak hrozící náhrady škody ze strany daňových subjektů.“*
19. *Obviněný rovněž poukazuje na to, že „[z] pohledu daňové aplikační oblasti za oblast daní z příjmů lze konstatovat, že zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, je každoročně novelizován, a to někdy i více novelami v průběhu jednoho roku. Na tyto změny je nezbytné vždy včas reagovat a promítnout do podoby tiskopisu daňového přiznání. Vzhledem k tomu, že na mnohé poplatníky dopadá povinnost podávat daňové přiznání elektronicky, je nezbytné analogicky promítnout tyto úpravy nejen do listinné podoby tiskopisu, ale též do jeho elektronické podoby.“*
20. *Obviněný taktéž uvádí, že „[z]ajištění spolehlivého provozu informačního systému ADIS s ohledem na jeho rozsah a specifčnost není možné realizovat bez součinnosti externího a věci znalého dodavatele. Pouze takový dodavatel zajistí provedení změn v krátkém čase. Zásadním problémem aktualizace ADIS je neexistence právních předpisů v době uzavírání smluvních vztahů na ADIS, v důsledku čehož definování úloh a úprav systému ADIS mnohdy musí vycházet ze znění navržených novel zákonů, aniž by tyto byly platné, neboť jejich legislativní proces bývá bohužel stále častěji načasován tak, že jsou přijímány prakticky bez legisvakantní lhůty, přičemž se však automaticky předpokládá, že finanční správa je na přijímanou změnu dostatečně připravena, byť jí k tomu není dán prostor.“*
21. *Na závěr obviněný sděluje, že jeho cílem je „vybudovat informační systém pro správu daní, který bude odpovídat dnešním moderním požadavkům a přístupům k informačním*

*technologíím. (...) V tuto chvíli je projekt ve fázi přípravy a základní materiály nejsou doposud schváleny řídicím výborem v úrovni projektového řízení. Po jejich řádném schválení je GFŘ ochotno je zaslat Úřadu jako důkaz jeho činnosti v této oblasti. GFŘ však na tomto místě uvádí, že případné vybudování nového informačního systému pro správu daní vyžaduje koncepční změnu výběru daní jako takového, včetně přijetí řady legislativních změn a až v návaznosti na to může dojít k volbě správného IT řešení. (...) Potřeba změny dosavadního informačního systému souvisí se strategií rozvoje finanční správy a s novými prvky, jako je např. samovyměření a zároveň s Akčním plánem pro rozvoj digitálního trhu Úřadu vlády České republiky, Akčním plánem EU pro eGovernment na období 2016 – 2020 a Prováděcí strategií ICT rezortu MF 2017+. Je však reálně předpokládáno, že do doby zavedení nového informačního systému nahrazujícího stávající IS ADIS, bude nutno, i s ohledem na výše popsané, zabezpečit provoz a vývoj stávajícího systému tak, aby splňoval veškeré funkční a legislativní požadavky.“*

#### **Další průběh řízení o přestupku**

22. Unesením č. j. ÚOHS-S0337/2017/VZ-26086/2017/521/OPi ze dne 7. 9. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Obviněný se ve stanovené lhůtě ani později k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.
23. V souvislosti s výše uvedeným Úřad uvádí, že obviněný se vyjádřil i ve fázi šetření před zahájením správního řízení, a to v přípisech ze dne 13. 3. 2017 a 9. 8. 2017.

#### **Vyjádření obviněného před zahájením řízení o přestupku**

##### **Vyjádření obviněného ze dne 13. 3. 2017**

24. Obviněný předně uvádí, že v posuzovaném případě „nedošlo v žádném okamžiku k postoupení majetkových práv autorských a GFŘ by vypsáním předmětných veřejných zakázek v otevřeném výběrovém řízení porušilo ustanovení autorského zákona, případně zadání veřejné zakázky v JŘBU odůvodňovaly rovněž technické důvody. GFŘ před každým vypsáním předmětného JŘBU řádně posoudilo smluvní vztahy a zkoumalo naplnění podmínek pro použití příslušných ustanovení ZVZ. GFŘ si je však ve světle judikatury správních soudů a rozhodovací praxe ÚOHS vědomo toho, že současný stav nutí zadavatele do pořízení zcela nových informačních systémů a přesoutěžení všech IT řešení, u kterých v průběhu předchozích let došlo k vytvoření jakéhosi stavu exkluzivity pro dodavatele těchto řešení. Pro GFŘ to ovšem předpokládá vynaložení enormně vysokých finančních prostředků a přípravu projektů, které zahájí pořízení nových informačních systémů tak, aby nebyl ohrožen chod Finanční správy České republiky (dále jen „finanční správa“), tzn. budou vedle sebe paralelně několik let fungovat staré systémy a nové systémy, aby byla zabezpečena migrace všech potřebných dat, a zároveň nebylo ohroženo řádné plnění funkcí GFŘ jako organizační složky státu.“
25. Obviněný dále podotýká, že předmětné jednací řízení bez uveřejnění navazuje na IT řešení zavedené v době, kdy Generální finanční ředitelství neexistovalo, neboť bylo zřízeno až zákonem č. 199/2010 Sb. s účinností od 1. 1. 2011, a nezaložilo tedy stav exkluzivity stávajícího dodavatele, přičemž se postupně „snaží všechny nekomerční software programy nahradit vlastními, u kterých budou majetková práva autorská, bude-li to možné, převedena na Zadavatele.“

26. Současně obviněný uvádí, že použití jednacího řízení bez uveřejnění nebylo zpochybněno ani ze strany Rady vlády pro informační společnost, ani vládou České republiky.
27. K samotnému IS ADIS obviněný pak uvádí, že se jedná o nejvýznamnější informační systém finanční správy, který je současně prvkem kritické informační infrastruktury a který musí být stále udržován v chodu a v souladu s aktuálním zněním daňových předpisů. Vývoj daného systému započal před více jak 20 lety, přičemž všechny moduly tohoto systému jsou od sebe neoddělitelné (uvedené dokládá obviněný znaleckým posudkem č. 47-2015) a ADIS tak jako celek zcela náleží společnosti IBM, která nemá dle obviněného v plánu v následujících letech převádět majetková práva autorská na obviněného, přičemž tedy z důvodů technických a z důvodu ochrany výhradních práv může veškeré úpravy a rozvoj ADIS poskytnout pouze právě společnost IBM. *„Pokud by GFR, popř. jakákoliv třetí strana[] provedla změny v aplikaci v jiných místech, než k tomu určených konfiguračních souborech, došlo by k zásahu do udělených licenčních oprávnění a společnost IBM by ani nadále nemohla poskytovat záruky a další údržbu a podporu dodané aplikace. Udělená licence tedy nezahrnuje možnost předání oprávnění třetí straně pro provedení úprav a vytváření odvozených děl.“*
28. Obviněný dále poukazuje na skutečnost, že judikatura (obviněný konkrétně odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2010-332 ze dne 26. 4. 2012) *„při posuzování oprávněnosti užití JŘBU ve specifických případech zohledňuje i ochranu investic, které zadavatel v minulosti provedl.“* Současně obviněný dodává, že v případě užití jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv rozhodovací praxe správních soudů akcentuje skutečnost, že „exkluzivitu“ stávajícího dodavatele nezpůsobil zadavatel (obviněný odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 43/2012-54 ze dne 11. 1. 2013 a rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2010-332 ze dne 26. 4. 2012), přičemž *„[p]okud tedy dle původní smlouvy o systémové integraci není zadavatel původní veřejné zakázky oprávněn převést na třetí osobu právo užívat/zasahovat do počítačových programů dodaných v rámci systému ADIS, nabízí se argument, že taková skutečnost není objektivní, ale způsobená nastavením zadávacích (a tím i smluvních) podmínek původní veřejné zakázky. GFR v této souvislosti uvádí, že původním zadavatelem, a tedy subjektem, který zadávací podmínky původní veřejné zakázky a tedy i smluvní podmínky původní smlouvy o systémové integraci nastavil, bylo nikoliv GFR, ale MF. GFR následně ve vztahu k zmíněným JŘBU již nepříslušelo vyhodnocovat exkluzivitu vytvořenou MF, ale mělo povinnost vyhodnocovat, zda pokračování v zavedené variantě bude ekonomicky výhodnější než znehodnocení systému a pořízení systému znovu, přičemž vzhledem k vloženým finančním prostředkům ze strany MF byla dána, po projednání s MF, přednost variantě pokračování, neboť právě ta se jevila vzhledem ke stanoveným úkolům a z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky jako nejvhodnější.“*
29. Obviněný rovněž podotýká, že *„nastavení širší licence se v době zadávání původní veřejné zakázky nejevilo jako potřebné a potřebu budoucího zadání nových zakázek nešlo předvídat. Pokud by v takové situaci zadavatel přesto širší licence poptával, byla by cena původní veřejné zakázky nepochybně vyšší.“*
30. Pokud jde o technické důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, tak jejich naplnění dle obviněného vyplývá mj. z předloženého znaleckého posudku č. 47-2015 ohledně technické provázanosti jednotlivých modulů ADIS. Dle obviněného je také zřejmé, že v případě veřejné zakázky, jejímž předmětem je pozáruční servis, nemůže dané služby



poskytovat „jiný dodavatel než ten, který je s uvedeným softwarem seznámen do největšího detailu. Nelze zpochybnit, že uvedené služby jsou provázány s nezbytnou znalostí předmětného systém[u] a know-how, které má pouze společnost IBM jako původní dodavatel.“

31. Na závěr obviněný uvádí, že „[b]ude-li docházet k nahrazení současného IT řešení správy daní, které jsou v kompetenci finanční správy, vyžádá si toto mnoholetý proces a vynaložení obrovských finančních prostředků. GFŘ v tomto procesu bude postupovat v souladu s rozhodnutími vlády ČR a s ohledem na významnost systému ADIS.“

#### **Vyjádření obviněného ze dne 9. 8. 2017**

32. V předmětném vyjádření obviněný popisuje předmět plnění šetřené veřejné zakázky, přičemž dle obviněného je k jeho splnění „vyžadována detailní znalost systému ADIS, a to především z důvodu, že všechny moduly systému ADIS jsou zcela provázané, od sebe neodělitelné a neschopné samostatného provozu. (...) je tedy nezbytné, aby byly všechny zásahy do IS ADIS prováděny stejným dodavatelem, který zajistí zachování funkčnosti všech modulů, jelikož v opačném případě by mohl být negativním způsobem ovlivněn chod samotné finanční správy.“
33. Zbývající argumentace obviněného je již obsažena a uvedena výše v rámci „Vyjádření obviněného ze dne 13. 3. 2017“ a Úřad ji tak již na tomto místě pro přehlednost neopakuje.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

34. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření obviněného a na základě vlastního zjištění rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za což mu byla uložena pokuta uvedená ve výroku II. tohoto rozhodnutí; veškeré podklady, z nichž při posouzení případu Úřad vycházel, jsou přitom obsaženy ve správním spise vedeném v této věci pod sp. zn. S0337/2017/VZ. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující.

#### **K postavení obviněného**

35. Úřad se v první řadě zabýval otázkou, zda Generální finanční ředitelství naplňuje definici veřejného zadavatele, přičemž k zodpovězení této otázky je nutno vycházet z § 2 odst. 2 písm. a) zákona.
36. Z § 2 odst. 2 písm. a) zákona plyne, že veřejným zadavatelem je mimo jiné Česká republika, resp. podle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 219/2000 Sb.“), i její organizační složky.
37. Generální finanční ředitelství je organizační složkou státu, jejíž působnost je vymezena v zákoně č. 456/2011 Sb., o Finanční správě České republiky, ve znění pozdějších předpisů, přičemž dle § 3 odst. 2 zákona č. 219/2000 Sb. organizační složka není právnickou osobou a její jednání je při výkonu její působnosti nebo výkonu předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů jednáním státu.

38. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že Generální finanční ředitelství je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) zákona, pročež se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách.
39. Pro úplnost Úřad uvádí, že na právním postavení obviněného nic nezměnilo ani přijetí zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), účinného od 1. 10. 2016, neboť dle § 4 odst. 1 písm. a) ZZVZ je veřejným zadavatelem Česká republika (blíže viz předchozí obsah odůvodnění tohoto rozhodnutí).

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

40. Podle § 21 odst. 1 zákona tento zákon upravuje tyto druhy zadávacích řízení
- a) otevřené řízení (§ 27 zákona),
  - b) užší řízení (§ 28 zákona),
  - c) jednací řízení s uveřejněním (§ 29 zákona),
  - d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34 zákona),
  - e) soutěžní dialog (§ 35 zákona),
  - f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38 zákona).
41. Podle § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 zákona a § 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.
42. 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.
43. 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.
44. 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), v rozhodném znění (dále jen „autorský zákon“), se za dílo podle tohoto zákona 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 fotografii, které jsou původní ve smyslu věty první, jsou chráněny jako dílo fotografické.
45. Podle § 12 odst. 1 autorského zákona má autor právo své dílo užít v původní nebo jiným zpracované či jinak změněné podobě, samostatně nebo v souboru anebo ve spojení s jiným dílem či prvky a udělit jiné osobě smlouvou oprávnění k výkonu tohoto práva; jiná osoba

může dílo užit bez udělení takového oprávnění pouze v případech stanovených tímto zákonem.

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

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

49. Dne 29. 6. 1992 uzavřel právní předchůdce obviněného – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 (dále jen „Ministerstvo financí“), se společností IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation, International Business Machines, Town of Mount Pleasant, Route 9, North Tarrytown, N.Y. 10591, USA, „Smlouvu o systémové integraci“ (dále jen „Původní smlouva“).
50. V čl. 1.1 Původní smlouvy bylo sjednáno, že „IBM poskytne návrh, vývoj, testování a integrační činnosti podle rozsahu prací specifikovaném v Příloze A.“
51. V Příloze A Původní smlouvy je mj. uvedeno:

#### *„Rozsah projektu*

*Úkolem je zavedení systému založeného na informačních technologiích, který by umožnil Ministerstvu financí České republiky správu a vybírání daní v České republice v roce 1993. Základem tohoto daňového systému jsou zákony přijaté Českou národní radou v roce 1992 před podpisem smlouvy, dříve přijaté a dosud platné zákony, jakož i federální zákony platné v ČR a realizované prostřednictvím územních finančních orgánů České republiky.*

*Projekt je plánován ve třech fázích:*

*Fáze 1 Infrastruktura a základní aplikační systém, dokončení plánováno do 31. ledna 1993*

*Fáze 2 Další vývoj programového vybavení ADIS, zavedení nových funkcí vycházejících z daňových zákonů schválených po zahájení fáze 1, doplňkové funkce základního aplikačního systému*

*Fáze 3 Dodatečné funkce systému po ukončení fáze 2*

*(...)*

*Tato smlouva se týká pouze Fáze 1, následuje detailní popis této Fáze 1 viz níže*

*Požadavky zákazníka<sup>2</sup>*

*Ministerstvo financí požaduje aplikační systém založený na operačním systému UNIX, který by napomáhal správě a vybírání daní ve*

- o 218 finančních úřadech (...),*
- o 8 finančních ředitelstvích (v Praze 2x), Českých Budějovicích, Plzni, Ústí nad Labem, Hradci Králové, Brně, Ostravě*
- o 1 (jednom) centrálním výpočetním středisku na Ministerstvu financí v Praze.*

*Tento aplikační systém bude obsahovat následující funkce:*

- 1. Převod funkcí systému dosud používaného na finančních úřadech; tento systém bude dokumentován při globální analýze Fáze 1.*
- 2. Funkce podporující správu daně z přidané hodnoty.*
- 3. Funkce podporující registraci daňových poplatníků.*

---

<sup>2</sup> Tj. Ministerstva financí – pozn. Úřadu

4. Konverze stávajících dat do nové databáze.

*Aplikace bude navržena naprosto novým způsobem s přihlédnutím k novým možnostem technického vybavení a databázového systému.*

*Fáze 1 projektu ADIS má tři cíle:*

- 1. Instalovat novou infrastrukturu pro informační technologii.*
- 2. Zaškolit uživatele a techniky v obsluze nového systému.*
- 3. Poskytnout uživatelům programové vybavení popisované v Příloze B.“*

52. *V čl. 11.3 Původní smlouvy bylo dále sjednáno, že „IBM nebo třetí strana si ponechá vlastnictví autorských práv vůči všem materiálům, které nejsou označeny jako ‚materiály zákazníka‘. Avšak zákazník bude mít nárok na kopii takovýchto materiálů, které IBM dodá zákazníkovi, včetně kopií obsažených v rámci ‚materiálů zákazníka‘. Zákazník bude mít právo reprodukovat takovéto materiály a připravovat z nich odvozené produkty pro své vlastní vnitřní použití, ale nebude, bez předchozího souhlasu IBM, poskytovat jakékoliv takovéto materiály a nebo odvozené produkty a jejich kopie kterékoliv třetí straně.“*

53. *V Příloze F, části Vzájemně navazující smlouvy, Původní smlouvy bylo sjednáno následující: „Programy firmy IBM obsahují materiál, na který si firma IBM a v mnoha případech subdodavatelé firmy IBM[] ponechají autorské právo a ostatní práva. (...) Je Vám dovoleno:*

- použít program pouze na jednom stroji v daném čase (pokud firm[a] IBM neuvede jinak),*
- kopírovat program tak, aby jej mohl přístroj přečíst nebo pořídit výtisk za účelem vytvoření zálohy nebo úpravy, a to pouze za účelem podpory takového použití. (Určité programy ovšem mohou obsahovat mechanismus určený k omezení nebo zabránění kopírování).*
- upravit program nebo jej spojit s jiným programem pro vaše použití na jednotlivém přístroji. (Jakákoliv část programu tímto způsobem sloučená podléhá nadále zde uvedeným podmínkám).*
- převést program s kopií těchto podmínek na jinou stranu, pokud tato souhlasí s přijetím těchto podmínek.*

*IBM také požaduje následující:*

- musíte zopakovat a uvést upozornění o autorském právu na všech kopiích, úpravách a částech programu sloučených s jiným programem.*
- nesmíte provádět zpětné sestavení ani zpětnou kompilaci programu bez předcházejícího písemného souhlasu firmy IBM.*
- nesmíte použít, kopírovat, upravovat nebo převádět program ani jakoukoliv jeho kopii, úpravu nebo sloučenou část, vcelku nebo po částech, s výjimkou případů dále výslovně uvedených.*
- pokud převádíte program jiné straně, musíte převést nebo zničit všechny kopie a sloučené části programu; na převedený program si neponecháváte žádná práva, konkrétně, oprávnění firmy IBM poskytnuté vám na použití programu je zrušeno.*

- *nesmíte pronajmout tento program.“*

54. V Příloze F, části Licenční programy IBM, čl. 3 „Licence“, Původní smlouvy bylo pak dále stanoveno:

*„a. Každá poskytnutá licence opravňuje zákazníka k: (1) používání programových strojově čitelných částí na určeném stroji; (2) ukládání programu, přenášení a zobrazování na stroji sdruženém s určeným strojem; (3) využívání programových tištěných částí za pomoci zákazníkova oprávněného používání programu a/nebo (4) kopírování nebo překládání programové strojově čitelné části do jakékoli strojově čitelné nebo tištěné formy pro získání dostatečného množství kopií za účelem podpory zákazníkova oprávněného používání programu; modifikovat nebo sloučit programovou strojově čitelnou část s jinými programy k vytvoření aktuálních pracovních postupů pro zákazníkovo vlastní použití. Takové kopie, překlady a jakékoliv další části programu, zahrnuté v takovém aktualizovaném pracovním postupu podléhají podmínkám smlouvy.*

*b. Programy nemohou být zpětně sestavovány nebo zpětně kompilovány.*

*c. Pro programové materiály označené jako ‚Restricted Materials of IBM‘ je zákazníkovo výše popsané oprávnění omezeno na následující účely: (1) provádět úpravy na výrobcích zákazníka a/nebo programech tak, aby byly funkční ve spojení s použitelným programem IBM; a (2) provádět úpravy tohoto programu; a (3) napomáhat při určování problémů a řešení spojených s použitím tohoto programu.“*

55. V Příloze F, části Licenční programy IBM, čl. 7 „Ochrana a bezpečnost“, Původní smlouvy bylo sjednáno následující: „Zákazník odpovídá za to, že podnikne odpovídající opatření k tomu, aby dostal svým závazkům, vyplývajícím ze smlouvy, včetně:

*a. nerozšiřování jakéhokoliv programu bez písemného souhlasu IBM;*

*b. neumožnění přístupu do programu představujícího databázi jiným stranám nebo neposkytnutí jakýchkoliv údajů z databáze další osobě;*

*c. neposkytnutí programu jiným stranám s výjimkou případů, kdy: a) se jedná o prostory zákazníka nebo b) je jiná strana oprávněna zákazníkem vzdálenému přístupu, nebo za účelem konkrétně souvisejícím s oprávněným užitím;*

*d. reprodukování vyhlášek IBM týkajících se autorských práv a jakéhokoliv dalšího popisu na každé autorizované kopii v souladu s pokyny IBM ohledně autorských práv;*

*e. udržování záznamu o počtu a rozmístění všech kopií každého programu a písemné oznámení IBM v případě, že bude originál nebo kterákoliv kopie držena v místě jiném než to stanoví pro určený stroj;*

*f. před zlikvidováním jakéhokoliv záznamového media provede ověření, že všechny programy na něm obsažené byly vymazány nebo zničeny.“*

56. V Příloze F, části Licenční programy IBM, čl. 12 „Společná ustanovení“, Původní smlouvy bylo mj. sjednáno:

*„a. Zákazník nemůže poskytovat odvozené licence týkající se programu.*

*b. Zákazník nemůže postoupit nebo převést smlouvu nebo jakákoli práva nebo závazky podle této smlouvy nebo program bez předchozího písemného souhlasu IBM. (...).“*

57. V Příloze F, části Vnitřní kód podléhající licenci, Původní smlouvy bylo sjednáno: „IBM vlastní autorská práva na licenci vnitřního kódu (Kód). IBM je vlastníkem všech kopií kódu, včetně těch, které z něj byly pořízeny. (...) Je-li zákazník vlastníkem správného procesoru konkrétního stroje, IBM udílí zákazníkovi licenci k používání kódu poskytnutému jako část, nebo ve spojení s konkrétním strojem. Každá licence opravňuje zákazníka:

*Provádět kód a tím umožnit konkrétnímu stroji, aby fungoval v souladu s údaji oficiálně publikovanými firmou IBM.*

*Pořídit si záložní archivní kopii kódu, jestliže mu taková nebyla poskytnuta firmou IBM. Zákazník smí tuto kopii použít jen jako náhradu originálu na konkrétním stroji; a*

*Provádět a zobrazovat kód, pokud je to nezbytné pro údržbu u [] daného stroje.*

*Zákazník nesmí:*

*Jinak kopírovat, uzpůsobovat, zobrazovat, upravovat nebo elektronickou cestou rozšiřovat kód než jak může být oprávněn podle údajů;*

*Aplikovat na kód zpětné překladače jazyka ASSEMBLER nebo jiné překladače, dekódovat nebo překládat kód; nebo*

*Poskytovat druhotné licence, kód postupovat nebo pronajímat.“*

58. Výzvou ze dne 8. 3. 2016 (č. j. 23902/16/7500-40175-050417) vyzval obviněný společnost IBM k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění na předmětnou veřejnou zakázku, jejíž předmět plnění je blíže popsán v bodě 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

59. V „Odůvodnění veřejné zakázky“ (tj. předmětné veřejné zakázky) je mj. uvedeno, že „[n]aplnění plánovaného cíle nemá variantní řešení – zakázka bude zadávána formou jednacím řízení bez uveřejnění. Veřejná zakázka může být plněna z technických důvodů a z důvodu ochrany práv z průmyslového a jiného duševního vlastnictví pouze původním dodavatelem. Současně jde o dodávky poskytované dodavatelem, s nímž byla již dříve uzavřena smlouva. Případná změna dodavatele by vedla k dodání zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původním zbožím nebo nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě. Dále je dodavatel poskytovatelem licenčního oprávnění k plnění, které již bylo zadavatelem pořízeno. Současně je uplatněn požadavek zadavatele na zajištění kompatibility s majetkem, jimž zadavatel již disponuje a který byl již dříve pořízen. Jedná se o smluvní zajištění údržby stávajícího informačního systému, které je podmíněno technickou a technologickou návazností na již existující moduly s platnými autorskými právy. Z tohoto je patrné, že jiný způsob vyhlášení veřejné zakázky by byl neefektivní, znamenal by zvýšené finanční náklady a značné technické a technologické problémy.“

60. Dne 20. 5. 2016 uzavřel obviněný se společností IBM Smlouvu, jejímž předmětem je dle čl. 2 „zhodnocení ADIS v rámci pozáručního servisu, kterým se rozumí odborné práce spočívající ve dvou kategoriích činností:

- rozšířené údržbě IS ADIS,
- realizaci nového vývoje aplikačních programů ADIS na základě požadavků Objednatele.“

61. Dle čl. 5 Smlouvy je nedílnou součástí této smlouvy mj. Příloha A – Zhodnocení ADIS v rámci pozáručního servisu, která obsahuje bližší vymezení služeb, jež měly být realizovány v rámci předmětné veřejné zakázky.
62. Obviněný ve svém vyjádření č. j. 29817/17/7500-40176-050509 doručeném Úřadu dne 13. 3. 2017 mj. uvedl, že *„informační systém ADIS je nejdůležitější informační systém finanční správy, který slouží ke správě všech daní v kompetenci finanční správy, a který je zároveň prvkem kritické informační infrastruktury ve smyslu zákona o kybernetické bezpečnosti. (...) Vzhledem k významnosti ADIS je nezbytné stále udržovat tento informační systém v chodu a zcela v souladu s aktuálním zněním všech daňových předpisů. Vývoj ADIS byl ze strany MF započat před více jak 20 lety a stejně jako u jiných informačních systémů, které MF užívalo k výkonu své působnosti v oblasti správy daní, přešel i ADIS na GFŘ ke dni 1. 1. 2011 včetně souvisejících smluvních vztahů.“*
63. Obviněný v daném vyjádření dále uvedl, že *„všechny moduly systému ADIS [jsou] od sebe neoddělitelné a ADIS takto jako celek zcela náleží společnosti IBM, která dle svého prohlášení nemá v plánu v následujících letech převádět majetková práva autorská na Zadavatele (...). Veškeré úpravy a rozvoj ADIS tak může poskytnout pouze společnost IBM, jak z důvodu ochrany výhradních práv, tak z technických důvodů. (...) Veškerý vývoj, modifikace a jakékoli jiné akce zasahující do zdrojového kódu je oprávněn provádět pouze vykonavatel autorských práv, tj. v tomto případě společnost IBM. Pokud by GFŘ, popř. jakákoliv třetí strana, provedla změny v aplikaci v jiných místech, než k tomu určených konfiguračních souborech, došlo by k zásahu do udělených licenčních oprávnění a společnost IBM by ani nadále nemohla poskytovat záruky a další údržbu a podporu dodané aplikace.“*
64. Obviněný rovněž uvedl, že *„původním zadavatelem, a tedy subjektem, který zadávací podmínky původní veřejné zakázky a tedy i smluvní podmínky původní smlouvy o systémové integraci nastavil, bylo nikoliv GFŘ, ale MF. GFŘ následně (...) již nepřislušelo vyhodnocovat exkluzivitu vytvořenou MF, ale mělo povinnost vyhodnocovat, zda pokračování v zavedené variantě bude ekonomicky výhodnější než znehodnocení systému a pořízení systému znovu, přičemž vzhledem k vloženým finančním prostředkům ze strany MF byla dána, po projednání s MF, přednost variantě pokračování, neboť právě ta se jevila vzhledem ke stanoveným úkolům a z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky jako nejvhodnější. Zadruhé může být v tomto ohledu zásadní, že nastavení širší licence se v době zadávání původní veřejné zakázky nejevilo jako potřebné a potřebu budoucího zadání nových zakázek nešlo předvídat. Pokud by v takové situaci zadavatel přesto širší licence poptával, byla by cena původní veřejné zakázky nepochybně vyšší.“*
65. Obviněný dále podotkl, že *„[v] případě veřejných zakázek týkajících se pozáručního servisu a služeb hot-line je z podstaty jejich plnění zcela zjevné, že poskytování uvedených služeb, (...), nemůže plnit jiný dodavatel než ten, který je s uvedeným softwarem seznámen do největšího detailu. Nelze zpochybnit, že uvedené služby jsou provázány s nezbytnou znalostí předmětného systému a know-how, které má pouze společnost IBM jako původní dodavatel.“*
66. Obviněný ve svém vyjádření č. j. 84501/17/7500-40176-050728 doručeném Úřadu dne 9. 8. 2017 pak shrnul, že Generální finanční ředitelství *„při svém postupu při zadávání veřejné zakázky nepochybně, a že naplnilo podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění, dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jelikož veřejná zakázka*



*mohla být z výše uvedených důvodů splněna pouze jediným dodavatelem a k tomuto stavu ‚exkluzivity‘ GFŘ nepřispělo. Závěrem GFŘ dodává, že nepostupovalo účelově, aby mohlo obcházet zákon tím, že bude využívat jednací řízení bez uveřejnění. Zadání předmětné veřejné zakázky společnosti IBM je přirozeným a logickým vyústěním užívání systému ADIS pro účely finanční správy. V jednání GFŘ nelze shledat úmysl k vytvoření stavu exkluzivity pro tuto společnost, ale jedná se pouze o zajištění fungování tohoto systému, který je pro účely řádného fungování finanční správy nezbytný. GFŘ si úmyslně nevytvářelo podmínky pro užití jednacího řízení bez uveřejnění, tyto podmínky vznikly přirozeně tím, že GFŘ využívá tento systém, u kterého prozatím nelze předpokládat, že by jako jeho provozovatel získal širší autorská a licenční oprávnění, než ta, kterými v současné době disponuje.“*

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

67. V šetřeném případě obviněný zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Jednací řízení bez uveřejnění podle tohoto ustanovení zákona je přitom zadavatel (v posuzovaném případě obviněný) oprávněn využít tehdy, pokud příslušná veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů, z uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
68. Úřad obecně uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění podle 23 odst. 4 písm. a) zákona je výjimečný způsob zadání veřejné zakázky, kdy je zakázka sice zadávána v režimu podle zákona, ale vzhledem k povaze tohoto řízení je *de facto* zcela vyloučena hospodářská soutěž, neboť veřejná zakázka je zadávána přímo určitému dodavateli, a chybí tak ten aspekt zadávacího řízení, který má zajistit ekonomickou výhodnost pořízení předmětu plnění veřejné zakázky a rovněž omezit jakékoli nezákonné či korupční jednání. Současně je tento druh zadávacího řízení postupem podle zákona nejméně formalizovaným a kontrolovatelným.
69. 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 *„[z]adání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v ‚klasickém‘ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 zákona.“* Otázku splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je proto v souladu s ustálenou soudně rozhodovací praxí nutné posuzovat restriktivně, což vyplývá např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 28. 11. 2012 nebo z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015.
70. Shora uvedená restrikce vyplývá i z odstavce 50 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, s účinností ke dni 18. 4. 2016, ve kterém se uvádí, že *„[s] ohledem na škodlivé*

*účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení.“*

71. K uvedenému Úřad pro úplnost dodává, že i z výše citované směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/14/EU ze dne 26. 2. 2014 tedy vyplývá, že jednací řízení bez uveřejnění by mělo být pouze výjimečným způsobem zadávání veřejných zakázek, a to tehdy, kdy zadavatel skutečně není z objektivních důvodů schopen zajistit požadované plnění jinak, než prostřednictvím vybraného uchazeče, přičemž v žádném případě by nemělo docházet k nadužívání tohoto druhu zadávacího řízení. Přestože citovaná směrnice byla do českého právního řádu transponována až ke dni 1. 10. 2016, lze podpůrně odkázat rovněž na její znění, neboť podmínky stanovené v citované směrnici pro použití jednacího řízení bez uveřejnění se oproti podmínkám v době, kdy obviněný zahájil zadávání šetřené veřejné zakázky, nezměnily.
72. Jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona tedy lze v případě zákonem vyjmenovaných důvodů využít pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele, kdy tato neexistence však stojí na objektivních základech a není důsledkem vlastní činnosti zadavatele (spočívající např. v předchozím uzavření smluv či nezajištění nezbytných práv). Úřad konstatuje, že zadavatel musí při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky (na základě které pořizuje určité plnění) posoudit potřebu budoucích (navazujících) plnění a v případě existence takové potřeby uzavřít takovou smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli a umožní realizovat tato předpokládaná navazující plnění bez využití jednacího řízení bez uveřejnění, např. tedy umožní plnění zadat v otevřenějších druzích zadávacích řízení. V opačném případě by totiž zadavatel byl s budoucím užitím jednacího řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky (a takové jednací řízení bez uveřejnění by pak bylo logicky nezákonné), což by vedlo v konečném důsledku k situaci, že nevybírá dodavatele dalších veřejných zakázek v široké hospodářské soutěži, nýbrž jen „řetězí“ jednací řízení bez uveřejnění s odůvodněním, že neexistuje na trhu jiný subjekt, který by byl schopen předmět plnění dodat, ale přitom takovou situaci sám vyvolal.
73. 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.

74. K právě uvedenému Úřad odkazuje především na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, 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 sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015, 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 zadávání navazujících zakázek.“
75. Je tak zřejmé, že použít jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa nebo náhrada, a dále, jestliže neexistence soutěže není výsledkem jednání (či opomenutí) zadavatele, tedy pokud platí, že se zadavatel sám nepodílel na vytváření omezení, od nichž následně odvozuje možnost využití jednacího řízení bez uveřejnění. Dále je zřejmé, že o použití příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost.
76. 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, je však nutné posoudit rovněž „materiální“ podmínku pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, a to, zda zadavatel stav výlučnosti dodavatele sám nevytvořil.
77. Z dokumentace o veřejné zakázce, konkrétně z „Odůvodnění veřejné zakázky“, jakožto i z vyjádření obviněného ze dne 13. 3. 2017, vyplývá, že obviněný přistoupil k zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění z technických důvodů a důvodu ochrany výhradních práv stávajícího dodavatele (společnosti IBM) k IS ADIS (viz body 24. a 59. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
78. Z článku I. výzvy k jednání ze dne 8. 3. 2016 pak vyplývá, že předmětem plnění šetřené veřejné zakázky byla rozšířená údržba IS ADIS a realizace nového vývoje aplikačních programů ADIS na základě požadavku objednatele (obviněného) – v podrobnostech viz bod 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Na tomto místě Úřad pro úplnost dodává, že IS ADIS – jak uvádí obviněný ve svém vyjádření ze dne 24. 8. 2017 – „zabezpečuje komplexní automatizovanou podporu všech daňových procesů potřebných pro výkon správy daní dle platné právní úpravy a zabezpečuje analytické procesy, na základě kterých finanční správa

*zaměřuje a provádí kontrolní činnost, tj. zabezpečuje klíčové daňové a rizikové analýzy. Informační systém ADIS se skládá z modulů pro zpracování a přiznání jednotlivých daní, z modulů společných průřezových činností, které podporují správu a evidenci daní. Zároveň také poskytuje podporu pro výměnu informací mezi daňovými správami zemí EU a českou finanční správou v oblasti nepřímých daní a pro automatickou výměnu informací v rámci OECD.“*

79. 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. posouzení, zda tvrzené důvody (autorskoprávní či technické) pro použití tohoto druhu zadávacího řízení stojí na objektivních základech.
80. Úřad uvádí, že aplikace ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. Je na obviněném, aby v rámci případného přezkumu jeho postupu ze strany Úřadu prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. Pouze tak může obviněný naplnit požadavek na přezkoumatelnost jeho postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti zakotvené v § 6 odst. 1 zákona (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 166/2005 ze dne 14. 5. 2007 či rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 131/2007 ze dne 12. 5. 2008).
81. Prokázání důvodů použití jednacího řízení bez uveřejnění je tak plně na obviněném, který by měl být schopen objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení doložit již před zahájením zadávacího řízení (k tomu srov. např. závěry vyplývající z rozsudků Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 3. 1987, C-199/85 Komise Evropských společenství proti Italské republice, či z rozsudku ze dne 28. 3. 1996, C-318/94 Komise Evropských společenství proti Spolkové republice Německo), a tyto důvody by měly trvat po celou dobu trvání jednání s dodavateli. V této souvislosti je rovněž možné odkázat na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004, v němž Soudní dvůr konstatoval, že ustanovení o možném použití jednacího řízení bez uveřejnění *„musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává [...]“* (viz články č. 19 a č. 20 rozsudku). Z této premisy dále vychází i konstantní tuzemská judikatura, ze které je možno odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3. 10. 2013, kde soud k použití jednacího řízení bez uveřejnění uvádí, že *„použití jednacího řízení bez uveřejnění [je] jednou z výjimek z jinak povinného použití ‚otevřenějších‘ zadávacích řízení – zásadně řízení otevřeného podle § 21 odst. 1 písm. a) ZVZ. (...) Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění, jak plyne z rozsudku Soudního dvora ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02 (Komise proti Itálii). Přestože se v této věci Soudní dvůr nevyjadřoval ke stavu skutkově totožnému, jaký je ve věci právě posuzované, plyne z něj, že ustanovení (směrnic), která umožňují výjimky z pravidel zadávání veřejných zakázek (a za takovou výjimku v dané věci Soudní dvůr považoval právě ‚odklon‘ od přísnějšího postupu formou jednání bez uveřejnění), musí být vykládána restriktivně, přitom důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává (tj. zadavatel). [...] Potřebou restriktivního výkladu podmínek pro použití*

*jednacího řízení bez uveřejnění není tedy třeba se dále podrobněji zabývat; toto obecné východisko žalovaného je oprávněné“* (pozn. – zvýraznění textu provedeno Úřadem). V této souvislosti Úřad dále 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 též na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, ve kterém soud mj. uvedl, že *„smyslem daného řízení bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění“*. Pojmem *„dané řízení“* se v citovaném rozhodnutí Nejvyššího správního soudu rozumí správní řízení vedené před Úřadem, jehož předmětem bylo posouzení oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, a z uvedené citace tedy jasně vyplývá, že úkolem Úřadu ve správním řízení je posoudit, zda obviněný naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění prokázal.

82. Jak již Úřad uvedl výše, v šetřeném případě obviněný přistoupil k použití jednacího řízení bez uveřejnění mj. z technických důvodů, přičemž ve vztahu k těmto důvodům v odůvodnění veřejné zakázky uvedl, že *„[p]řípadná změna dodavatele by vedla k dodání zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původním zbožím nebo nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě. (...) Současně je uplatněn požadavek zadavatele na zajištění kompatibility s majetkem, jimž zadavatel již disponuje a který byl již dříve pořízen.“*
83. Úřad se tedy nejdříve zabýval skutečností, zda obviněným uváděné technické důvody svědčí pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž jak již Úřad uvedl, je to právě obviněný, který je povinen nade vší pochybnost prokázat objektivní existenci jediného možného dodavatele (v daném případě společnosti IBM) schopného z technických důvodů plnit předmět veřejné zakázky.
84. K výše uvedenému Úřad doplňuje, že z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 78/2013-148 ze dne 21. 12. 2015 rovněž vyplývá, že obviněný je povinen svá tvrzení o nemožnosti splnit předmět veřejné zakázky třetí osobou z technických důvodů relevantním způsobem doložit, což obviněný dle názoru Úřadu nesplnil (k tomu viz níže). V rozsudku č. j. 3 As 18/2015-32 ze dne 25. 11. 2015 v této souvislosti Nejvyšší správní soud dovodil, že za účelem prokázání splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je obviněný povinen předložit takové podklady, ze kterých bude jednoznačně vyplývat důvodnost jeho postupu při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tedy že z předložených podkladů bude jednoznačně vyplývat, že veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem právě z technických důvodů, neboť *„(...) považuje dále za vhodné akcentovat úvahu krajského soudu zmíněnou v úvodní části odůvodnění napadeného rozsudku, se kterou se ztotožňuje, podle níž relevantním podkladem k prokázání důvodů pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ mohou být toliko listiny obsahující odborné technické hodnocení, (...)“*. Rovněž tak z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0823/2014/VZ-44764/2016/512/VNV ze dne 4. 11. 2016 vyplývá, že je to obviněný, který je povinen v rámci správního řízení předložit takové důkazy, které prokáží, že v době zadání šetřené veřejné zakázky neexistoval žádný jiný dodavatel než vybraný uchazeč, který by byl schopný splnit předmět veřejné zakázky z technických důvodů. Takovými důkazy by pak obviněný měl disponovat již v okamžiku zahájení zadávání šetřené veřejné zakázky.
85. Obviněný se v rámci svého vyjádření ze dne 13. 3. 2017 a 24. 8. 2017 mj. odkazuje na „Znalecký posudek č. 47-2015“ ze dne 15. 1. 2016 zpracovaný Ing. Martinem Mlýnkem,

znalcem jmenovaným rozhodnutím předsedy Krajského soudu v Brně ze dne 19. 3. 2012, č. j. Spr. 4465/2011-37, pro základní obor: kybernetika, odvětví: kybernetická odvětví různá, se specializací: technologické celky, přístrojová a automatizační technika, automatizované systémy řízení, programovatelné automaty, výrobní linky, řídicí systémy, PLC, informační systémy, výpočetní technika, HW, SW, databáze a jejich struktury, hydraulické systémy a elektronické prvky (dále jen „znalecký posudek“).

86. Ve vztahu ke znaleckému posudku Úřad předně uvádí, že tento žádným způsobem nedokládá, že by společnost IBM byla z technických důvodů jediným možným dodavatelem předmětu plnění šetřené veřejné zakázky, neboť úkolem znalce bylo posoudit *„systém ADIS z pohledu jádra a samostatných modulů a zda jednotlivé moduly jsou v technické rovině natolik odděleny, že je možné jejich samostatná funkčnost, správa a další vývoj bez vazby na zbylé moduly či jádro systému“*, přičemž znalec ve znaleckém posudku dospěl k závěru, že:
- *„na základě[] předané dokumentace, místního šetření a analýz, oddělení modulů systému IS ADIS z technického hlediska NENÍ MOŽNÉ*
  - *bez vazby na jádro a ostatní moduly NENÍ MOŽNÉ samostatné fungování modulů, jejich správa a ani vývoj.“*
87. Je tedy zřejmé, že předmětný znalecký posudek se nikterak nevyjadřoval k naplnění podmínek pro možný postup obviněného ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, resp. k důvodům pro možné zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění z technických důvodů společnosti IBM; úkolem znalce bylo posouzení oddělitelnosti jednotlivých modulů IS ADIS.
88. Jak již Úřad uvedl výše, obviněný se v rámci odůvodnění veřejné zakázky odvolává na možné dodání předmětu plnění odlišných parametrů, jež by mohlo zapříčinit neslučitelnost a nekompatibilitu se zbožím, jímž obviněný již disponuje, či na případné technické obtíže při provozu a údržbě.
89. V této souvislosti lze odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 78/2013-148 ze dne 21. 12. 2015, v němž daný soud judikoval: *„O technické důvody se může jednat např. v situaci, kdy zadavatel již z dřívějšího období disponuje nějakým plněním a nyní potřebuje toto plnění nějakým způsobem rozšířit/doplnit a je nezbytné, aby toto nové plnění bylo kompatibilní s plněním zadavatelem již vlastněným. Jinými slovy, technický důvod může spočívat v potřebě zadavatele po zajištění kompatibility (slučitelnosti); (...). 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.“*
90. Z citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně tedy vyplývá, že o akceptovatelné technické důvody pro použití jednacím řízení bez uveřejnění se může jednat v případě požadavku na zajištění kompatibility s již vlastněným plněním či v případě možných provozních problémů

spojených se změnou dodavatele, kdy riziko takovýchto problémů je značné a zapříčiněné technickými parametry, přičemž tvrzené důvody musí být zadavatelem jednoznačně doložené. Současně z daného rozsudku dále vyplývá, že pouhá skutečnost, že vybraný uchazeč detailně zná podrobně celý systém, není sama o sobě technickým důvodem pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, a v takovém případě tedy nelze při zohlednění výše citované judikatury bez dalšího akceptovat tvrzení obviněného, že „[v] případě veřejných zakázek týkajících se pozáručního servisu a služeb hot-line je z podstaty jejich plnění zcela zjevné, že poskytování uvedených služeb, (...), nemůže plnit jiný dodavatel než ten, který je s uvedeným softwarem seznámen do největšího detailu. Nelze zpochybnit, že uvedené služby jsou provázány s nezbytnou znalostí předmětného systému a know-how, které má pouze společnost IBM jako původní dodavatel“, neboť aby použití jednacím řízení bez uveřejnění mohlo být shledáno za souladné se zákonem, musel by obviněný nade vše pochybnost prokázat, že stávající dodavatel, tj. společnost IBM, je skutečně jediný možný dodavatel poptávaného plnění, což však obviněný neučinil.

91. K samotnému znaleckému posudku Úřad uvádí, že aby tento mohl být považován za relevantní podklad obsahující odborné technické hodnocení prokazující technickou výlučnost konkrétního dodavatele, mělo by z něj vyplývat, jaké konkrétní technické důvody (které by měly být v posudku jasně a přesně popsány) existují a vedou k tomu, že předmět šetřené veřejné zakázky nemůže realizovat jiný dodavatel než vybraný uchazeč. V šetřeném případě však tvrzené důvody obviněný neprokázal, resp. nedoložil, neboť ani z daného znaleckého posudku nevyplývá, že by z výše uvedených důvodů byla společnost IBM jediným možným dodavatelem poptávaného plnění, přičemž Úřad opětovně uvádí, že takové posouzení ani nebylo předmětem znaleckého posudku.
92. Nad rámec již uvedeného lze na tomto místě ještě podpůrně zmínit, že znalec v daném znaleckém posudku – přestože takové posouzení nebylo jeho předmětem – naopak uvedl, že „(...) firma IBM byla schopna plnit úkoly a požadavky uživatele tehdy, a plní je až do dnes (mimo jiné firma IBM v roce 2001 koupila přímo systém Informix do svého portfolia). I s příchodem nových technologií a firem, které se za ty roky vypracovaly, by bylo možné hledat jiného dodavatele řešení i na jiných platformách, ale ekonomická výhodnost tohoto řešení by nebyla (protože nyní jsou už potřebné licence nakoupeny dávno a platí se jen roční mai[n]tenance). Při přechodu na jiný systém by se toto muselo nakupovat znovu. Další problém by nastal v nutnosti přeprogramování celého systému a vytvoření uživatelského rozhraní a v neposlední řadě převodem dat do nového prostředí s jejich kontrolou a validací dat.“
93. Znalec tedy ve znaleckém posudku připustil, že existují i jiní dodavatelé řešení i na jiných platformách, avšak takové řešení by dle znalce nebylo ekonomicky výhodné. Stejně tak znalec nevyloučil možnost – i když pouze v teoretické rovině – rozdělení systému na jednotlivé moduly, které by „řešil“ jiný dodavatel než společnost IBM. Rizikem uvedeného řešení je pak dle znalce mj. to, že „po praktické stránce by nebyl nikdo nikdy schopen zkoordinovat několik dodavatelů dohromady, jen díky tomu, že řešení daného problému zasahuje do ‚x‘ dalších modulů a úkolů, ale hlavně nikdo by to nebyl schopen spolehlivě otestovat a nasadit do produkčního prostředí.“ Takové řešení by dle znalce rovněž obnášelo časové riziko spojené s řešením změn v modulech či částech a v neposlední řadě riziko úniku

citlivých dat, jejich zneužití a „vytvoření nějakého tunelu do systému z venku, ať už cíleně, tak i nechtěně, neošetřením nějaké podmínky či vazby.“

94. I s ohledem na výše zmíněné je zřejmé, že znalecký posudek svým obsahem nikterak nedokládá, že by společnost IBM byla z technických důvodů jediným možným dodavatelem poptávaného plnění, a tedy že je naplněna podmínka pro použití jednacního řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, nýbrž naopak mj. připouští – i když pouze v teoretické rovině – možnost oslovení i jiných dodavatelů.
95. K tomu Úřad opětovně akcentuje, že důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na obviněném, jehož povinností je, aby prokázal naplnění podmínek pro použití jednacního řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. 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 [§ 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“)], přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na obviněném. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě obviněný, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem a že z hlediska tvrzeného důvodu 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 jednacního řízení bez uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda obviněný toto důkazní břemeno unesl. Je tedy povinností obviněného, aby svůj postup spočívající v zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona byl schopen nejen odůvodnit, ale své závěry o existenci důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona také doložit relevantními podklady. Úřad tedy nerezignuje na svoji povinnost zjistit úplný skutkový stav věci, avšak nemůže za obviněného povinnost ohledně doložení existence objektivních důvodů k použití jednacního řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona suplovat. Úřad má tedy v šetřeném případě povinnost posoudit, zda obviněný důkazní břemeno unesl, tedy zda prokázal naplnění důvodů pro použití jednacního řízení bez uveřejnění, přičemž, jak vyplývá z výše uvedeného, obviněný důkazní břemeno v tomto smyslu neunesl, neboť tvrzené technické důvody nebyly dostatečně prokázány, a to ani v předloženém znaleckém posudku, jehož předmětem bylo posouzení oddělitelnosti jednotlivých modulů IS ADIS a nikoliv to, zda by předmětnou veřejnou zakázku nemohl realizovat i jiný dodavatel než společnost IBM.
96. Pro úplnost Úřad uvádí, že hodnocení podkladů pro rozhodnutí je věcí správního orgánu a je ovládáno zásadou volného hodnocení důkazů. Podle § 50 odst. 4 správního řádu správní orgán hodnotí podklady, zejména důkazy, podle své úvahy; přitom pečlivě přihlíží ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 84/2009 – 77 ze dne 12. 11. 2009).
97. Úřad v této souvislosti odkazuje rovněž na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R403/2015/VZ-37535/2016/321/OHo ze dne 12. 9. 2016, ve kterém předseda Úřadu konstatoval, že „(...) znalecký posudek je nutno hodnotit stejně pečlivě jako každý jiný důkaz, neboť ani on nepoživá žádné větší důkazní síly a musí být podrobován všestranné prověrce nejen právní korektnosti, ale též věcné správnosti (k tomu viz dále). Hodnotit je třeba celý proces utváření znaleckého důkazu, včetně přípravy znaleckého zkoumání, opatřování



*podkladů pro znalce, průběh znaleckého zkoumání, věrohodnost teoretických východisek, jimiž znalec odůvodňuje své závěry, spolehlivost metod použitých znalcem a způsob vyvozování závěrů znalce. Ponechávat bez povšimnutí věcnou správnost znaleckého posudku a slepě důvěřovat závěrům znalce, by znamenalo ve svých důsledcích popřít zásadu volného hodnocení důkazů soudem (tyto závěry lze vztáhnou bezvýjimečně též na hodnocení důkazů správním orgánem) podle svého vnitřního přesvědčení, privilegovat znalecký důkaz a přenášet odpovědnost za skutkovou správnost soudního rozhodování na znalce; takový postup nelze ze správněprávních ani z ústavněprávních hledisek akceptovat (blíže viz náleží Ústavního soudu České republiky sp. zn. III. ÚS 299/06).“ Předseda Úřadu dále v citovaném rozhodnutí uvedl, že „[j]e však mít třeba na paměti, že znalci se vyjadřují k odborným otázkám, o nichž si nelze ve správním řízení učinit úsudek samovolně, avšak právní hodnocení a závěry v uvedené věci činí právě až správní orgán. Je tedy na něm, aby se vypořádal s tím, která zjištění a z jakých důvodů z případně protichůdných důkazních prostředků použije. Nejde o vyslovování správnosti nebo nesprávnosti odborných stanovisek znalců, ale o hodnocení znaleckého posudku s ostatními důkazy a v řízení zjištěnými skutečnostmi (§ 50 odst. 4 správního řádu). Tím je rovněž zamezeno, aby docházelo k přenášení odpovědnosti za správnost rozhodování na znalce, (...). Znalecké posudky pak slouží jen jako jeden z mnoha (byť zde je nutné doplnit ‚významných‘) důkazů v řízení před soudy a jinými státními orgány, přičemž teprve po jejich zhodnocení ve vzájemných souvislostech s dalšími najevo vyššími okolnostmi lze vyvodit na jeho základě závěr o jeho použitelnosti jako podkladu pro rozhodnutí.“*

98. Úřad tedy ve smyslu výše uvedených úvah podrobil závěry znaleckého posudku svému zkoumání a hodnocení, a to v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů, a dospěl k závěru, že předložený znalecký posudek nepodává odpověď na otázku ohledně existence jediného možného dodavatele poptávaného plnění, přičemž takovéto posouzení ani nebylo předmětem znaleckého posudku (viz předchozí obsah odůvodnění tohoto rozhodnutí).
99. Obviněný se v rámci vyjádření ze dne 13. 3. 2017, 9. 8. 2017 a 24. 8. 2017 zmiňuje rovněž o skutečnosti, že IS ADIS je tzv. prvkem kritické informační infrastruktury ve smyslu zákona č. 181/2014 Sb., kdy narušení jeho funkce by mělo závažný dopad na bezpečnost státu a zabezpečení základních životních potřeb obyvatelstva, zdraví osob nebo ekonomiku státu, a „(...) u kterého narušení bezpečnosti informací může omezit nebo výrazně ohrozit výkon působnosti orgánu veřejné moci“, a současně uvádí důsledky případného neuzavření smlouvy na šetřenou veřejnou zakázku a navazujících veřejných zakázek (v podrobnostech viz bod 17. odůvodnění tohoto rozhodnutí), kdy „nerealizace úprav systému ADIS může mít za následek chybný a ve svém důsledku až nezákonný postup správce daně.“
100. K tomu Úřad podotýká, že argumenty obviněného se pohybují pouze v rovině tvrzení, která nejsou doložena relevantními podklady, kdy ani z již výše zmíněného znaleckého posudku uvedené nevyplývá, neboť takové posouzení nebylo jeho předmětem. Pokud se obviněný odvolává na zákon č. 181/2014 Sb., resp. na skutečnost, že IS ADIS je tzv. prvkem kritické informační infrastruktury, pak k tomu Úřad uvádí, že zmíněná skutečnost zcela jistě nepředstavuje technické důvody, které by opravňovaly obviněného k použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
101. Pokud obviněný taktéž zmiňuje skutečnost, že souhlasné stanovisko s jeho postupem vyjádřila před zahájením jednání o uzavření Smlouvy i Rada vlády pro informační společnost

(k tomu obviněný předložil souhlasné stanovisko č. j. MV-65897-2/EG-2016 ze dne 9. 5. 2016) a taktéž Odbor Hlavního architekta eGovernmentu (k tomu obviněný předložil souhlasné stanovisko č. j. MV-51226-11/OHA-2016 ze dne 26. 4. 2016), pak k tomu Úřad konstatuje, že uvedené shledává k šetřené věci irrelevantním, neboť obecně je příslušný k rozhodnutí o tom, zda zadavatel (obviněný) při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem (resp. zda se dopustil přestupku), dle § 112 zákona, resp. dle § 248 ZZVZ, pouze Úřad.

102. Na základě výše uvedených skutečností dospěl Úřad 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.
103. Z vyjádření obviněného ze dne 13. 3. 2017 a 9. 8. 2017 a z odůvodnění veřejné zakázky vyplývá, že obviněný přistoupil k použití jednacého řízení bez uveřejnění taktéž z důvodu ochrany výhradních práv společnosti IBM k IS ADIS. Obviněný v této věci v rámci svého vyjádření ze dne 13. 3. 2017 uvádí, že z Původní smlouvy (viz bod 49. odůvodnění tohoto rozhodnutí) lze „(...) dovodit, že společnost IBM svolení k postoupení majetkových práv k dílu (ADIS) na třetí osobu nepostoupila. Pokud v rámci systému ADIS byl GFŘ dodán i program chráněný autorským zákonem a poptávané plnění by obsahovalo užití/zásah do autorských práv k ADIS, pak plnění mohla poskytnout pouze společnost IBM. Veškerý vývoj, modifikace a jakékoli jiné akce zasahující do zdrojového kódu je oprávněn provádět pouze vykonavatel autorských práv, tj. v tomto případě společnost IBM. Pokud by GFŘ, popř. jakákoliv třetí strana, provedla změny v aplikaci v jiných místech, než k tomu určených konfiguračních souborech, došlo by k zásahu do udělených licenčních oprávnění a společnost IBM by ani nadále nemohla poskytovat záruky a další údržbu a podporu dodané aplikace. Udělená licence tedy nezahrnuje možnost předání oprávnění třetí straně pro provedení úprav a vytváření odvozených děl.“
104. S ohledem na skutkově vymezený stav v šetřeném případě bylo na obviněném, aby uvedl a doložil, resp. prokázal konkrétní výhradní práva vybraného uchazeče (společnosti IBM), jejichž existence je důvodem pro zadání veřejné zakázky formou jednacého řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. V této souvislosti je dále nutno podotknout, že charakter takového tvrzeného a obviněným prokazovaného výhradního práva musí být takový, aby toto právo ve svém důsledku znamenalo jednoznačnou a nezpochybnitelnou nezbytnost zadání předmětné veřejné zakázky právě vybranému uchazeči. V souvislosti s možností prokázání existence výhradních práv Úřad dále odkazuje na závěry vyplývající z rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, ve kterém soud uvedl, že „[z]adavatel musel důkladně a objektivně osvědčit, že jsou dány důvody aplikace jednacého řízení bez uveřejnění, a to např. posudkem z oboru IT a oboru práva, (...)“
105. Obviněný doručil Úřadu v rámci svého vyjádření ze dne 13. 3. 2017 rovněž dokument ze dne 1. 2. 2016 zpracovaný společností PELIKÁN KROFTA KOHOUTEK advokátní kancelář s.r.o., IČO 27592936, se sídlem Újezd 450/40, 118 01 Praha 1, jehož obsahem bylo „posouzení dispozice s autorskými právy v rámci systému Automatizovaného daňového informačního systému.“ Na základě obviněným předložených dokumentů (tj. smluvní dokumentace

pořízené v letech 1992 až 2014) dospěla výše uvedená advokátní kancelář k následujícímu závěru:

*„Zdrojové kódy systému ADIS podle dostupných materiálů podléhají ochraně dle autorského zákona, přičemž ze smluvní dokumentace nevyplývá, že by si Ministerstvo financí ČR nebo Generální finanční ředitelství zajistilo právo poskytnout zdrojové kódy k tomuto systému třetím osobám za účelem změn, nebo zpřístupnění systému ADIS. Poskytnutá licence v daném případě zahrnuje pouze neodvolatelnou, nevýhradní, celosvětovou, vyplacenou licenci používat, vykonávat, reprodukovat, zobrazovat, provádět a distribuovat pouze pro vnitřní potřebu kopie materiálů, jejichž autorem je IBM.*

*Domníváme se tedy, že v daném případě GFŘ musí zajistit svolení nositele autorských práv systému ADIS ke změně a zpracování původního autorského díla, pokud by k této činnosti mělo dojít ze strany třetí osoby.*

(...)

*I když formulace smlouvy ne zcela koresponduje s dikcí autorského zákona, lze z ní dovodit, že autor svolení k postoupení majetkových práv k dílu na třetí osobu nepostoupil. Pokud v rámci systému ADIS byl GFŘ dodán i program chráněný autorským zákonem a poptávané plnění by obsahovalo užití / zásah do autorských práv k ADIS, pak plnění mohl provést buďto autor (IBM), případně GFŘ/MF jako zadavatel původní veřejné zakázky.*

*Závěrem tedy konstatujeme, že se po posouzení předložené smluvní dokumentace přikláníme k názoru, že GFŘ/MF nedisponuje autorskými právy ke zdrojovému kódu systému ADIS a není tak oprávněno volně bez svolení IBM s tímto systémem (resp. zdrojovými kódy) nakládat.“*

106. K předloženému právnímu posouzení vztahujícímu se k IS ADIS Úřad předně zdůrazňuje, že jeho předmětem nebylo posouzení postupu obviněného ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona, resp. možného zadání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, nýbrž posouzení smluvní dokumentace k IS ADIS z hlediska dispozice autorskými právy k tomuto systému. Z daného posouzení lze dovodit, že obviněný by si v případě, že by požadoval změnu či zpracování IS ADIS třetí osobou, musel zajistit potřebná oprávnění od společnosti IBM, neboť autorskými právy ke zdrojovým kódům IS ADIS disponuje právě společnost IBM; obviněný dle daného posouzení disponuje neodvolatelnou, nevýhradní, celosvětovou, vyplacenou licencí, jež ho opravňuje používat, vykonávat, reprodukovat, zobrazovat, provádět a distribuovat pouze pro vnitřní potřebu kopie materiálů, jejichž autorem je společnost IBM.
107. Ve vztahu k závěrům výše uvedeného posouzení Úřad dále uvádí, že IS ADIS byl vytvořen pro právního předchůdce (Ministerstvo financí) obviněného na základě Původní smlouvy právním předchůdcem společnosti IBM (viz bod 49. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž lze předpokládat (a Úřad tuto otázku blíže nezkoumal – k tomu viz níže), že jakožto aplikační programové vybavení je chráněn coby dílo ve smyslu příslušných autorskoprávních předpisů (uvedené ostatně dokládá i právní posouzení předložené obviněným). Z Původní smlouvy dále vyplývá, že společnost IBM nebo třetí strana si ponechá vlastnictví autorských práv vůči

všem materiálům, které nejsou označeny jako „materiály<sup>3</sup> zákazníka“, avšak obviněný (resp. jeho právní předchůdce) bude mít právo reprodukovat takovéto materiály a připravovat z nich odvozené produkty pro své vlastní použití, ale nebude bez předchozího souhlasu společnosti IBM poskytovat jakékoliv takovéto materiály anebo odvozené produkty a jejich kopie kterékoliv třetí straně (viz bod 52. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Současně bylo sjednáno, že společnost IBM vlastní autorská práva na licenci vnitřního kódu, avšak společnost IBM udělila právnímu předchůdci obviněného licenci k používání kódu, která ho opravňuje k (i) provádění kódu a tím umožnit konkrétnímu stroji, aby fungoval v souladu s údaji oficiálně publikovanými společností IBM, (ii) pořízení si záložní kopie, jestliže mu taková nebyla poskytnuta společností IBM, (iii) provádět a zobrazovat kód, pokud je to nezbytné pro údržbu stroje. Z Původní smlouvy naopak vyplývá, že obviněný (resp. jeho právní předchůdce) nesmí (i) jinak kopírovat, uzpůsobovat, zobrazovat, upravovat nebo elektronickou cestou rozšiřovat kód než jak může být oprávněn podle údajů, (ii) aplikovat kód na zpětné překladače jazyk ASEMBLER nebo jiné překladače, dekódovat nebo překládat kód, (iii) poskytovat druhotné licence, kód postupovat nebo pronajímat (viz bod 57. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

108. Lze tedy zrekapitulovat, že na základě Původní smlouvy je obviněný oprávněn daný systém používat, avšak nikoli do něj zasahovat či upravovat. Stejně tak ze Smlouvy uzavřené mezi obviněným a společností IBM na šetřenou veřejnou zakázku nevyplývá, že by byl obviněný oprávněn zasahovat do IS ADIS, neboť v čl. 6 odst. 3 Smlouvy bylo sjednáno, že *„Materiály typu II jsou Materiály<sup>4</sup>, které byly vytvořené v období provádění služeb či jindy (např. ty, které vznikly již před obdobím poskytování služeb) a jsou vlastnictvím Zhotovitele nebo třetí strany a Zhotovitel či třetí strana k nim má všechna autorská práva (včetně vlastnictví copyrightu). Zhotovitel dodá jednu kopii tohoto Materiálu Objednateli. Zhotovitel tímto uděluje Objednateli neodvolatelnou, časově neomezenou, nevýhradní, celosvětovou, vyplacenou licenci používat, vykonávat, reprodukovat, zobrazovat, provádět a distribuovat pouze pro vnitřní potřebu kopie tohoto Materiálu typu II. (...).“*
109. V daném případě je pak zřejmé, že předmětem šetřené veřejné zakázky je zásah do stávajícího IS ADIS, který vznikl na základě Původní smlouvy z roku 1992, neboť předmětem plnění je dle čl. I. výzvy k jednání ze dne 8. 3. 2016 rozšířená údržba IS ADIS a realizace nového vývoje aplikačních programů ADIS na základě požadavků obviněného, přičemž IS ADIS lze kvalifikovat jako autorské dílo ve smyslu § 2 odst. 2 autorského zákona.
110. K tomu Úřad v obecné rovině uvádí, že do forem užívání autorského díla lze zařadit jak činnosti výslovně upravené v § 12 odst. 4 autorského zákona, tak i činnosti jiné, neboť výčet uvedený v odstavci 4 tohoto ustanovení autorského zákona je s odkazem na odstavec 5 zde citovaného ustanovení pouze demonstrativní.

<sup>3</sup> Pojmem „Materiály“ se dle Původní smlouvy rozumí *„písemné práce nebo jiné autorské práce, které jsou zákazníkovi dodány jako programy, seznamy programů, programovací nástroje, dokumentace, zprávy, výkresy a podobné práce, které jsou označeny jako materiály v Příloze B – Rozsah dodávek.“*

<sup>4</sup> Pojmem „Materiály“ se dle čl. I. „Obecné definice“ Smlouvy rozumí *„díla, jež jsou předmětem autorských práv (jako jsou počítačové programy, výpisy zdrojového kódu, programovací nástroje, dokumentace, reporty, nákresy apod.), jež může Zhotovitel dodat Objednateli jako součást služby. Na tyto materiály se vztahují ustanovení článku 6. Práva na produkty nemateriální povahy této Smlouvy. Pojem ‚Materiály‘ nezahrnuje licencované programy dostupné na základě zvláštních licenčních smluv.“*

111. Autorský zákon dále blíže specifikuje právo užití dílo, jedná-li se o počítačový program, a to v § 66 odst. 1 autorského zákona. Obsahem předmětného ustanovení autorského zákona je vymezení tzv. zákonné licence, s níž je spojeno právo oprávněného uživatele – osoby, která disponuje licencí k výkonu majetkového práva autora – dílo (počítačový program) užití určitými způsoby, aniž by k tomuto výkonu musela být uživateli tato práva udělena na základě smluvních ujednání. Uživatel – nabyvatel licence, tak získává tato oprávnění bez dalšího, přímo ze zákona.
112. Z ustanovení § 66 odst. 1 písm. a) autorského zákona pak vyplývá právo oprávněného uživatele rozmnožovat, překládat, zpracovávat, upravovat či jinak měnit počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu, činí-li tak při zavedení a provozu počítačového programu nebo opravuje-li chyby počítačového programu, přičemž z obsahu předmětného ustanovení, jakož i z odborné literatury pojící se s problematikou autorskoprávní ochrany vyplývá, že se jedná o ustanovení kogentní, tzn. zákonné ustanovení zavádějící pravidlo, od něhož se účastníci smluvního vztahu nemohou odchýlit. *„Stěžejním pojmem autorského práva v souvislosti s užitím a ochranou počítačového programu je pojem oprávněný uživatel. Oprávněným uživatelem rozmnoženiny počítačového programu je zaprvé oprávněný nabyvatel rozmnoženiny počítačového programu, který má vlastnické či jiné právo k rozmnoženině počítačového programu, a to za účelem jejího využití (nikoli za účelem jejího dalšího převodu). Zadruhé je oprávněným uživatelem oprávněný nabyvatel licence nebo jiná osoba oprávněná užívat rozmnoženinu počítačového programu. Oprávněný uživatel neporušuje práva autora programu, jestliže tento program rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění, je-li to potřebné k užití programu v souladu s jeho určením, činí-li tak při zavedení a provozu počítačového programu včetně opravování chyb programu.“* (ŠTĚDRŮŇ, B. Ochrana a licencování počítačového programu. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 48.).
113. Současně jsou další zákonná užití oprávněného uživatele obsažena v ustanovení § 66 odst. 1 v písm. b) autorského zákona, dle kterého do autorského práva nezasahuje oprávněný uživatel rozmnoženiny počítačového programu, jestliže *„jinak rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu v souladu s jeho určením, není-li dohodnuto jinak“*, přičemž dle komentáře k autorskému zákonu [CHALOUPKOVÁ, H., HOLÝ, P.: Zákon o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským (autorský zákon) a předpisy související. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 121] je přípustné *„např. zpracování, resp. úprava spočívající ve věcné nebo obsahové aktualizaci, či jiném přizpůsobení programu směřujícím k naplnění účelu jeho užití.“* Toto ustanovení tedy již ze zákona opravňuje oprávněného uživatele mimo jiné k úpravám počítačového programu nejen v případě nezbytnosti provedení těchto úprav, ale i v případech směřujících k naplnění účelu jeho užití. Zákonná licence je v tomto případě oproti ustanovení § 66 odst. 1 písm. a) autorského zákona podstatně širší, resp. volnější, neboť s výkonem těchto užívacích práv není spojena podmínka nezbytnosti k využití počítačového programu.
114. Úřad v této souvislosti tedy uvádí, že nelze vždy automaticky uzavřít, že z důvodu ochrany práv vyplývajících z autorského zákona byl vybraný uchazeč skutečně jediným možným dodavatelem k realizaci šetřené veřejné zakázky, když oprávnění obviněného k určitým uživatelským úpravám programu může vycházet ze zákonné licence oprávněného uživatele

počítačového programu např. dle ustanovení § 66 odst. 1 písm. a) nebo b) autorského zákona, přičemž ani z právního posouzení předloženého obviněným jednoznačně nevyplývá, že by vybraný uchazeč byl bezpochyby jediným možným dodavatelem předmětného plnění.

115. Obdobně jako tomu bylo v případě předloženého znaleckého posudku, tak i v případě předloženého právního posouzení Úřad podrobil závěry právního posouzení svému zkoumání a hodnocení, a to v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů, a dospěl k závěru, že předložené právní posouzení nepodává komplexní odpověď na otázku ohledně existence výhradních práv vybraného uchazeče, tj. společnosti IBM, neboť jeho závěry nejsou opřeny o bližší zdůvodnění, které by jednoznačně svědčilo ve prospěch existence výhradních práv společnosti IBM (viz předchozí obsah odůvodnění tohoto rozhodnutí).
116. Úřad proto v rovině výše uvedeného nemůže bez dalšího jednoznačně potvrdit reálnou existenci výhradních práv, tedy jakýsi „stav exkluzivity“ společnosti IBM, resp. konstatovat, že by obviněný nadevší pochybnost naplnil formální podmínku použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Z pouhého předložení smluv a právního posouzení obviněným lze dle Úřadu toliko dovodit, že IS ADIS lze považovat za autorské dílo. Obviněný však v kontextu šetřené veřejné zakázky dostatečně neprokázal, 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 [možnosti zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění] ale nemá mít za úkol zodpovědět to, zda je určitý software autorským dílem, ale to, zda je možné realizovat zakázku jinak než výlučně zásahem do autorských práv původního dodavatele“*. Úřad na tomto místě uzavírá, že nastíněnou otázku blíže nezkoumal, neboť i kdyby se snad obviněnému podařilo prokázat to, že neexistuje subjekt odlišný od vybraného uchazeče, jenž by byl oprávněn k zásahu do informačního systému (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 předchůdce obviněného, pročez 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, může zadavatel libovolně dlouho každou další veřejnou zakázku, kterou by bylo jinak lze na trhu široce soutěžit, pokud by neexistovaly předmětné omezující smluvní podmínky, zadat dotyčným jedinému vybranému dodavateli v jednacím řízení bez uveřejnění. Právní předchůdce obviněného však měl a mohl vědět o skutečnosti, že bude nezbytné do (vybraným uchazečem vytvořeného) informačního systému zasahovat (nejedná se o jednorázový informační systém) 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).
117. 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 IS ADIS, Úřad konstatuje, že jako oprávněný důvod pro použití jednacím 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 jednacím 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.

118. V této souvislosti Úřad odkazuje na již výše uvedený 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 *„[j]ednacím řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.“* Závěry tohoto rozsudku taktéž korespondují se závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 28. 11. 2012, v němž se Nejvyšší správní soud zabýval situací, kdy byl postup zadavatele veřejné zakázky zatížen vadou již při tvorbě nedokonalé a nepodložené projektové dokumentace a dospěl k závěru, že *„...předvídatelnou nedokonalost projektové dokumentace a nemožnost na jejím základě dokončit původní předmět díla nelze následně zhojit zadáním prací pomocí jednacím řízení bez uveřejnění.“* Nejvyšší správní soud také odkázal na dřívější rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 3/2002 ze dne 5. 11. 2002, v němž soud konstatoval, že okolnosti, které by mohly odůvodňovat postup, kdy zadavatel osloví jednoho konkrétního zájemce, nemohou vycházet ze stavu, kdy si zadavatel nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až je následně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolává se postupu dle daného ustanovení zákona.
119. Úřad dále uvádí, že pokud Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013 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, pak dle rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015 *„v případě zmiňovaného ‚zavinění‘ půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem, kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadávání navazujících zakázek.“*
120. V návaznosti na shora uvedenou judikaturu je tak zřejmé, jak již Úřad uvedl výše, že použít jednacím 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 tuto předpokládaná plnění bez využití jednacích řízení bez uveřejnění, např. tedy umožní plnění zadat v otevřenějších typech zadávacích řízení. V opačném případě by totiž zadavatel byl s budoucím užitím jednacích 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).

121. K otázce posouzení potřeby navazujících plnění Úřad uvádí, že předmětem plnění Původní smlouvy bylo poskytnutí návrhu, vývoje, testování a integrační činnosti podle rozsahu prací specifikovaných v příloze A Původní smlouvy (viz body 50. a 51. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a předmětem plnění šetřené veřejné zakázky pak rozšířená údržba IS ADIS a realizace nového vývoje aplikačních programů ADIS na základě požadavků obviněného (v podrobnostech viz bod 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Ve vztahu ke službám poskytovaným na základě Smlouvy obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 9. 8. 2017 uvedl, že *„[t]yto práce zahrnují dohodnuté úpravy aplikačního programového vybavení (dále jen ‚APV‘) a úpravy APV související s dodávkami technických zařízení, systémových komponent a implementačních systémových prací, které jsou prováděny synchronně s těmito dodávkami. Součástí předmětu je i řešení požadavků orgánů finanční správy formulovaných jednotlivými skupinami vývoje aplikačního systému, které nejsou součástí základní údržby systému, a které je možno zahrnout do připravovaných distribučních verzí ADIS. Jedná se o požadavky, které směřují ke zlepšení funkcionality systému A[D]IS, a které nelze odkládat do dalších vývojových smluv. Do předmětu jsou rovněž zahrnuty i takové zásahy do APV, které ovlivňují funkcionalitu modulů či subsystémů ADIS, a které nejsou předmětem probíhajícího vývoje.“*
122. Úřad s ohledem na výše uvedenou judikaturu provedl porovnání předmětu plnění veřejné zakázky dle Smlouvy s Původní smlouvou a uvádí, že Smlouva se bezprostředně týká informačního systému pořízeného na základě Původní smlouvy. Vzhledem k povaze služeb poskytovaných obviněnému na základě Smlouvy je zřejmé, že se jedná o činnosti, které právní předchůdce obviněného mohl rozumně očekávat, neboť se jedná o takový druh činností (údržba informačního systému, úprava aplikačního programového vybavení, zlepšení funkcionality systému), které obecně s provozem informačních systémů bezprostředně souvisí a u kterých tedy musel právní předchůdce obviněného v době uzavírání Původní smlouvy již z povahy věci rozumně očekávat, že potřeba jejich provedení vznikne, neboť bez alespoň základní technické podpory nelze obdobné systémy používat (údržba, realizace vývoje aplikačních programů). Pro úplnost Úřad dodává, že vzhledem k popisu a účelu IS ADIS (viz bod 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí) je zřejmé, že tento nepředstavuje informační systém, u kterého by se předpokládala krátkodobá životnost. Navíc se jedná o informační systém spravující oblast daňové legislativy objektivně podléhající neustálým změnám, jak ostatně popisuje i sám obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 24. 8. 2017. O to více pak musela být potřeba následné technické podpory poskytované v průběhu jeho používání zjevná. Dle Úřadu tak právní předchůdce obviněného již v době



uzavření Původní smlouvy potřebu navazujících plnění mohl rozumně předpokládat a zaviněně tak založil stav exkluzivity ve prospěch jediného dodavatele, přičemž na uvedeném ničem nemění ani tvrzení obviněného, že „[v]zhledem k formování daňové reformy a s ohledem na úroveň rozvinutosti vývoje počítačových programů (...) odpovídal postup MF tehdejšími podmínkami a nelze jej dnes považovat za vytváření určitých právních omezení za účelem obcházení řádného postupu zadávání veřejných zakázek.“

123. Úřad v návaznosti na výše uvedené konstatuje, že obviněný ve správním řízení neprokázal opak, tj. že právní předchůdce budoucí návazné plnění Původní smlouvy (odpovídající Smlouvě) předpokládat nemohl, ani neprokázal, že by právní předchůdce postupoval pouze „nešikovně,“ tj. nezaviněně. Úřad v této souvislosti uvádí, že si je vědom skutečnosti, že informační systém byl vytvořen na základě postupu právního předchůdce obviněného a stav exkluzivity tedy z povahy věci nemohl vytvořit sám obviněný, který tuto skutečnost sám ovlivnit nemohl, když vstoupil do pozice jiného subjektu (právního předchůdce) a převzal jeho práva a povinnosti (viz body 14., 25. a 28. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Obviněný však bez ohledu na skutečnost, že založení autorskoprávní exkluzivity vybraného uchazeče sám ovlivnit nemohl, má jako zadavatel povinnost při vzniku potřeby dodatečných úprav, aktualizací nebo údržby tohoto systému (který od Ministerstva financí převzal do své kompetence), vždy zvažovat, zda jsou podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění naplněny. Nelze si totiž představit situaci, kdy by pouze formální změna v organizační struktuře mohla mít za následek zbavení se odpovědnosti za předchozí postup právního předchůdce. Přitom je třeba nahlížet jak na formální, tak na materiální stránku těchto podmínek. Jinými slovy řečeno: obviněnému není vytýkán chybný postup jeho právního předchůdce při uzavírání Původní smlouvy, ale chybný postup při vyhodnocení toho, zda jsou splněny podmínky pro uzavření Smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění. Nebyly-li naplněny zákonné důvody, pak měl obviněný postupovat jinak, přičemž ani toliko tvrzená hospodárnost postupu nemůže nezákonnost postupu zhojit, když to by vedlo k tomu, že se předmětem soutěže na roky či desítky let nestanou veřejné zakázky, které by jinak (bez původních podmínek zadavatele, které vytvořily exkluzivitu rozhodného dodavatele), bylo lze v širokém soutěžním prostředí soutěžit.
124. V rámci posouzení materiální stránky použití jednacím řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky tak Úřad s odkazem na výše zmíněnou konstantní judikaturu na základě výše uvedeného konstatuje, že judikovanou podmínku spočívající v tom, aby se jednalo o plnění, jehož potřebu zadavatel nemohl při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky předvídat, šetřená veřejná zakázka nesplňuje, jelikož právní předchůdce obviněného mohl budoucí návazná plnění související s Původní smlouvou a nyní obsažená ve Smlouvě uzavřené obviněným na základě jednacím řízení bez uveřejnění, předpokládat; jinými slovy řečeno o potřebě tohoto plnění právní předchůdce obviněného měl a mohl vědět již v době uzavření Původní smlouvy. Úřad v této souvislosti uvádí, že je zcela postačující, že tuto známost měl mít již právní předchůdce obviněného, neboť obviněný vstupuje plně do práv a povinností souvisejících s IS ADIS, který mu byl předán do jeho kompetence, tedy vstupuje i do závazků plynoucích z předchozího postupu Ministerstva financí a důsledků těchto závazků. Obviněný jako právní nástupce Ministerstva financí následně v pozici zadavatele při zadávání veřejné zakázky související s uvedeným informačním systémem musí všechny okolnosti včetně důsledků předchozího postupu Ministerstva financí zvažovat, zejména však, zda jeho postup je v souladu se zákonem. Tuto skutečnost (potřebu budoucího plnění, kterou právní

předchůdce obviněného měl a mohl rozumně předpokládat) měl obviněný při zadávání veřejné zakázky vzít v úvahu a v situaci zaviněného založení exkluzivity jeho právním předchůdcem nemohl veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění. V této souvislosti Úřad k argumentu obviněného, že v době uzavření Původní smlouvy „(...) neexistovala v českém právním řádu žádná úprava zadávání veřejných zakázek, kterou by MF mohlo svým jednáním obcházet“, a že „(...) nebylo možné po MF spravedlivě požadovat, aby dopodrobna předvíдалo, jakou optikou se bude v budoucnu nejen právní úprava, ale i judikatura v této oblasti vyvíjet“, uvádí, že tehdejší právní úprava je pro šetřený případ zcela nerozhodná, neboť Úřad v tomto řízení neposuzuje zákonnost právního jednání při uzavření Původní smlouvy, ale zákonnost použití jednacím řízení bez uveřejnění pro zadání předmětné veřejné zakázky, tedy veřejné zakázky zadávané v době, kdy již příslušná judikatura přílehavá k šetřené věci existovala a obviněný se tak s jejími závěry mohl seznámit (je tedy možno jen opakovat, že obviněnému není vytýkán chybný postup jeho právního předchůdce při uzavření Původní smlouvy, ale chybný postup při vyhodnocení toho, zda jsou splněny podmínky pro uzavření Smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění).

125. Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013: „[n]ení 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“, a dále: „[z]adavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, (...)“, což je závěr, který je dle Úřadu aplikovatelný na šetřený případ, jelikož, jak bylo uvedeno výše, předmět šetřené veřejné zakázky představují činnosti, které obecně s provozem informačního systému bezprostředně souvisí a u kterých tedy musel právní předchůdce obviněného v době uzavírání Původní smlouvy rozumně očekávat, že potřeba jejich provedení vznikne, přičemž obviněný jakožto právní nástupce se měl otázkou naplnění podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění znovu zabývat. V kontextu výše uvedeného Úřad uvádí, že prakticky každý informační systém vyžaduje údržbu a rovněž je zřejmé, že téměř každý informační systém musí být upravován (vyvíjen) tak, aby odpovídal požadavkům dané doby (např. požadavkům legislativním, uživatelským apod.). Již jen z tohoto faktu lze dovozovat potřebu návazných plnění, a tedy zavinění autorskoprávní exkluzivity právním předchůdcem obviněného, když si v Původní smlouvě nevyhradil potřebná práva k předmětnému systému. V dané věci navíc nelze odhlédnout od povahy konkrétního posuzovaného informačního systému, tj. robustního informačního systému určeného k podpoře komplexní správy daní v širokém slova smyslu, přičemž u takového informačního systému je potřeba jeho neustálé údržby a rozvoje (přínejmenším v návaznosti na měnící se daňovou legislativu) možno pokládat za notorietu.
126. Pokud pak obviněný v souvislosti s vytvořením stavu exkluzivity uvádí, že v době uzavření Původní smlouvy byl právní předchůdce společnosti IBM jediným možným dodavatelem daného plnění, přičemž v této věci odkazuje na již výše zmíněný znalecký posudek, v němž znalec uvedl, že „[f]irma IBM byla tehdy jedinou volbou, firma co dokázala dodat jak servery s vlastním operačním systémem AIX (na bázi funkčního, stabilního multitáskového UNIXu; je to jeden z jejich serverových operačních systémů), SŘBD Informix, ale i personální počítače, pokud by byla potřeba, byla schopna zajistit servis, školení i dálkový dohled“, pak k tomu Úřad uvádí, že toto tvrzení obviněného ničeho nemění na skutečnosti, že právní předchůdce obviněného si nevyhradil při uzavírání Původní smlouvy potřebná práva k předmětnému

systemu, ačkoliv potřebu návazných plnění mohl rozumně předpokládat, k čemuž Úřad dodává, že předmětem daného znaleckého posudku ani nebylo posouzení toho, kolik relevantních dodavatelů bylo schopno v době uzavření Původní smlouvy dodat požadované plnění, ani posouzení okolností relevantních pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, protože dané tvrzení znalce shledává Úřad v šetřeném případě irelevantním.

127. Úřad na základě výše uvedených 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 právního předchůdce obviněného při uzavření Původní smlouvy, a proto obviněný nemohl předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na důvody ochrany výhradních práv vybraného uchazeče zadat.
128. Na tomto místě se Úřad pro úplnost vyjádří k obviněným tvrzené hospodárnosti vynaložených veřejných prostředků spojených s realizací předmětné veřejné zakázky, kdy se dle obviněného jeví ekonomicky výhodnější (poté, co obviněný převzal IS ADIS od Ministerstva financí) pokračovat v zavedené variantě než znehodnotit současný systém a pořizovat systém nový.
129. 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.
130. 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.“*

131. 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 jednacího 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).*
132. Obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 24. 8. 2017 mj. uvádí, že jeho cílem je vybudovat informační systém pro správu daní, který bude odpovídat dnešním moderním požadavkům a přístupům k informačním technologiím, přičemž příprava projektu mající za cíl zanalyzovat dosavadní stav a navrhnout alternativní řešení k zabezpečení řádného chodu systému je v současnosti ve fázi přípravy a základní materiály nejsou dosud schváleny řídicím výborem, přičemž obviněný uvádí, že po jejich schválení je ochoten je zaslat Úřadu jako důkaz jeho činnosti v této oblasti. K tomu Úřad konstatuje, že tyto kroky jsou jistě na místě, avšak na skutečnosti, že podmínky pro jednací řízení bez uveřejnění v době zadání veřejné zakázky nebyly splněny, nic nemohou změnit.
133. Úřad na tomto místě pro úplnost dodává, že jelikož obviněný v šetřeném zadávacím řízení postupoval podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení, a v mezidobí od zahájení zadávacího řízení do vydání tohoto rozhodnutí, konkrétně dne 1. 10. 2016, nabytí účinnosti ZZVZ, bylo nutno v rámci předmětného správního řízení posoudit, zda právní úprava obsažená v ZZVZ není pro obviněného příznivější, a zda ji tudíž není nutno s ohledem na čl. 40 odst. 6 větu druhou Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) na šetřený případ aplikovat. Pokud jde o podmínky pro možnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tyto jsou upraveny v § 63 ZZVZ, který stanoví, že jednací řízení bez uveřejnění může být zadavatelem použito mj. v případě, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž, nebo je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví. Nejedná se tedy o příznivější úpravu oproti právní úpravě účinné v době uzavření Smlouvy. Úřad současně dodává, že vzhledem k tomu, že v šetřeném případě byla na základě jednacího řízení bez uveřejnění uzavřena (samostatná) smlouva,

která nemění původní smlouvu, nelze na šetřený případ jako případnou příznivější právní úpravu aplikovat ani ustanovení § 222 ZZVZ týkající se změny závazků.

*K vlivu na výběr nejvhodnější nabídky*

134. Úřad konstatuje, že nezákonný postup obviněného (viz výše) mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť použitím jednacího řízení bez uveřejnění obviněný nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacího řízení zúčastnit, resp. zcela vyloučil možnost účasti jakéhokoli jiného dodavatele než společnosti IBM, přičemž nelze vyloučit, že pokud by obviněný dodržel postup stanovený zákonem a zadával plnění odpovídající předmětu veřejné zakázky v jiném (otevřenějším) druhu zadávacího řízení, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, kteří mohli obviněnému nabídnout výhodnější plnění než společnost IBM.
135. Pro úplnost Úřad dodává, že zákon v případě správního deliktu (přestupku) podle § 120 odst. 1 písm. a) nevyžaduje výlučně prokázání (podstatného) vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání (postup) zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. V této souvislosti je možno poukázat např. na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009, ve kterém je k dané problematice uvedeno, že *„[s]kutková 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 postačí 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.“* K obdobným závěrům dospěl rovněž Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 36/2012-104 ze dne 9. 5. 2013 či v rozsudku č. j. 62 Af 14/2011-74 ze dne 19. 7. 2012, ve kterém mj. judikoval, že *„[z] uvedeného ustanovení [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona] je zřejmé, že se deliktu dopustí již ten zadavatel, který nedodrží ZVZ, přičemž tím pouze hypoteticky ovlivní výběr nejvhodnější nabídky.“*
136. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že *„[z] dikce ‚podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit‘ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu [...]. Již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.“*
137. Se shora uvedeným závěrem Krajského soudu v Brně vyslovil souhlas i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 4 As 61/2016-34 ze dne 28. 6. 2016, když konstatoval, že v případě, kdy správní orgán (Úřad) shledá, že *„se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu (...) Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem (...), že takové dokazování*

*by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“*

138. Z výše uvedeného vyplývá, že pouhá potencialita vlivu na výběr nejvhodnější nabídky je tak s ohledem na znění zákona zcela postačující v případě spáchání správního deliktu (přestupku) dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona [a to i ve vztahu k ZZVZ – viz § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ], a Úřadu tedy nezbyvá než uzavřít, že obviněný svým jednáním naplnil všechny znaky skutkové podstaty přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

#### *Shrnutí*

139. S ohledem na vše výše uvedené Úřad konstatuje, že obviněný se dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání předmětné veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč, a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče byl zaviněně vytvořen předchozím postupem právního předchůdce obviněného, kterým bylo Ministerstvo financí, při uzavření Původní smlouvy na IS ADIS, který si potřeby budoucích návazných plnění souvisejících s předmětem Původní smlouvy musel být vědom, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 20. 5. 2016 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **K uložení pokuty**

140. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
141. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za přestupek zaniká, jestliže Úřad o něm nezhájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán. Totožně upravoval dobu, ve které dochází k zániku odpovědnosti za přestupek, od 1. 10. 2016 do 30. 6. 2017 i § 270 odst. 3 ZZVZ. Podle § 270 ZZVZ ve znění účinném od 1. 7. 2017 činí (objektivní) promlčecí doba taktéž 5 let.
142. 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.
143. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. Úřad uvádí, že ke spáchání přestupku obviněným došlo uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku dne 20. 5. 2016. Od spáchání přestupku tedy neuplynuly více než 3 roky, přičemž Úřad se o jeho spáchání logicky nemohl dozvědět dříve, než byl spáchán. Z právě uvedeného plyne, že v šetřeném případě

byla zachována i subjektivní lhůta 3 let nutná pro zahájení správního řízení. Obdobně neuplynula ani promlčecí doba dle § 270 ZZVZ, která činí 5 let. Úřad konstatuje, že byly zachovány obě lhůty (jak subjektivní, tak objektivní) pro zahájení správního řízení dle zákona, jakož i dle ZZVZ, resp. neuplynula ani promlčecí lhůta dle § 270 ZZVZ ve znění účinném od 1. 7. 2017.

144. 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 větou druhou Listiny 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, resp. promlčení obsažená v ZZVZ a v zákoně o přestupcích neobsahuje pro obviněného příznivější úpravu, než jakou je lhůta pro zánik odpovědnosti upravená 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.
145. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona účinného v době spáchání přestupku se za přestupek uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
146. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí, a za kterou mu může být uložena pokuta, činí dle Smlouvy uzavřené dne 20. 5. 2016 se společností IBM na plnění veřejné zakázky celkem 50 382 916,52 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) za spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí tedy činí částku ve výši 5 038 291,65 Kč.
147. Vzhledem k tomu, že se zadavatel dopustil přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí dne 20. 5. 2016, když uzavřel smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku, posoudil Úřad při ukládání sankce obviněnému – s ohledem na čl. 40 odst. 6 větu druhou Listiny – možnou aplikaci ZZVZ. V této souvislosti lze uvést, že jednání obviněného je přestupkem jak podle zákona, tak podle ZZVZ [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona, § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ], přičemž zadavateli by při ukládání sankce dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona účinného do 30. 9. 2016 hrozila stejně vysoká pokuta jako dle ZZVZ [srov. ust. § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ], tj. do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. Za tohoto stavu věci není dle Úřadu pozdější právní úprava [tj. právní úprava obsažená v ust. § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ] pro obviněného příznivější, a proto jednání obviněného Úřad posuzoval a sankci uložil podle právní úpravy účinné v době spáchání přestupku.
148. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti přestupku, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Podle § 112 odst. 3 zákona o přestupcích na určení druhu a výměry sankce za dosavadní přestupky a jiné správní delikty se ode dne nabytí účinnosti zákona o přestupcích použijí ustanovení o určení druhu a výměry správního trestu,

je-li pro pachatele výhodnější. Úřad proto rovněž přihlédne k § 37 a násl. zákona o přestupcích, neboť obsahuje širší výslovný katalog skutečností než úprava obsažená v zákoně (která je svojí povahou speciální), které je nutno při určení druhu a výměru správního trestu zvažovat.

149. Podle § 37 zákona o přestupcích při určení druhu a výměry správního trestu se přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku, dále k tomu, že o některém z více přestupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky nebylo rozhodnuto ve společném řízení a dále k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem. Podle § 38 zákona o přestupcích povaha a závažnost přestupku je dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku, způsobem spáchání přestupku, okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti cit. ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
150. Hlavním kritériem, které je dle citovaných ustanovení zákona a zákona o přestupcích rozhodné pro určení druhu a výměry správního trestu, je povaha a závažnost přestupku. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního přestupkového jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Oba uvedené právní předpisy pak demonstrativním výčtem vymezují, co lze pod pojem závažnost přestupku podřadit (význam zákonem chráněného zájmu, význam a rozsah jeho následků, způsob jeho spáchání, okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti přestupku, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující, kdy je třeba konstatovat, že katalog polehčujících a přitěžujících okolností uvedený v § 39 a § 40 zákona o přestupcích je toliko demonstrativní.
151. Úřad dále uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán také konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
152. V posuzovaném případě je v užším smyslu objektem přestupku zákonem chráněný zájem, aby pro použití zvoleného druhu zadávacího řízení – jednacím řízení bez uveřejnění, jakožto procesního postupu směřujícího k zadání veřejné zakázky, byly splněny zákonem stanovené podmínky a jeho neoprávněným použitím nedocházelo k omezování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Objektem přestupku je v širším smyslu zákonem chráněný zájem, aby k situaci, kdy je veřejná zakázka zadána fakticky bez jakékoli hospodářské soutěže, tedy nejméně transparentním způsobem, jaký zákon umožňuje, docházelo pouze výjimečně a toliko za splnění přísných, zákonem stanovených podmínek, zejména pak v situaci, kdy neexistuje žádná jiná varianta (přičemž tuto situaci zadavatel nesmí zavinit). V šetřeném případě byl konkrétním jednáním obviněného, spočívajícím v postupu v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv pro tento druh zadávacího řízení nebyly splněny podmínky, tento právem chráněný zájem nejen narušen, ale zcela popřen.



153. Úřad z hlediska způsobu spáchání přestupku uvádí, že ke spáchání přestupku obviněným došlo uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku s (předem) vybraným uchazečem, aniž by pro daný druh zadávacího řízení (které *de facto* spočívá v prostém výběru konkrétního dodavatele bez jakékoli soutěže) byly splněny zákonem stanovené podmínky.
154. Následkem přestupku je skutečnost, že soutěž o veřejnou zakázku v tomto případě fakticky neprobíhala, a nemusel tak být vybrán uchazeč s nejnižší nabídkovou cenou. Vybraný uchazeč totiž 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 ochrana veřejných prostředků právě prostřednictvím toho, aby smlouvy na veřejné zakázky byly uzavírány při zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže.
155. Úřad dále uvádí, že nepřehlédl, že obviněný se snažil ještě před zahájením předmětného zadávacího řízení vyvázat ze stavu exkluzivity stávajícího dodavatele, když – jak vyplývá ze „Zápisu z jednání GFŘ a IBM ohledně licenčních oprávnění k ADIS“ ze dne 17. 9. 2015 – zahájil jednání o úplném převodu majetkových autorských práv společnosti IBM k IS ADIS na obviněného, avšak společnost IBM sdělila obviněnému v rámci podání ze dne 6. 10. 2015, že „[v] současné době a horizontu budoucích 3 let IBM neuvažuje o převodu majetkových autorských práv k systému ADIS.“. Úřad k této skutečnosti tedy při stanovování výměry pokuty přihlédl, její význam coby polehčující okolnosti je však velmi limitován, a to s ohledem na to, že nepřinesla žádné výsledky.
156. Úřad jako polehčující okolnost hodnotí skutečnost, že autorskoprávní „exkluzivitu“ společnosti IBM, resp. jejího právního předchůdce, zaviněně založil právní předchůdce obviněného, a nikoliv sám obviněný. Tato skutečnost však obviněného nezbavila povinnosti zkoumat důsledně naplnění podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění a zkoumat nejen formální, ale i materiální stránku těchto podmínek.
157. Úřad při stanovení výše pokuty neshledal žádné přitěžující okolnosti, které by ovlivnily výši udělené pokuty.
158. Úřad ke konkrétnímu významu „závažnosti přestupku“ v šetřeném případě shrnuje, že posoudil způsob spáchání přestupku, jeho následky a intenzitu těchto následků, a dále okolnosti, za nichž byl přestupek spáchán, přičemž stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) vzhledem k vysoké intenzitě následků přestupku a přihlédnutím k okolnostem jeho spáchání označuje Úřad přestupek jako závažný.
159. Úřad dále ve vztahu ke způsobu stanovení výše uložené pokuty rovněž odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 245/2015 – 33 ze dne 16. 8. 2016, v němž je mimo jiné konstatováno následující: „Podle § 35 trestního zákona se při postihu souběhu trestných činů ukládá úhrnný nebo souhrnný trest. Tyto tresty představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: cit. dílo, str. 301). Z téhož ustanovení pak plyne zásada uložení shodného trestu za sbíhající se trestné činy bez ohledu na to, zda je o těchto činech vedeno společné řízení (§ 20 odst. 1 trestního řádu) či ne. Při ukládání úhrnného i souhrnného trestu soud vychází ze

*stejných zásad. Z hlediska trestního práva tedy nehraje roli, kdy všechny sbíhající se trestné činy vyjdou najevo, tato skutečnost nesmí být pachateli ani ku prospěchu, ani na újmu. Je zřejmé, že pro trestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale naopak je zcela nezbytné použití absorpční zásady, tedy vzájemné posouzení veškerých souvisejících trestních sazeb.“*

160. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl, zda je v daném případě na místě zohlednit i jiné sbíhající se přestupky, za které již obviněnému byla uložena pokuta podle zákona. Z úřední činnosti jsou Úřadu známy následující skutečnosti.
161. Dne 25. 9. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0320/2017/VZ-27861/2017/521/JRo, kterým obviněnému uložil pokutu ve výši 750 000,- Kč za spáchání přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterého se dopustil tím, že při zadávání veřejné zakázky „Technická podpora IS VEMA 2016“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k podání nabídky odeslané dne 15. 3. 2016, přičemž oznámení o zadání veřejné zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 8. 7. 2016 pod ev. č. zakázky 641918 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 133-240696, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku z důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče – Vema, a.s., IČO 26226511, se sídlem Okružní 871/3a, 638 00 Brno – byl zaviněně vytvořen předchozím postupem právního předchůdce obviněného, kterým bylo Ministerstvo financí, při uzavření kupní smlouvy č. 92/260 ze dne 17. 12. 1992 na programové vybavení EKOS/VEMA, který si potřeby budoucích návazných plnění souvisejících s předmětem původních smluv musel být vědom, a proto obviněný nemohl citovanou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na důvod ochrany výhradních práv vybraného uchazeče zadat, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 24. 6. 2016 s uvedeným vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
162. Úřad dále vydal dne 27. 9. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0319/2017/VZ-28094/2017/522/PKř, kterým obviněnému uložil pokutu ve výši 100 000,- Kč za spáchání přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterého se dopustil tím, že při zadávání veřejné zakázky „Poskytnutí technické a provozní podpory IS CEDR II do 31. 12. 2016“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 18. 5. 2016, přičemž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 19. 7. 2016 pod ev. č. 642560 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 140-254016, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť důvody spočívající v existenci technických důvodů a v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče – ASD Software, s.r.o., IČO 62363930, se sídlem Žerotínova 2981/55a, 787 01 Šumperk – zaviněně vytvořil právní předchůdce obviněného, kterým bylo Ministerstvo financí, v důsledku svého předchozího postupu při uzavření smlouvy o dílo číslo ASD/MF/II/97 ze dne 14. 3. 1997 za účelem realizace projektu CEDR II, který si potřeby budoucích návazných plnění souvisejících s předmětem posledně cit. smlouvy musel být vědom, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a obviněný uzavřel dne 14. 7. 2016

s jmenovaným vybraným uchazečem smlouvu o poskytnutí technické a provozní podpory pro IS CEDR II do 31. 12. 2016.

163. Dne 3. 10. 2017 vydal Úřad rovněž rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0310/2017/VZ-28633/2017/513/JLÍ, kterým obviněnému uložil pokutu ve výši 700 000,- Kč za spáchání přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterého se dopustil tím, že při zadávání veřejné zakázky „ADIS – Hot-line, konzultační služby a technická podpora v roce 2016“ v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, zahájeném dne 2. 3. 2016 odesláním výzvy ze dne 1. 3. 2016, přičemž formulář „Oznámení předběžných informací“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 17. 12. 2016 pod ev. č. zakázky 528562 a formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 6. 6. 2016 pod ev. č. zakázky 639826, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření původní smlouvy na dodávku Automatizovaného daňového informačního systému uzavřené dne 29. 6. 1992 mezi Ministerstvem financí České republiky a společností IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation, International Business Machines, Town of Mount Pleasant, Route 9, North Tarrytown, N. Y. 10591, USA, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 20. 5. 2016 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku „ADIS – Hot-line, konzultační služby a technická podpora v roce 2016“.
164. 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.
165. Měl-li by totiž Úřad uložit obviněnému pokutu za uvedený přestupek a nemá-li zároveň v tomto správním řízení zákonné zmocnění zrušit předcházející „výrok o trestu“ (tj. výrok II. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0320/2017/VZ-27861/2017/521/JRo ze dne 25. 9. 2017, výrok II. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0319/2017/VZ-28094/2017/522/PKř ze dne 27. 9. 2017 a výrok II. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0310/2017/VZ-28633/2017/513/JLÍ ze dne 3. 10. 2017), 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 uložené pokuty za přestupky, jež jsou s projednávaným přestupkem v souběhu, tj. pokuty uložené rozhodnutími uvedenými v bodech 161., 162. a 163. odůvodnění tohoto rozhodnutí za spáchání tam uvedených přestupků.
166. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu obviněného. V případě organizační složky státu lze uvažovat o tom, že účinek obdobný onomu „zmaření“ ekonomické podstaty daného subjektu by tu měla pokuta, která by např. byla způsobila paralyzovat činnost takové organizační složky. Úřad dospěl k závěru, že pokuta uložená ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí není způsobila negativně ovlivnit (ve smyslu

paralýzy jeho činnosti) působení obviněného, který je organizační složkou České republiky, neboť ze závěrečného účtu Ministerstva financí za rok 2016<sup>5</sup> vyplývá, že schválený rozpočet obviněného v oblasti příjmů činil za rok 2016 celkem 294 514 000,- Kč.

167. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, že pokuta uložená zadavateli (obviněnému) za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Má-li pokuta tyto funkce splnit, je zřejmé, že musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem (obviněným) pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním.
168. V tomto smyslu Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele správního deliktu (přestupku), který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře zadavatele (obviněného), neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce.
169. Úřad posoudil postup obviněného ze všech výše uvedených hledisek a vzhledem ke zjištěnému přestupku obviněného přistoupil k uložení pokuty, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
170. Pokuta uložená ve výroku II. tohoto rozhodnutí je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

## POUČENÍ

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

---

<sup>5</sup> Dostupné na <http://www.mfcr.cz/cs/verejny-sektor/statni-rozpocet/plneni-statniho-rozpocetu/2016/zaverecny-ucet-kapitoly-312-ministerstvo-28485>

učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda

**Obdrží**

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

**Vypraveno dne**

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