



UOHSX0065CNK

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R324/2013/VZ-25768/2014/323/PMo

Brno 5. prosince 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 2. 10. 2013, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 2. 10. 2013 zadavatelem –

- městem **Pelhřimov**, IČO 00248801, se sídlem Masarykovo náměstí 1, 393 01 Pelhřimov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 9. 2013, č. j. ÚOHS-S236/2013/VZ-17887/2013/522/LKo, vydaném ve věci možného spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, spáchaného výše uvedeným zadavatelem při zadávání části II. „**Elektronická spisová služba hostovaná v TC ORP Pelhřimov**“ veřejné zakázky s názvem „**Rozvoj eGovernmentu v ORP Pelhřimov**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 31. 3. 2011 a bylo uveřejněno dne 4. 4. 2011 pod evidenčním číslem 60058238 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 6. 4. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 67-108706,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 9. 2013, č. j. ÚOHS-S236/2013/VZ-17887/2013/522/LKo

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – město Pelhřimov, IČO 00248801, se sídlem Masarykovo náměstí 1, 393 01 Pelhřimov (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, dne 4. 4. 2011 ve Věstníku veřejných zakázek pod evidenčním číslem 60058238 a dne 6. 4. 2011 v Úředním věstníku Evropské unie pod evidenčním číslem 2011/S 67-108706, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Rozvoj eGovernmentu v ORP Pelhřimov“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Zadavatel rozdělil veřejnou zakázku na 4 části. Předmětem plnění části II. veřejné zakázky s názvem „Elektronická spisová služba hostovaná v TC ORP Pelhřimov“ (dále jen „**předmětná část veřejné zakázky**“) je dle bodu 2.2 zadávací dokumentace upgrade stávající elektronické spisové služby ORP Pelhřimov v rozsahu definovaném v příloze č. 2b zadávací dokumentace, a dále pořízení a implementace centrální hostované spisové služby pro příspěvkové organizace ORP Pelhřimov a pro obce ze správního obvodu ORP Pelhřimov a jimi zřizované organizace. Předpokládaná hodnota předmětné části veřejné zakázky byla stanovena ve výši 1 685 800 Kč bez DPH. Zadavatel v článku 3.5 přílohy č. 2b zadávací dokumentace předmětné části veřejné zakázky v rámci provedení upgradu elektronické spisové služby zadavatele vyloučil migraci stávajících dat.
3. Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel pouze nabídku vybraného uchazeče – společnosti COMIMPEX spol. s r.o., IČO 46972439, se sídlem Haškova 153/17, 638 00 Brno (dále jen „**vybraný uchazeč**“), s tím, že subdodavatelem vybraného uchazeče byla společnost SoftHouse, s.r.o., IČO 26379945, se sídlem Na Radosti 50/4, 312 13 Plzeň (dále jen „**SoftHouse**“), tedy společnost, která je dodavatelem elektronické spisové služby EZOP, kterou zadavatel v době zadávání veřejné zakázky využíval. Dle článku 2 odst. 2 „Smlouvy o poskytnutí subdodávky č. 110512“ ze dne 16. 5. 2011 uzavřené mezi vybraným uchazečem a SoftHouse (dále jen „**subdodavatelská smlouva**“), jež je součástí nabídky vybraného uchazeče, se SoftHouse zavázala spolupracovat s vybraným uchazečem při plnění předmětné

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

části veřejné zakázky, a to zejména v oblasti dodání softwaru spisové služby. Dne 17. 6. 2011 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče a dne 25. 7. 2011 s ním uzavřel smlouvu o dílo (dále jen „**smlouva**“) na plnění předmětné části veřejné zakázky ve výši 1 646 300 Kč bez DPH.

4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání předmětné části veřejné zakázky. Úřad si na základě podnětu vyžádal dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětným zadávacím řízením a z předložených materiálů získal pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval při stanovení technických podmínek v souladu s § 45 odst. 3 zákona. Dne 20. 5. 2013 pak Úřad zahájil správní řízení z moci úřední.

II. **Napadené rozhodnutí**

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 18. září 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S236/2013/VZ-17887/2013/522/LKo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 45 odst. 3 zákona, když v rámci provedení upgradu elektronické spisové služby města Pelhřimov vyloučil migraci stávajících dat, čímž vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu na plnění předmětné části veřejné zakázky. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli za spáchání tohoto správního deliktu podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložil pokutu ve výši 45 000 Kč.
6. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že zadavatel ve vyjádření ke správnímu řízení ani v dokumentaci veřejné zakázky neuvedl důvody, které by vzhledem k charakteru předmětné části veřejné zakázky objektivně odůvodňovaly omezující technický požadavek spočívající v zákazu migrace stávajících dat. Ani v případě, že by zadavatel svým požadavkem a následnou argumentací ve správním řízení směřoval k ochraně možných autorských práv SoftHouse ke stávající elektronické spisové službě EZOP, nelze k jejich ochraně akceptovat stanovení požadavku spočívající v zákazu migrace dat. Podle Úřadu zadavatel a priori vyloučil jakoukoli migraci dat uložených ve stávající elektronické spisové službě, přičemž takový zákaz představuje s ohledem na závěry judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „**SDEU**“) mnohem širší omezení, než jaké vyžaduje směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2009/24/ES a zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**autorský zákon**“) k ochraně práv k počítačovému programu. Tak široké omezení proto nemůže být odůvodněno ochranou autorských práv k původní elektronické spisové službě. Předmětnou technickou podmínku tak dle Úřadu nelze akceptovat ani s ohledem na případnou ochranu autorského práva k původní spisové službě.
7. Tím, že zadavatel absolutně zakázal migraci dat, podle Úřadu umožnil realizaci upgradu elektronické spisové služby pouze prostřednictvím subdodávky SoftHouse, jež k realizaci

plnění mohla využít výhody stávajícího poskytování spisové služby zadavateli. Dále Úřad konstatoval, že plnění veřejné zakázky, které je bezdůvodně vázáno na jednoho konkrétního dodavatele, navíc ve svém důsledku může vést k nepřiměřenému navýšování ceny plnění a současně fakticky vede ke stejnému nežádoucímu „zakonzervování“ stavu, i když skrze subdodavatele. Zadavatel stanovením neodůvodněného a diskriminačního požadavku v dílčí části, která dle vyjádření zadavatele představuje pouze zanedbatelnou část plnění, omezil okruh dodavatelů nejen pro tuto marginální část plnění, ale pro celý rozsah plnění předmětné části veřejné zakázky, jelikož pokud by potenciální uchazeč nesplňoval požadavek na realizaci upgradu spisové služby bez migrace dat, nemohl by se ani samostatně ucházet o provedení zbylé části plnění.

8. V souvislosti s otázkou uložení pokuty vzal Úřad při posouzení závažnosti správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v úvahu to, že postup zadavatele zásadně narušil samotný princip zadávání veřejných zakázek, kterým je zajištění řádné hospodářské soutěže a zachování konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Předmětné porušení zákona mohlo mít vliv na okruh potenciálních dodavatelů, kteří se mohli ucházet o veřejnou zakázku, neboť pokud by zadavatel postupoval dle zákona, nelze vyloučit, že by obdržel vyšší počet nabídek jiných dodavatelů, kteří by mohli předložit ekonomicky výhodnější nabídky než vybraný uchazeč. Porušení § 45 odst. 3 zákona zadavatelem je o to závažnější, že zadavatel stanovením neodůvodněného a omezujícího požadavku v dílčí části, která dle vyjádření zadavatele představuje pouze zanedbatelnou část plnění (9 %), omezil okruh dodavatelů pro celý rozsah plnění předmětné části veřejné zakázky. Třebaže zadavatel zadal veřejnou zakázku v zadávacím řízení, stanovení omezující technické podmínky mělo dle Úřadu de facto obdobný dopad, jako kdyby zadavatel zadávací řízení vůbec nerealizoval.

III. Námitky rozkladu

9. Dne 2. 10. 2013 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen téhož dne, tedy v zákonem stanovené lhůtě.
10. Zadavatel v rozkladu uvádí, že Úřad porušil zásadu legality, neboť připustil výklad právní normy proti jejímu smyslu. Smyslem zákona je podle zadavatele vedle ochrany hospodářské soutěže také zamezení korupčního jednání a úspora veřejných prostředků s tím, že zadavatelem stanovený požadavek (zákaz migrace dat) respektuje principy hospodárnosti, efektivity a účelnosti, přičemž nerespektování požadavku zadavatele by představovalo vznik druhotných nákladů.
11. Zadavatel v rozkladu dále vysvětluje pojmy upgradu a migrace dat a problematiku jejich provedení. Dále popisuje koncept stávajícího informačního systému elektronické spisové služby zadavatele s tím, že do jeho rozvoje průběžně investoval nemalé finanční prostředky. Realizace upgradu stávajícího systému elektronické spisové služby formou dodávky jiného systému elektronické spisové služby by dle zadavatele vyvolala změnu celého informačního systému zadavatele. Musel by tak znovu, opakovaně a za úplatu řešit propojení agendových a provozních informačních systémů s jiným systémem elektronické spisové služby, což je dle

něj v rozporu s koncepčním přístupem k budování a rozvoji informačního systému zadavatele a popřením principu ochrany stávajících investic. Zadavatel uvádí, že tento postup by vyžadoval rovněž změnu, případně úpravu zavedené metodiky pro vedení spisové služby a migraci všech „spisových“ dat, která by vyžadovala intenzivní spolupráci konzultantů a programátorů dodavatele se stávajícími uživateli. Zároveň by dle zadavatele proces provedení migrace, bez ohledu na nutné omezení provozu zadavatele v době jejího průběhu, znamenal neodůvodněnou zátěž zadavatele a další náklady plynoucí zejména z nutnosti provedení detailní kontroly správnosti všech exportovaných a převedených spisových dat.

12. Následně zadavatel na podporu svých tvrzení a odůvodnitelnosti technických podmínek odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) sp. zn. 5 Afs 42/2012 a sp. zn. 5Afs 43/2012, která se, jak sám připouští, vztahují k jednacímú řízení bez uveřejnění. Má však za to, že pokud je samotný zákon v obdobném případě „měkčí“, nelze to, že zadavatel kvůli pravidlům dotace byl nucen použít jiný typ zadávacího řízení, přičítat zadavateli k tíži, ale naopak je nutné tuto skutečnost při hodnocení případu zohlednit.
13. Dle zadavatele Úřad dále nenaplnil ani zásadu legitimního očekávání, když rozhodoval odlišně, než v případě jeho předchozího rozhodnutí č. j. ÚOHS-S1/2010/VZ-2417/2010/510/Mon (pozn. Úřadu – ze dne 16. 3. 2010), kde uvedl, že *„...tím, že zadavatel požadoval kompatibilitu dodávané a stávající technologie tak, aby dodávaná dopravní ústředna byla v plném rozsahu funkční a spolehlivá (a to i za cenu omezení dodavatelů, kteří nejsou schopni tuto kompatibilitu v plném rozsahu zajistit, jak požadoval zadavatel), nejednal v rozporu se zákonem“*.
14. Dále zadavatel shrnul, že jím stanovený předmět veřejné zakázky a její technické podmínky jednoznačně a objektivně vymezují požadavky na cílové řešení, avšak nezaručují konkurenční výhodu určitému dodavateli a nevytváří překážku hospodářské soutěže dle § 45 odst. 3 zákona.
15. V další části rozkladu zadavatel podotkl, že může být nezákonné i samotné vedení řízení v dané formě s tím, že předmětné správní řízení je zneužitím opravných či dozorčích prostředků daných správním řádem, neboť stěžovatel nejspíše nebyl oprávněn podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dle § 114 zákona, přičemž se Úřad nechal vmanipulovat do zahájení správního řízení z moci úřední.
16. Ve vztahu k bodu 32. odůvodnění napadeného rozhodnutí zadavatel uvádí, že ze samotného zákazu migrace dat nelze dovodit, že tento požadavek omezuje okruh potenciálních dodavatelů a dále nelze dovodit, že požadavky zadavatele na způsob dodávky kladou nepotřebná omezení. Předmětné tvrzení Úřadu nereaguje na argumenty zadavatele, není odborně zdůvodněno a vychází z nepochopení smyslu zákona.
17. Pokud se jedná o bod 33. odůvodnění napadeného rozhodnutí, zadavatel konstatuje, že zde uvedený závěr Úřadu je irelevantní, neboť z obdrženého počtu nabídek nelze dovodit, zda při zadávání veřejné zakázky došlo k porušení podmínek hospodářské soutěže, či nikoliv. Ve vztahu k bodům 34. a 35. odůvodnění napadeného rozhodnutí zadavatel zpochybňuje

závěr Úřadu, že v daném případě nebylo objektivně odůvodněno použití specifických podmínek, když Úřad dle názoru zadavatele v hodnocení zaměňuje objektivní podmínky za podmínky subjektivní.

18. Ve vztahu k bodům 42. a 43. odůvodnění napadeného rozhodnutí zadavatel uvádí, že předmětné zdůvodnění nereaguje na skutečnost, že požadované plnění mohl dodat kterýkoliv zájemce. Dle zadavatele nelze dovést, že umožnil realizaci upgradu elektronické spisové služby pouze prostřednictvím subdodávky SoftHouse, neboť subdodávka není jediná možnost, jakým lze licenci k software nabýt, resp. poskytnout (např. nákupem licence, pronájemem licence). K prohlášení SoftHouse, jež je datováno do doby vypracování vyjádření zadavatele k zahájení správního řízení, zadavatel uvádí, že možnost prokazování skutečností při řízení, tedy „až následně“, vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně, sp. zn. 62 Af 62/2010, který takový postup považuje za relevantní.
19. V závěru rozkladu pak zadavatel ve vztahu k bodům 44. a 45. odůvodnění napadeného rozhodnutí podotýká, že nelze akceptovat neodůvodněný závěr Úřadu, že díky předmětné marginální části veřejné zakázky nelze realizovat celou druhou část této zakázky. Je-li cena marginální části dle zadavatele zanedbatelná, a lze ji snadno dodat, nelze z toho vyvozovat, že celou část nelze realizovat. Naopak, dle zadavatele lze postupovat zcela volně s tím, že lze dodat jakékoli jiné řešení s velmi nízkými náklady na integraci se stávajícím řešením.

Závěr rozkladu

20. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil, případně aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

21. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci postupu podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

22. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal v celém rozsahu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
23. Úřad tím, že ve výroku I. svého rozhodnutí č. j. ÚOHS-S236/2013/VZ-17887/2013/522/LKo ze dne 18. 9. 2013 rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup dle § 45 odst. 3 zákona, když v rámci provedení upgradu elektronické spisové služby města Pelhřimov vyloučil migraci stávajících dat, čímž vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, přičemž tento postup mohl

podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu na plnění předmětné části veřejné zakázky, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Dále Úřad tím, že ve výroku II. zadavateli za spáchání tohoto deliktu uložil pokutu ve výši 45 000 Kč, rozhodl rovněž správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

24. V první řadě považuji za nezbytné poukázat na skutečnost, že zadavatel v rámci své argumentace uvedené v převážné části bodu A.1 rozkladu v ničem nerozporuje závěry Úřadu obsažené v napadeném rozhodnutí, a nejedná se o námitky (ve smyslu správního řádu), které by naplňovaly požadavky zakotvené v ustanovení § 82 odst. 2 správního řádu. V předmětné argumentaci zadavatele totiž nejsou obsaženy údaje o tom, v čem zadavatel spatřuje rozpor napadeného rozhodnutí s právními předpisy nebo nesprávnost rozhodnutí nebo řízení, jež mu předcházelo. V rámci této argumentace zadavatel vysvětluje pojmy upgrade a migrace dat a problematiku jejich provedení, přičemž analyzuje koncept stávajícího informačního systému elektronické spisové služby zadavatele s tím, že do jeho rozvoje průběžně investoval nemalé finanční prostředky. Rovněž zadavatel poměrně detailně popisuje vlastní proces datové migrace a rovněž i informační systém zadavatele jako takový. Zdůrazňuji, že předseda Úřadu ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v rozkladu (jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem). Jak jsem již konstatoval, v případě výše uvedené argumentace zadavatele se však nejedná o námitky, které by byly způsobilé atakovat zákonnost či správnost napadeného rozhodnutí, nýbrž o pouhá tvrzení, resp. o vysvětlení postupů zadavatele, nesměřující proti závěrům učiněným v napadeném rozhodnutí nebo řízení, jež mu předcházelo. V tomto kontextu proto předmětná tvrzení zadavatele, obsažená v rozkladu, nemohou mít sebemenší právní relevanci, když v této části rozklad nenaplňuje požadavky stanovené v § 82 odst. 2 správního řádu, pročež se těmito úvahami zadavatele v odůvodnění tohoto rozhodnutí již nebudu dále zabývat.
25. Pokud se jedná o argumentaci zadavatele, v rámci které namítá, že Úřad při hodnocení objektivního odůvodnění použití specifických technických podmínek zaměnil objektivní podmínky za podmínky subjektivní, o nichž je nutno Úřad přesvědčovat, je nezbytné uvést následující. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel, který musí znát své potřeby a stanovovat technické podmínky způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění. Zadavateli tedy není upírána možnost stanovit technické podmínky podle vlastních potřeb. Zadavatel je ovšem povinen při formulaci technických podmínek dodržovat zásadu nediskriminace a rovného zacházení. Vymezením technických podmínek tudíž nesmí zvýhodnit některé dodavatele či jakýmkoli způsobem bránit hospodářské soutěži. V ustanovení § 45 odst. 3 zákona je však zakotvena výjimka, dle které jsou přípustné ty technické podmínky, jež vytvářejí odůvodnitelné překážky hospodářské soutěže. S ohledem na samotný účel zákona je při aplikaci této výjimky třeba postupovat vždy restriktivně, aby nedocházelo k účelovým výkladům a k neoprávněnému obcházení zákona.

Jak vyplývá z judikatury SDEU, resp. z rozsudku SDEU ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004 (dále jen „rozsudek SDEU“), důsledkem principu restriktivní aplikace výjimek je skutečnost, že důkazní břemeno spočívá na straně toho, kdo se existence výjimečné okolnosti dovolává. Z výše uvedeného jednoznačně vyplývá, že zadavatel musí prokázat existenci výjimečné okolnosti, na jejímž základě namítá, že jím stanovená překážka hospodářské soutěže spočívající – v tomto případě – v zákazu migrace dat, je odůvodnitelná. Odůvodnitelnost překážek hospodářské soutěže tedy musí být objektivní a prokazatelná a nepostačuje pouhá subjektivní domněnka jejich odůvodněnosti. Za situace, kdy jsou specifické technické podmínky zadavatelem stanoveny bezdůvodně, může dojít k omezení hospodářské soutěže, neboť z této soutěže bez zjevného důvodu zadavatel vylučuje dodavatele, kteří nejsou schopni dostát těmto požadavkům, kterých však není třeba.

26. Jak vyplynulo ze správního spisu, zadavatel v bodě 3.5 „*Implementace a integrace eSpSI*“ přílohy č. 2b zadávací dokumentace mimo jiné stanovil, cit. „*V rámci provedení upgrade eSpSI ORP Pelhřimov, zadavatel nepřipouští migraci stávajících dat či změnu datových struktur*“. Ve vyjádření ke správnímu řízení pak zadavatel vysvětluje, proč upřednostňuje v případě upgradu spisové služby rozšíření o produkt SoftHouse. Ve vyjádření ke správnímu řízení ani v dokumentaci veřejné zakázky však zadavatel neuvedl relevantní důvody, které by vzhledem k charakteru předmětné části veřejné zakázky objektivně odůvodňovaly omezující technický požadavek spočívající v zákazu migrace stávajících dat. Zadavatel se zde omezil pouze na tvrzení, že „*v souladu s § 45 odst. 3 zákona však tento požadavek nevymezuje ani neomezuje potenciální okruh dodavatelů, kteří tento požadavek mohou plnit, ani neklade neodůvodněné překážky hospodářské soutěže*“. Nadto konstatoval, že migraci stávajících dat či změnu datových struktur nepřipustil, neboť „*nemá alokované potřebné zdroje a kapacity, které by si tato činnost na straně ORP vyžádala a především takové plnění není záměrem projektu splňující aktuální potřeby zadavatele*“. Výše uvedené konstatování zadavatele má však ryze obecný charakter, v rámci něhož zadavatel neguje výše uvedený závěr Úřadu týkající se porušení ustanovení § 45 odst. 3 zákona. Není tedy způsobilé objektivně a věrohodně odůvodnit daný omezující technický požadavek nastavený zadavatelem, protože je třeba přisvědčit předmětnému závěru Úřadu akcentovanému v napadeném rozhodnutí, resp. v jeho odůvodnění. V daném případě tedy zadavatel neprokázal existenci výjimečné okolnosti, která by odůvodňovala nastalou překážku hospodářské soutěže, která spočívá v zákazu migrace dat. Nepodařilo se mu tak vyvrátit argumentaci Úřadu, v rámci níž dospěl k závěru, že se zadavatel svým postupem dopustil účelového výkladu zákona, resp. jeho neoprávněného obcházení. Jak již bylo konstatováno, zadavatel je při formulaci technických podmínek povinen dodržovat zásadu nediskriminace – nesmí tudíž vymezením technických podmínek zvýhodnit některé dodavatele či jakýmkoli způsobem bránit hospodářské soutěži. Úřad se navíc v odůvodnění napadeného rozhodnutí řádným způsobem a zcela dostatečně zabýval odůvodněním zadavatele, které se vztahuje ke stanovení předmětné omezující technické podmínky. Omezující technické podmínky zadavatele jsou přípustné pouze za předpokladu, že jsou se zřetelem na konkrétní okolnosti řádně a objektivně odůvodněny, což se v daném případě nestalo. Předmětná námitka zadavatele tak nemůže obstát s tím, že rovněž nelze přisvědčit jeho tvrzení, že Úřad při hodnocení objektivního odůvodnění použití specifických technických podmínek zaměnil objektivní podmínky za podmínky subjektivní.

27. Ve vztahu k následné argumentaci zadavatele, v rámci které poukazuje na to, že v daném případě byly splněny předpoklady obsažené v ustanovení § 23 odst. 4 zákona, jež odůvodňují použití jednacím řízení bez uveřejnění, je třeba uvést následující. Zadavatel v této části rozkladu uvádí skutečnosti, jež mají odůvodnit překážku hospodářské soutěže, a to konkrétně *„nutnost intenzivní spolupráce konzultantů a programátorů dodavatele se stávajícími uživateli, kapacitní a finanční zatížení projektu, nutnosti provedení detailní kontroly správnosti všech exportovaných a posléze převedených spisových dat zadavatele“*, přičemž tyto jím uvedené důvody přirovnává právě k *„technickým důvodům“* ve smyslu § 23 odst. 4 zákona. Argumentaci vznesené zadavatelem v rozkladu nelze přisvědčit. Zadavatel totiž *„technické důvody“* ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona v tomto případě nenaplnil. Podmínkou pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je situace, kdy veřejná zakázka může být ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona splněna z technických důvodů pouze určitým dodavatelem. Musí však být objektivně a beze vší pochybnosti prokázáno, že předmět veřejné zakázky může být realizován pouze jedním dodavatelem z důvodu specifičnosti (zvláštnosti) předmětu plnění veřejné zakázky či zvláštních okolností, za nichž je zadáván, např. specializované veřejné zakázky. Zadavatel však v průběhu správního řízení před Úřadem neprokázal skutečnost, že za standardních podmínek nemůže příslušný upgrade stávající elektronické spisové služby realizovat nikdo jiný než vybraný uchazeč – zde rovněž odkazují na rozsudek SDEU. Důvody, které zadavatel nově uvedl v rozkladu, jsou navíc značně obecného charakteru. Argumentace zadavatele, poukazující na kapacitní a finanční zatížení projektu či nutnost provedení detailní kontroly správnosti všech exportovaných a následně převedených spisových dat zadavatele, není se zřetelem na výše uvedené jakkoliv způsobitelná naplnit podstatu termínu *„technické důvody“* ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona, jak zadavatel uvádí v rozkladu.
28. Nadto je třeba poukázat na to, že termín *„technické důvody“* ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona a termín *„technické podmínky“* ve smyslu § 45 odst. 3 zákona nelze (účelově) zaměňovat. Pojem *„technické důvody“* dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je v tomto ustanovení použit pro vymezení jednoho z případů, kdy může být veřejná zakázka z technických důvodů splněna pouze určitým dodavatelem, a to u specializovaných veřejných zakázek, jak jsem uvedl v předcházejících bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí. Technickým důvodem, který má citované ustanovení na mysli, resp. důvodem pro aplikaci tohoto ustanovení, je skutečný a prokazatelný stav technické neslučitelnosti či provozní problém či problémy, které by vznikly z důvodu změny dodavatele. V daném případě však nebylo prokázáno, že by v důsledku změny dodavatele mohlo dojít k takovému provoznímu problému v rámci stávající elektronické spisové služby. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebude možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení. V tomto případě však uspokojení potřeby zadavatele bylo možné v klasickém zadávacím řízení dosáhnout. Naproti tomu termín *„technické podmínky“* vymezený zákonodárcem v ustanovení § 45 odst. 3 zákona vyjadřuje požadavky zadavatele na dodávky či služby tak, aby byly stanoveny objektivně a jednoznačným způsobem, který by vyjádřil účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem. Tento pojem tedy *„výkonově“* charakterizuje poptávaný předmět plnění, jeho parametry, rozměry apod. Argumentace zadavatele poukazující na možnost zadání této veřejné zakázky dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je tak zcela nedůvodná. Jelikož tedy

zadavatel nenaplnil „*technické důvody*“ podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona a zároveň nenamítá jiné důvody, pro které mohl postupovat v jednacím řízení bez uveřejnění, nelze se ztotožnit s jeho výše uvedenou argumentací, přičemž tak nelze uvažovat o podobnostech ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona a ustanovení § 45 odst. 3 zákona.

29. Rovněž tvrzení zadavatele, dle něhož pokud byly naplněny podmínky pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění a zadavatel přesto zvolil otevřené řízení, v rámci něhož stanovil omezující technickou podmínku, nejedná se o porušení zákona, nemůže s ohledem na výše uvedené obstát. Neobstojí proto ani související tvrzení zadavatele, že pokud by zvolil postup v jednacím řízení bez uveřejnění, mohl v souladu se zákonem oslovit pouze jednoho uchazeče s tím, že mu nemůže být dáváno k tíži, že kvůli dotačním podmínkám byl nucen přistoupit k realizaci otevřeného řízení. Jak již bylo konstatováno, v žádném případě nelze uvažovat o podobnostech ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona s ustanovením § 45 odst. 3 zákona. V daném případě nebyly splněny podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění s tím, že zadavatel v rozkladu srozumitelně nevysvětlil, proč v rozkladu (zcela nedůvodně) poukazuje na možnost zadání dané veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Nelze tak akceptovat výše uvedenou argumentaci zadavatele, resp. přisvědčit jeho tvrzení, že se ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona v tomto případě analogicky vztahuje k ustanovení § 45 odst. 3 zákona.
30. Pokud se jedná o tvrzení zadavatele, že provedení upgradu by představovalo finanční zatížení projektu, a že upgrade spisové služby tvoří jen marginální součást předmětné části veřejné zakázky s tím, že nebylo prokázáno, že navýšení nákladů marginální součásti projektu realizovaného v rámci předmětné části veřejné zakázky povede k nepochybně vyšším nákladům celého projektu, je třeba uvést následující. V daném případě je zcela zásadní stanovení především objektivních technických podmínek, a to způsobem, aby nevytvářely určitým dodavatelům konkurenční výhodu. Zadavatel by tak měl vždy zvážit, zda by stanovením některé podmínky nemohlo dojít k nedůvodnému vyloučení možnosti podat nabídku některému z potenciálních dodavatelů, a zda tedy bude v předmětném zadávacím řízení zachována soutěž a zásady postupu podle zákona. Nadto, i kdyby navýšení nákladů marginální součásti předmětné části veřejné zakázky vedlo k navýšení nákladů celého projektu, je nezbytné, aby byla zajištěna hospodářská soutěž a konkurenční prostředí mezi dodavateli, viz bod 38. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Úřad tedy v odůvodnění napadeného rozhodnutí učinil správný závěr, že zadavatel v důsledku svého postupu vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Pokud jde o související tvrzení zadavatele, že by vlastní proces provedení migrace, bez ohledu na nutné omezení provozu úřadu zadavatele v době jejího průběhu, znamenal neodůvodněnou zátěž úřadu zadavatele a další náklady plynoucí zejména z nutnosti provedení detailní kontroly správnosti všech exportovaných a posléze převedených spisových dat úřadu (dokument po dokumentu, spis po spisu), je nezbytné uvést následující. Poukazem na přílišnou zátěž úřadu zadavatele a na související zvýšené náklady nelze ospravedlnit předmětný nezákonný postup zadavatele. Prioritní je zachování soutěže a dodržení zásad postupu dle zákona tak, aby v důsledku postupu zadavatele nebyla vyloučena možnost podat nabídku některému z potenciálních dodavatelů. Výše uvedená

námítka zadavatele tak nemůže obstát, jelikož je nezbytné, aby byla zajištěna hospodářská soutěž a konkurenční prostředí mezi dodavateli.

31. Ve vztahu k argumentaci zadavatele, v rámci které odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“) č. j. 62 Af 62/2010-367 ze dne 26. 4. 2012, je třeba uvést následující. Předmětný rozsudek se týká problematiky možnosti využití jednacích řízení bez uveřejnění, resp. podmínky postupu dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tedy možnosti splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem z technických důvodů, především však z důvodu ochrany výhradních práv. V tomto rozsudku krajský soud mimo jiné konstatoval, že ochrana výhradních práv připadá v úvahu zejména v situaci, kdy zadavatel získal v minulosti licenční oprávnění, které je nezbytné pro pořízení dalšího plnění a dodavatel nemá vůli udělit autorskoprávní nebo jinou licenci jiné osobě, která by plnění mohla zadavateli poskytnout. V daném případě zadavatel v rozkladu mimo jiné poukazuje na prohlášení SoftHouse, resp. z něj v rámci své rozkladové argumentace vychází. Podstatou daného prohlášení je však tvrzení SoftHouse, že jeho licenční politika umožňuje zakoupit licenci na danou elektronickou spisovou službu kterémukoli potenciálnímu dodavateli, který o ni projeví zájem. Tato výše uvedená skutečnost tedy činí argumentaci zadavatele obsaženou v předmětné části rozkladu vnitřně rozpornou, resp. nesrozumitelnou, jelikož v jiné části rozkladu akcentuje právě možnost využití jednacích řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona umožňující splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem mj. z důvodu ochrany výhradních práv, a to (ve světle výše uvedeného rozsudku krajského soudu) za situace, kdy dodavatel nemá vůli udělit autorskoprávní nebo jinou licenci jiné osobě, což však se zřetelem na výše uvedené není daný případ.
32. Krajský soud v tomto rozsudku dále uvedl, že důvodem pro aplikaci ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona je skutečný a prokazatelný stav technické neslučitelnosti či provozních problémů, které by vznikly z důvodu změny dodavatele. Taková skutečnost však v daném případě nebyla prokázána. Zdůrazňuji, že předmětné tvrzení vznesené zadavatelem v rozkladu, bylo Úřadem zpochybněno v bodech 37. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí. I se zřetelem na výše uvedené nelze předmětný postup zadavatele shledat opodstatněným. Tato argumentace zadavatele tedy neobstojí, neboť rozsudek krajského soudu č. j. 62 Af 62/2010-367 ze dne 26. 4. 2012 řešil skutkově odlišný případ.
33. K výše uvedenému uzavírám, že Úřad postupoval zcela správně a v souladu s relevantními právními předpisy, když předmětnou technickou podmínku nepřijal ani s ohledem na potenciální autorskoprávní ochranu k původní spisové službě. Zadavatel totiž předem absolutně vyloučil migraci dat uložených ve stávající elektronické spisové službě. Takový zákaz je ale se zřetelem na závěry učiněné v rozsudku SDEU omezením širšího rozsahu, než jaké vyžaduje směrnice č. 2009/24/ES a autorský zákon k ochraně práv k počítačovému programu. Předmětné omezení vzniklé v důsledku postupu zadavatele tedy v žádném případě nemůže být odůvodněno ochranou autorských práv k původní elektronické spisové službě. Nadto neobstojí argumentace zadavatele, v rámci níž poukazuje na to, že krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 62/2010-367 ze dne 26. 4. 2012 zpochybnil konstatování Úřadu učiněné v dle zadavatele skutkově totožné věci, že veřejnou zakázku mohl realizovat i jiný dodavatel, byť se zvýšenými náklady, protože nejsou splněny podmínky předmětného

ustanovení zákona. Kromě toho, že se v daném případě nejedná o skutkově totožnou věc, je třeba poukázat na následující. V odůvodnění napadeného rozhodnutí zcela absentuje předmětné konstatování, v rámci něhož by Úřad akcentoval možnost realizace veřejné zakázky jiným dodavatelem i za cenu zvýšených nákladů, a to v rozporu s požadavkem zákona na hospodárné, efektivní a účelné vynakládání veřejných prostředků, jak tvrdí zadavatel v rozkladu. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí správně akcentoval zajištění řádné hospodářské soutěže a zachování konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Jedná se totiž o stěžejní princip, který se dostává při zadávání veřejných zakázek do popředí. Výše uvedenou argumentaci, resp. odkaz učiněný zadavatelem v rozkladu, je tedy třeba označit za zcela nepřiléhavou. V daném případě je předmětem správního řízení odlišná problematika, a sice otázka porušení zákona v důsledku vyloučení migrace dat v rámci provedení upgradu elektronické spisové služby, čímž zadavatel vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. V případě řešeném v rozsudku krajského soudu č. j. 62 Af 62/2010-367 ze dne 26. 4. 2012 se však jednalo o problematiku nenaplnění zákonné podmínky zadavatelem pro postup dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Možnost splnění podmínek zakotvených v § 23 odst. 4 zákona, jež odůvodňují použití jednacího řízení bez uveřejnění, v rozkladu uměle konstruuje samotný zadavatel. Výše uvedená argumentace zadavatele odkazující na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 62/2010-367 ze dne 26. 4. 2012 proto jako zcela nedůvodná nemůže obstát. Z obdobných důvodů je třeba označit za nedůvodnou rovněž argumentaci zadavatele, v rámci níž pokazuje na rozsudek NSS sp. zn. 5 Afs 43/2012 ze dne 11. 1. 2013 (kterým byl potvrzen právě výše zadavatelem akcentovaný rozsudek krajského soudu č. j. 62 Af 62/2010-367 ze dne 26. 4. 2014), a dále na rozsudek NSS sp. zn. 5 Afs 42/2012.

34. Pokud se jedná o námitku zadavatele, dle které Úřad v daném případě porušil zásadu legitimního očekávání, když rozhodoval odlišně než v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S1/2010/VZ-2417/2010/510/MOn ze dne 16. 3. 2010, je třeba uvést, že se ve vztahu k odkazu na obsah rozhodnutí vydaného v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S1/2010/VZ nejednalo o zcela totožnou problematiku. V případě vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S1/2010/VZ vymezil zadavatel jakožto předmět veřejné zakázky dodávku a zprovoznění nové dopravní ústředny pro řízení dopravy prostřednictvím světelně signalizačních zařízení, resp. dodávku nového dopravního počítače, který nahradí stávající dopravní počítač, přičemž na nový dopravní počítač budou připojeny jak řadiče připojené na stávající dopravní počítač, tak i řadiče dosud nepřipojené, přičemž způsob připojení řadičů zadavatel ponechal dodavatelům na zvážení. Naproti tomu zadavatel v tomto případě požadoval „pouze“ upgrade stávající elektronické spisové služby, resp. rozšíření o komunikační rozhraní, přičemž v rámci provedení upgradu elektronické spisové služby vyloučil migraci stávajících dat, čímž na rozdíl od porovnávaného případu omezil způsoby, jakými je možné provést rozšíření jeho stávající elektronické spisové služby. V případě akcentovaném zadavatelem se tedy jednalo o situaci odlišnou od přezkoumávaného případu. Byť má Úřad na zřeteli nutnost konzistence své rozhodovací praxe, jednotlivé závěry uvedené v konkrétním rozhodnutí není možné aplikovat bez dalšího na všechny zdánlivě obdobné případy. Úřad vždy posuzuje každou skutečnost samostatně a s plným zohledněním širšího kontextu případu. Rozhodovací praxe Úřadu proto probíhá vždy případ od případu, neboť jen tímto postupem se Úřad vyvaruje nebezpečí jejího zjednodušení a přílišné schematičnosti. Argumentaci výše uvedeným rozhodnutím Úřadu je

tedy třeba označit za irelevantní v kontextu okolností daného případu. Skutečnost, že Úřad rozhodoval v obou případech odlišně, tedy nezakládá porušení zásady legitimního očekávání ve smyslu ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu, neboť se s ohledem na výše uvedené jedná o skutkově odlišné případy. Nadto Úřad v této souvislosti postupoval plně v souladu s příslušnou judikaturou NSS.

35. Ve vztahu k argumentaci zadavatele, dle níž kterýkoli uchazeč, který by se o danou veřejnou zakázku přihlásil, byl oprávněn po zadavateli požadovat dodatečné informace k zadávacím podmínkám a vznést dotaz na možnost zajištění upgrade a dodržení požadavku na způsob migrace dat nákupem či pronájmem licence či subdodávkou s tím, že takový dotaz nebyl vznesen z toho důvodu, že každý renomovaný uchazeč je s takovou skutečností dobře seznámen, je třeba uvést následující. Skutečnost, zda v daném případě byla či nebyla některým z dodavatelů vznesena žádost o dodatečné informace k zadávacím podmínkám ve smyslu § 49 zákona, není pro učinění závěru, že se zadavatel dopustil předmětného správního deliktu tím, že porušil 45 odst. 3 zákona, když v rámci provedení upgrade elektronické spisové služby vyloučil migraci stávajících dat, čímž vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, jakkoliv relevantní. Zdůrazňuji, že za správnost zadávací dokumentace vždy odpovídá konkrétní zadavatel, který je povinen vymezit informace vztahující se k předmětu zakázky tak jednoznačně, aby nedošlo k pochybnostem, resp. aby dodavatelé byli schopni zpracovat adekvátní, resp. hodnotitelné nabídky. Dodavatelé v daném případě měli možnost po zadavateli požadovat dodatečné informace o zadávacích podmínkách. Za situace, kdy by byla taková žádost vznesena, zadavatel by měl zákonnou povinnost požadované dodatečné informace dodavateli poskytnout. V daném případě však nebyly takové žádosti vzneseny, což však nemůže mít jakýkoliv vliv na (ne)správnost, resp. (ne)zákonnost postupu zadavatele v předmětném zadávacím řízení. Tato skutečnost rovněž nemůže jakkoliv ospravedlnit omezení hospodářské soutěže zadavatelem.
36. Obstát nemůže ani související argumentace zadavatele, podle které z toho, že stěžovatel, resp. osoba, která podala podnět (pozn. předsedy Úřadu), nepodal nabídku ani námitku proti příslušnému úkonu zadavatele dle § 110 odst. 1 zákona, nelze dovodit, že měl stěžovatel zájem na získání dané veřejné zakázky. To, zda byl stěžovatel aktivně legitimován k podání námitek dle § 110 zákona, resp. zda měl zájem na získání této veřejné zakázky, nemá jakýkoliv vliv na oprávnění Úřadu na základě příslušného ustanovení zákona zahájit, resp. vést, předmětné správní řízení. Podnět toho kterého stěžovatele slouží pouze jako zdroj informací, přičemž teprve po posouzení jeho obsahu, resp. po posouzení dalších informací vztahujících se k dané věci, které si Úřad obstaral, Úřad zváží, zda je nebo není dáno objektivizované podezření o porušení zákona a podle toho rozhodne o zahájení správního řízení z moci úřední. Z uvedeného je patrné, že Úřad není případným podnětem vázán v tom smyslu, že by na základě jeho podání měl povinnost automaticky, bez získání dalších potřebných informací sloužících k objektivizaci možného podezření o spáchání správního deliktu, zahajovat správní řízení ex officio, srov. následující body odůvodnění tohoto rozhodnutí. Skutečnost, zda měl stěžovatel zájem na získání této veřejné zakázky, proto Úřad v tomto kontextu nebyl povinen z ničeho dovozovat, jak tvrdí zadavatel v rozkladu.

37. Pokud se jedná o námitku zadavatele, podle které předmětné správní řízení představuje zneužití opravných či dozorcích prostředků zakotvených ve správním řádu, neboť stěžovatel nejspíše nebyl oprávněn podat návrh dle zákona, je třeba uvést následující. Podnět k přezkoumání postupu zadavatele slouží pouze jako prvotní zdroj informací, přičemž teprve po posouzení jeho obsahu a obsahu dalších informací a podkladů, např. dokumentace, kterou si Úřad vyžádá, Úřad zváží zahájení správního řízení z moci úřední. Úřad není obsahem a rozsahem podnětu vázán. Záleží tedy pouze na úvaze prvostupňového orgánu, zda na základě ustanovení § 113 zákona zahájí správní řízení z moci úřední, či nikoliv. Zahájení správního řízení z moci úřední je tedy věcí správního uvážení Úřadu a není na něj právní nárok, srov. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R181/2008/02-1905/2009/310/ZČt ze dne 19. 2. 2009. Za situace, kdy Úřad dospěje k závěru, že jsou splněny zákonné předpoklady pro zahájení správního řízení ex offio, má však povinnost správní řízení z moci úřední zahájit. Legitimita postupu Úřadu při zahájení předmětného správního řízení tedy vyplývá z výše uvedeného ustanovení zákona a správního řádu, který mj. upravuje zahájení správního řízení z moci úřední. K tomuto poukazuji na názor Ústavního soudu vyslovený v jeho usnesení sp. zn. II. ÚS 586/02 ze dne 8. 10. 2002: *„...lze souhlasit s názorem, že nemůže záležet na libovůli správního orgánu, zda řízení, které lze zahájit pouze z jeho vlastního podnětu, zahájí či nikoliv, neboť jeho činnost je ovládána mj. principem oficiality, podle kterého správní orgán má právo a povinnost zahájit řízení, jakmile nastane skutečnost předvídaná zákonem, bez ohledu na to, jak ji zjistí. Na druhé straně však neexistuje dle názoru Ústavního soudu žádné ústavně zaručené subjektivní právo fyzické nebo právnické osoby na to, aby vůči jinému subjektu bylo zahájeno správní řízení, v jehož rámci by byl tento subjekt za porušení právních předpisů stíhán“*. K uvedenému doplňuji, že řízení zahájené z moci úřední může být zahájeno v důsledku kontrolní činnosti Úřadu vyplývající z ustanovení § 112 a následujících ustanovení zákona, na základě podnětu jakékoliv fyzické či právnické osoby, jako důsledek podaného návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, který však nesplňuje zákonem stanovené náležitosti, či mu z nějakého důvodu nemohlo být vyhověno, nebo na základě jiných skutečností odůvodňujících závěr, že jsou splněny předpoklady pro zahájení správního řízení z moci úřední. Společným jmenovatelem pro zahájení správního řízení z moci úřední je však ve všech těchto případech vždy důvodné podezření, že ze strany zadavatele došlo k porušení zákona. Pokud by tedy Úřad získal pochybnosti o souladu úkonů učiněných zadavatelem při zadávání veřejné zakázky se zákonem, nelze mu upírat právo zahájit o této otázce z moci úřední samostatné správní řízení. Ani toto tvrzení vznesené navrhovatelem v rozkladu proto nemá právní relevanci a jako takové tedy nemůže obstát, jelikož je s ohledem na výše uvedené irelevantní, zda byl stěžovatel v daném případě oprávněn k podání návrhu u Úřadu, či nikoliv.
38. Ve vztahu k tvrzení zadavatele, že z obdrženého počtu nabídek nelze dovodit, zda při zadávání veřejné zakázky došlo k porušení podmínek hospodářské soutěže či nikoliv, je třeba uvést, že skutečnost, že zadavatel obdrží pouze jednu nabídku, skutečně nepředstavuje porušení hospodářské soutěže. Jedná se však o relevantní indicii, že k omezení hospodářské soutěže mohlo dojít. V důsledku výše uvedených skutečností totiž nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout nižší cenu požadovaného plnění. To, že zadavatel svým postupem v podstatě neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacím řízení a

narušil tak soutěžní prostředí, Úřad posuzoval v rámci stanovování stupně závažnosti předmětného správního deliktu, přičemž nezákonné omezení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení zákona. Nadto, skutečnost, že zadavatel obdržel pouze jednu nabídku, Úřad uvedl v části odůvodnění napadeného rozhodnutí shrnující ostatní závěry Úřadu jakožto tzv. *obiter dictum*, tedy pro úplnost a pouze na podporu svých předchozích tvrzení.

39. Pokud se jedná o argumentaci zadavatele (vztahující se k bodu 42. odůvodnění napadeného rozhodnutí), v rámci které rozporuje závěr Úřadu, že tím, že zadavatel absolutně zakázal migraci dat, umožnil realizaci upgradu elektronické spisové služby pouze prostřednictvím subdodávky SoftHouse, jež k realizaci plnění mohla využít výhody stávajícího poskytování spisové služby zadavateli s tím, že subdodávka není jediný způsob, jakým lze nabýt licenci k předmětnému softwaru, je třeba uvést následující. Úřad má za to, že prohlášení SoftHouse, že by nekladl dodavatelům integrovaných řešení žádná omezení či překážky, a že by bez jakéhokoli omezení či překážek poskytl svůj informační systém EZOP pro vedení elektronické spisové služby, ať již formou subdodávky, nebo i pronájmem či zakoupením licence, a to každému dodavateli, který by o to projevil zájem, je prohlášením spekulativního rázu. Je totiž evidentní, že předmětné překážky hospodářské soutěže, vzniklé v důsledku daného postupu zadavatele, byly objektivního charakteru s tím, že v daném případě zadavatel bez zjevného důvodu vyloučil ze soutěže dodavatele, kteří nejsou schopni dostát jeho požadavkům, kterých však nebylo třeba. Prohlášení, že kterýkoli dodavatel mohl do své nabídky zahrnout jednu z forem poskytnutí řešení upgrade stávajícího řešení (tj. nákup licence nebo subdodávku řešitele při splnění požadavků na způsob implementace a integrace v rámci upgrade elektronické spisové služby) bez nutnosti migrace stávajících dat, nemůže nic změnit na tom, že zadavatel nastavil příslušné specifické technické podmínky (resp. požadavky na způsob implementace a integrace v rámci upgrade dosavadní spisové služby) bezdůvodně, resp. v rozporu s příslušným ustanovením zákona. Plnění veřejné zakázky, které je bezdůvodně vázáno na určitý konkrétní systém, mimo jiné vede rovněž k nežádoucímu zakonzervování stávajícího stavu, třebaže by se tak stalo např. prostřednictvím subdodavatele jakožto osoby, pomocí které má příslušný dodavatel plnit příslušnou část veřejné zakázky. To, zda subdodávka je jedinou možností, jak lze nabýt licenci k předmětnému software, či nikoliv, jak zadavatel v rozkladu spekuluje, je pak s ohledem na výše uvedené irelevantní.
40. Ve vztahu k související námitce zadavatele, v rámci které zpochybňuje tvrzení Úřadu (obsažené v bodě 43. odůvodnění napadeného rozhodnutí), v rámci něhož Úřad mimo jiné poukazuje na to, že předmětné prohlášení SoftHouse bylo učiněno až po skončení daného zadávacího řízení, přičemž dle zadavatele je logicky datováno do doby, kdy zpracovával stanovisko reagující na zahájení předmětného správního řízení s tím, že takový postup považuje za relevantní i krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 62/2010-367 ze dne 26. 4. 2014, uvádím následující. I kdybych připustil argumentaci zadavatele týkající se dodatečného vyhotovení předmětného prohlášení, nic by to neměnilo na tom, že prohlášení učiněné SoftHouse ze dne 27. 5. 2013, a podepsané jednatelkou společnosti, v němž je konstatováno, cit.: „... licenční politika IS EZOP umožňuje zakoupit licenci IS EZOP kterémukoli potenciálnímu dodavateli s cílem zahrnout tento produkt do nabídky plnění pro konkrétního zákazníka“,

není ze své povahy právně závazné s tím, že jeho nedodržení tak není spojeno s žádnou případnou sankcí. Ze stejného důvodu tak toto prohlášení není způsobilé jakkoliv garantovat, že by SoftHouse skutečně poskytla licenci všem potenciálním uchazečům za rovných podmínek. Skutečnost, že v obecné rovině nemusí být subdodávka jedinou možností, jak lze nabýt licenci k předmětnému softwaru, proto není v této souvislosti relevantní.

41. Pokud se jedná o argumentaci zadavatele (vztahující se k bodům 44. a 45. odůvodnění napadeného rozhodnutí), dle níž nelze akceptovat závěr Úřadu, že v důsledku předmětné marginální části veřejné zakázky nelze realizovat celou II. část veřejné zakázky, a dle níž nelze přijmout ani závěr Úřadu, že je-li cena marginální části zanedbatelná, nelze z toho vyvozovat, že nelze realizovat celou část veřejné zakázky, uvádím následující. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad učinil správný závěr, že upgrade elektronické spisové služby zadavatel zadal společně s ostatní, podstatnější částí plnění, jak připustil sám zadavatel. Nelze tedy zpochybnit, že za situace, kdy by potenciální uchazeč nesplňoval požadavek na realizaci upgradu spisové služby bez migrace dat, nemohl by se samostatně ucházet ani o realizaci zbylé části plnění. Ztotožňuji se tak se závěrem Úřadu obsaženým v odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož se jedná o to závažnější porušení povinnosti zakotvené v ustanovení § 45 odst. 3 zákona, jelikož zadavatel stanovením neodůvodněného a diskriminačního požadavku v dílčí části prokazatelně omezil nejen okruh dodavatelů pro tuto marginální část plnění, ale pro celý rozsah plnění předmětné části veřejné zakázky. Podmínky upgradu stávajícího řešení tak mohly zamezit tomu, aby se o předmětnou část veřejné zakázky mohli ucházet rovněž i dodavatelé jiných elektronických systémů. Na základě výše uvedeného proto neobstojí zadavatelovo tvrzení, že se předmětné omezení vztahuje pouze na upgrade elektronické spisové služby, přičemž v podstatné části veřejné zakázky, tedy hostované elektronické spisové služby, a taktéž u zbytku plnění, mohl jakýkoliv dodavatel nabídnout jakákoliv řešení předmětné spisové služby.
42. Pokud se jedná o námitku zadavatele, podle které se Úřad v napadeném rozhodnutí nezabýval posouzením případu z hlediska základního smyslu zákona, kterým je mimo jiné zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, je třeba uvést následující. Zdůrazňuji, že cílem zákona je ve smyslu rozsudku NSS č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008 zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, přičemž *„Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli“*. Jak vyplývá z předchozích bodů odůvodnění tohoto i napadeného rozhodnutí, Úřad posoudil předmětnou problematiku v naprostém souladu se základními cíli a smyslem zákona i se závěry výše citovaného rozsudku NSS. V jednotlivých bodech odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad totiž dostatečným a rovněž přezkoumatelným způsobem posoudil vliv postupu zadavatele na konkurenční prostředí, hospodářskou soutěž, okruh potenciálních dodavatelů a následně i vliv postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky. V tomto kontextu pak neobstojí ani související námitka zadavatele, dle které se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí nevypořádal s argumentací zadavatele. Nadto se Úřad nedopustil ani porušení zásady legality, resp. zákonnosti, zakotvené v ustanovení § 2 odst. 1 správního řádu, která správním orgánům ukládá povinnost postupovat v souladu s právními předpisy,

příčemž se nedopustil ani svévole či diskriminačního přístupu, jak rovněž zadavatel tvrdí v rozkladu. K porušení zásady legality v daném případě nedošlo, jelikož Úřad postupoval v souladu se zákonem, resp. normou vyšší právní síly, včetně závazných právních norem EU a ratifikovaných mezinárodních smluv. K diskriminačnímu přístupu ze strany Úřadu rovněž nedošlo, poněvadž Úřad posuzoval postup zadavatele s ohledem na zachování konkurenčního prostředí ve vztahu ke všem potenciálním dodavatelům.

43. Ve vztahu k argumentaci zadavatele (týkající se bodu 32. odůvodnění napadeného rozhodnutí), v rámci které uvádí, že ze samotného zakazu migrace dat nelze dovodit, že tento požadavek omezuje okruh potenciálních dodavatelů a dále, že nelze dovodit, že požadavky zadavatele na způsob dodávky kladou nepotřebná omezení s tím, že dané tvrzení Úřadu nereaguje na argumenty zadavatele, není odborně zdůvodněno a vychází z nepochopení smyslu zákona, je třeba uvést následující. Jak bylo výše uvedeno, vymezením technických podmínek zadavatel nesmí zvýhodnit některé dodavatele či jakkoliv bránit hospodářské soutěži, přičemž zadavatel neprokázal existenci výjimečné okolnosti, která by odůvodňovala vzniklou překážku hospodářské soutěže, která v tomto případě spočívá právě v zakazu migrace dat. Pochybení zadavatele tedy spočívalo v nedodržení postupu zakotveného v ustanovení § 45 odst. 3 zákona tím, že při provedení upgradu elektronické spisové služby vyloučil migraci stávajících dat, čímž vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a již uzavřel smlouvu na plnění části II. veřejné zakázky. Ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona se přitom zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem ve smyslu ustanovení § 82 zákona. Je evidentní, že předmětný (neodůvodněný a diskriminační) požadavek zadavatele omezil okruh dodavatelů pro celý rozsah plnění předmětné části II. veřejné zakázky, jelikož pokud by potenciální uchazeč nesplňoval požadavek na realizaci upgradu spisové služby bez migrace dat, nemohl by se ani samostatně ucházet o provedení zbylé části plnění, což bylo v napadeném, i v tomto, rozhodnutí dostatečným a přezkoumatelným způsobem zdůvodněno. Předmětné tvrzení zadavatele tedy nemůže obstát. Nadto, Úřad danou problematiku posoudil zcela v intenci zákona, resp. v souladu s jeho smyslem, kterým je, jak bylo výše konstatováno, mj. zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Požadavky zadavatele na způsob dodávky tedy kladou nepotřebná omezení, jelikož pokud by potenciální uchazeč nesplňoval požadavek na realizaci upgradu spisové služby bez migrace dat, nemohl by se ani samostatně ucházet o provedení zbylé části plnění.
44. Uzavírám tedy, že se zřetelem na to, že zadavatel prokazatelně nedodržel postup dle § 45 odst. 3 zákona, když v rámci provedení upgradu elektronické spisové služby města Pelhřimov vyloučil migraci stávajících dat, čímž vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a již uzavřel smlouvu na plnění části II. veřejné zakázky, Úřad učinil správný závěr, že se zadavatel v důsledku výše uvedeného postupu dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Následně Úřad učinil správný závěr, jsoucí v souladu se zákonem, že zadavatel v článku 3.5 přílohy č. 2b zadávací dokumentace neodůvodněně stanovil technickou podmínku

tak, že určitým dodavatelům zaručovala konkurenční výhodu a vytvářela neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Jak je uvozen odstavcem 3 ustanovení § 45 zákona, „*Technické podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže*“. Postup zadavatele mohl omezit konkurenční prostředí, jehož zachování je základním atributem hospodářské soutěže a zároveň předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků. Jelikož předmětné porušení zákona mohlo mít vliv na okruh potenciálních dodavatelů, kteří se mohli ucházet o část II. veřejné zakázky a případně nabídnout výhodnější plnění pro zadavatele, mohl výše uvedený postup zadavatele ovlivnit i výběr nejhodnější nabídky.

45. Nadto uvádím, že rozklad zadavatele směřuje proti napadenému rozhodnutí jako celku, a v důsledku toho rovněž proti výroku II., který se týká uložení pokuty. Z obsahu rozkladu však nejsou seznatelné žádné námitky, které by směřovaly proti způsobu stanovení pokuty nebo proti její výši. Přistoupil jsem tedy k přezkumu výroku II. napadeného rozhodnutí z hlediska zákonnosti ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu, přičemž jsem shledal, že Úřad postupoval při uložení pokuty a stanovení její výše zcela správně a v souladu se zákonem.
46. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí při stanovení výše pokuty dostatečně zhodnotil závažnost správního deliktu, zohlednil způsob jeho spáchání, okolnosti, za kterých k němu došlo a rovněž jeho následky. Výše pokuty byla Úřadem dostatečně odůvodněna, poněvadž z odůvodnění napadeného rozhodnutí je jednoznačně patrné, k čemu přihlédl a jakou váhu danému zákonnému kritériu přiznal, přičemž postupoval v souladu s ust. § 121 odst. 2 zákona. Úřad vzhledem k závažnosti porušení zákona a k souvislostem případu posoudil uloženou výši pokuty (45 000 Kč) jako přiměřenou porušení zákona a zohledňující obě funkce právní odpovědnosti, tedy funkce represivní a preventivní. V odůvodnění napadeného rozhodnutí však absentuje úvaha týkající se možného likvidačního charakteru uložené pokuty. V daném případě jsem tedy posoudil ekonomickou situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti odkazuji na náleží Ústavního soudu č. Pl.ÚS 3/02 ze dne 13. 8. 2002. Podle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Zadavatel je veřejnoprávní korporací, která má vlastní majetek, má vlastní příjmy a hospodaří podle vlastního rozpočtu. Z rozpočtového portálu města Pelhřimov dostupného na www.mupe.cz vyplývá, že zadavatel v rozpočtu na rok 2013 prokazatelně hospodařil s příjmy 318, 756 mil. Kč a v rozpočtu na rok 2014 počítal s příjmy 289, 386 mil. Kč. Vzhledem k výše uvedenému konstatuji, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační. Na základě výše uvedeného je nezbytné učinit závěr, že Úřad výši jím uložené pokuty v napadeném rozhodnutí odůvodnil zcela dostatečně a rovněž přezkoumatelným způsobem.

VI. Závěr

47. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

48. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona, dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Město Pelhřimov, Masarykovo náměstí 1, 393 01 Pelhřimov

Vypraveno dne:

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