



UOHSX00FQPJR

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0153/2017/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-04197/2022/161

Brno 2. 3. 2022

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 18. 9. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **Česká republika – Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových**, IČO 69797111, se sídlem Rašínovo nábřeží 390/42, 128 00 Praha 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. 9. 2017, č. j. ÚOHS-S0272/2017/VZ-25544/2017/531/Est vydanému ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Technický návrh a realizace napojení ISMS-CRAB na Informační systém základních registrů (ISZR) a vytvoření datového uložště referenčních a rozšiřujících údajů v rámci ISMS-CRAB**“ v jednacím řízení bez uveřejnění, kdy oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 25. 9. 2012 pod ev. číslem 232711, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 9. 2012 pod číslem 2012/S 187-307226,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0272/2017/VZ25544/2017/531/Est ze dne 1. 9. 2017

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Výzvou k jednání ze dne 16. 8. 2012 vyzval obviněný – Česká republika – Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových, IČO 69797111, se sídlem Rašínovo nábřeží 390/42, 128 00 Praha 2 (dále jako „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) – vybraného uchazeče – obchodní společnost IBM Česká republika, spol. s.r.o., IČO 14890992, se sídlem V Parku 2294/4, 148 00 Praha 4 – Chodov (dále jako „**vybraný uchazeč**“) – k jednání za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Technický návrh a realizace napojení ISMS-CRAB na Informační systém základních registrů (ISZR) a vytvoření datového uložště referenčních a rozšiřujících údajů v rámci ISMS-CRAB“ postupem v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jako „**JŘBU**“), jehož oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 25. 9. 2012 pod ev. číslem 232711, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 9. 2012 pod číslem 2012/S 187-307226 (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“) zahájil správní řízení ve věci podezření ze spáchání přestupku, kdy oznámení o zahájení správního řízení bylo obviněnému doručeno dne 11. 7. 2017. V tomto oznámení seznámil Úřad obviněného se skutečnostmi, které budou podkladem pro vydání rozhodnutí, a uvedl popis skutku, o kterém má být ve správním řízení rozhodováno, a jeho předběžnou právní kvalifikaci.
3. Předmětem plnění veřejné zakázky je propojení modulu Centrálního registru administrativních budov (dále jako „**CRAB**“), který je součástí Informačního systému majetku státu (dále jako „**ISMS**“), s Informačním systémem základních registrů (dále jako „**ISZR**“) a vytvoření datového uložště pro referenční a rozšiřující údaje pro CRAB. Obviněný uzavřel dne 8. 10. 2004 Smlouvu o dílo č. CEE005 (dále jako „**původní smlouva**“) s vybraným uchazečem na základě výsledku veřejné obchodní soutěže na „Dodávku informačního systému o majetku státu“, vyhlášené dne 28. 4. 2004 v Obchodním věstníku č. 17/04 pod

zn. 191720/04. Předmětem plnění této veřejné obchodní soutěže byl dle čl. 2.2 původní smlouvy: „návrh, implementace a systémová integrace Informačního systému majetku státu (ISMS)“ (dále jako „**původní veřejné zakázka**“).

4. Úřad dne 1. 9. 2017 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0272/2017/VZ-25544/2017/531/Est (dále jako „**napadené rozhodnutí**“), ve kterém dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky porušil ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v JŘBU, 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 ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 10. 9. 2012 s vybraným uchazečem „Dodatek č. 19 ke smlouvě o dílo č. 172 429“ (dále jako „**dodatek č. 19**“) na předmět plnění veřejné zakázky.
5. Za spáchání přestupku byla obviněnému výrokem II. napadeného rozhodnutí uložena pokuta ve výši 200 000 Kč.
6. Dne 18. 9. 2017 podal obviněný proti napadenému rozhodnutí rozklad datovaný téhož dne. Rozklad je řádný a včasný.

Námítky rozkladu

7. Obviněný projevuje nesouhlas se závěry Úřadu, že by si ‚stav exkluzivity‘ způsobil vlastním jednáním, jelikož zadával předmět původní veřejné zakázky jako komplexní řešení, u kterého nemohl předpokládat, že bude nutno jej v budoucnu rozšiřovat. Obviněný v roce 2004 nevěděl o potřebě úpravy ISMS, která nastala o 8 let později. Dle obviněného zde Úřad původní smlouvu vykládá příliš extenzivně, a tak dovozuje závěry, které nebyly smyslem daných ujednání ve smlouvě.
8. Dále obviněný rozporuje závěry Úřadu ve vztahu k dodatku č. 15 původní smlouvy, kterým došlo k rozšíření ISMS o modul CRAB (dále jako „**dodatek č. 15**“). Úřad dovodil, že k zadání předmětného dodatku (tento byl uzavřen dne 27. 10. 2010) došlo prokazatelně poté, co musel být obviněný seznámen s nutností uskutečnit předmětnou veřejnou zakázku. Úřad dále poukazuje na to, že ani při zadávání veřejné zakázky dle tohoto dodatku se obviněný nikterak nepokusil vymanit ze závislosti na vybraném uchazeči. Dle obviněného se Úřadu nepovedlo prokázat, že by postupem při zadávání veřejné zakázky dle dodatku č. 15 došlo k porušení zákona. Dle obviněného je ovšem nutné, aby Úřad prokázal porušení zákona při zadávání veřejné zakázky dle dodatku č. 15, pokud tvrdí, že obviněný vyvolal ‚stav exkluzivity‘ vlastním zaviněním.
9. Obviněný poukazuje také na to, že Úřad nesprávně pochopil znalecký posudek, když z něj dovodil, že minimálně část veřejné zakázky může být realizována třetím subjektem. Obviněný dále nesouhlasí se závěrem Úřadu, že neprokázal, že v době zadání veřejné zakázky existoval skutečně pouze jeden dodavatel. Dle obviněného na prokázání výše uvedeného dostatečně postačuje přiložený znalecký posudek, ze kterého je patrné, že z technických důvodů je to právě vybraný uchazeč, který může realizovat předmět plnění veřejné zakázky.

10. Úřad v minulosti veřejnou zakázku prošetřoval a v obou případech obviněnému přípisem sdělil, že nebyly shledány důvody pro zahájení správního řízení z moci úřední. Obviněný dále konstatuje, že ve věci nenastaly žádné nové skutečnosti.
11. Obviněný při zadávání předmětné veřejné zakázky nemohl vědět o judikaturním posunu, který se stal stěžejním argumentačním pilířem předmětného správního řízení.

Závěr rozkladu

12. Obviněný podáním rozkladu žádá o to, aby předseda Úřadu rozhodnutím zrušil napadené rozhodnutí a správní řízení jemu předcházející zastavil, když nejsou důvody pro jeho pokračování.

II. Původní rozhodnutí předsedy Úřadu

13. Dne 14. 12. 2017 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j.: ÚOHS-R0153/2017/VZ-36539/2017/322/JSu (dále jen „**původní rozhodnutí předsedy Úřadu**“), kterým napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl. Své rozhodnutí odůvodnil tím, že v daném případě obviněný neunesl důkazní břemeno a neprokázal, že by si ‚stav exkluzivity‘ ve vztahu k vybranému uchazeči a zadávání navazujících veřejných zakázek (včetně nyní řešené) nezpůsobil vlastní vinou. Obviněný neprokázal existenci důvodu ochrany výhradních práv, a tedy nepostupoval v souladu se zákonem, když zadal veřejnou zakázku v JŘBU, aniž by byly splněny podmínky umožňující takový postup.

III. Soudní přezkum původního rozhodnutí předsedy Úřadu

14. Obviněný podal proti zamítavému rozhodnutí o rozkladu žalobu, které Krajský soud v Brně vyhověl rozsudkem ze dne 10. 10. 2019, č. j. 62 Af 13/2018-74 (dále též „**rozsudek KS**“) a původní rozhodnutí předsedy Úřadu zrušil.
15. Krajský soud se domnívá, že by se v posuzované věci mohlo jednat o případ, kdy zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky budoucí potřebu zadávat navazující veřejné zakázky předvídat objektivně nemůže, avšak z důvodu nastalé objektivní změny okolností je následně nucen navazující veřejnou zakázku zadat.
16. Z tohoto důvodu je dle rozsudku KS nutno doplnit skutková zjištění ohledně stavu, v němž se obviněný nacházel před uzavřením dodatku č. 19. Návazně na významu postupu žalobce při uzavírání dodatku č. 15 je pak nutno doplnit skutková zjištění i ohledně stavu, v němž se obviněný nacházel při uzavírání dodatku č. 15. Teprve poté na základě obhajoby obviněného je třeba posoudit otázku, nakolik byly důvody, o které obviněný použití jednacního řízení bez uveřejnění opíral, důsledkem předchozího vědomého postupu obviněného, tedy nakolik se obviněný do stavu vendor lock-in dostal sám.
17. Proti rozsudku KS podal Úřad kasační stížnost. O kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud tak, že ji zamítl rozsudkem ze dne 25. 11. 2021, č. j. 1 As 383/2019-56 (dále též „**rozsudek NSS**“).
18. Nejvyšší správní soud se ztotožnil se závěrem krajského soudu, že je třeba postavit najisto otázku, kdy přesně vznikl stav vendor lock-in, a rovněž je třeba jasně odůvodnit možnost žalobce se z tohoto stavu vyvázat před uzavřením dodatku č. 19. Klíčové je posouzení, zda žalobce musel v určitý okamžik před uzavřením dodatku č. 19 rozumně předpokládat, že

v budoucnu vyvstane potřeba změny dříve poptávaného plnění v rozsahu posuzovaného JŘBU. K tomu Úřadu dle Nejvyššího správního soudu chybí konkrétní argumenty.

19. Dle Nejvyššího správního soudu platí, že jestliže je Úřad přesvědčen o tom, že žalobce měl možnost se ze stavu vendor lock-in výhradou vlastnických či autorských práv vyvázat, musí tuto svoji argumentaci – v podmínkách projednávané věci, v nichž stěžovatel srozumitelně předestřel své důvody pro aktivaci jednacích řízení bez uveřejnění – podložit i konkrétními skutkovými zjištěními.

IV. Další řízení o rozkladu

20. Po vrácení správního spisu Úřadu pokračuje předseda Úřadu v řízení o rozkladu proti napadenému rozhodnutí.
21. Dne 3. 2. 2022 bylo účastníku řízení zasláno oznámení o pokračování správního řízení č. j. ÚOHS-03900/2022/161, které bylo doručeno téhož dne.

Stanovisko předsedy Úřadu

22. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, jež mu předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a vázán právním názorem správních soudů jsem dospěl k následujícímu závěru.
23. Úřad své rozhodnutí dle názoru správních soudů založil na tom, že při uzavírání dodatku č. 15 mohl obviněný nastolit stav, jenž by jej nevedl k nutnému uzavření dodatku č. 19, což však obviněný neučinil. Dle závazných právních názorů soudů však takovéto východisko nemá oporu ve skutkových zjištěních, která je tak nutno v naznačeném směru doplnit.
24. V další části tohoto rozhodnutí jsou uvedeny důvody, pro které je nutno napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k dalšímu řízení.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

25. V posuzované věci shledal Úřad obviněného vinným přestupkem, jehož se dopustil tím, že veřejnou zakázku zadal v JŘBU, ačkoliv pro takový postup nebyly dány podmínky.
26. Úřad napadené rozhodnutí založil zejména na tom, že obviněný ve vztahu k prokázání splnění technických důvodů umožňujících použití JŘBU ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona neunesl důkazní břemeno, jelikož se mu nepodařilo prokázat, že by celý předmět veřejné zakázky musel realizovat pouze vybraný uchazeč. Dle Úřadu obviněný tuto skutečnost pouze tvrdil, aniž by předložil podklady, které by toto tvrzení prokazovaly. Úřad dále konstatuje, že se obviněnému nepodařilo prokázat ani to, že by došlo k naplnění materiální stránky ochrany výhradních práv vybraného uchazeče. Nedošlo tedy k prokázání toho, že by si obviněný sám nezpůsobil ‚stav exkluzivity‘, na jehož základě musí zadávat veřejnou zakázku pouze vybranému uchazeči. ‚Stav exkluzivity‘ byl dle Úřadu způsoben již smlouvou na předmět plnění původní veřejné zakázky a následně pak dodatkem č. 15.
27. Ačkoliv se předseda Úřadu s napadeným rozhodnutím ztotožnil, ve věci rozhodovaly správní soudy a ve světle jejich právních závěrů je nutno závěry napadeného rozhodnutí přehodnotit.

28. Na základě toho je tak nutno konstatovat, že zavinění obviněného ohledně dispozice s vlastnickými či autorskými právy dovozuje napadené rozhodnutí nikoliv z doby před uzavřením dodatku č. 15, nýbrž z toho, že si obviněný v souvislosti s vytvořením CRAB při uzavírání dodatku č. 15 nevyhradil vlastnická či autorská práva, která by navazující plnění související s funkcemi modulu CRAB umožňovala poptávat v otevřenějším druhu zadávacího řízení. Napadené rozhodnutí se nezabývá otázkami, zda to bylo možné a jak toho měl obviněný dosáhnout, když už v té době byl ve stavu vendor lock-in (o němž napadené rozhodnutí neuvádí, že by vzniklo zaviněním obviněného). Posouzení této otázky přitom dle soudů souvisí se samotným hodnocením *„nutné provázanosti modulu CRAB s existujícím ISMS, tedy s posouzením stavu, v němž se obviněný při uzavírání dodatku č. 15 nacházel“*.
29. V projednávané věci tak není dle Nejvyššího správního soudu postaveno najisto, zda modul CRAB mohl vzniknout samostatně nebo zda se jedná o zcela nezbytné rozšíření původního díla dodaného na základě smlouvy z roku 2004 (ISMS) a právě bez jeho „použití“ by nemohl modul CRAB vzniknout, resp. plnit požadovaný účel. Obviněný dle soudů takto před Úřadem argumentoval a v tomto smyslu tedy svá tvrzení ohledně důvodů pro použití jednacích řízení bez uveřejnění ve smyslu § 52 správního řádu Úřadu předestřel.
30. Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu pak platí: *„Určení přesného okamžiku žalobcem zaviněného vzniku stavu vendor lock-in a jasné odůvodnění možnosti žalobce vyvázat se z tohoto stavu před uzavíráním dodatku č. 19 je přitom klíčové pro posouzení druhé z otázek, tedy pro posouzení toho, zda žalobce musel v určitý okamžik (před uzavřením dodatku č. 19) rozumně předpokládat, že v budoucnu vyvstane potřeba změny dříve poptávaného plnění v rozsahu předmětu plnění posuzované veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, a tedy k posouzení míry „zavinění“ žalobce v souvislosti se vznikem stavu vendor lock-in, v němž se při uzavírání dodatku č. 19 nacházel. K tomu stěžovateli (Úřadu) chybí dle Nejvyššího správního soudu konkrétní argumenty, které jsou nahrazeny pouze teoretickým a velmi obecným konceptem ve své podstatě pracujícím pouze s východiskem, že při uzavírání dodatku č. 15 mohl žalobce nastolit stav, jenž by jej nevedl k nutnému uzavření dodatku č. 19 v jednacím řízení bez uveřejnění, což však žalobce podle stěžovatele neučinil. Tato premisa stěžovatele ohledně „utvrzení“ stavu vendor lock-in v situaci, kdy se žalobce údajně mohl z tohoto stavu vyvázat, nemá ani podle názoru Nejvyššího správního soudu oporu v jeho skutkových zjištěních.“*
31. K tomu, aby bylo možné uzavřít, že obviněný měl možnost se ze stavu vendor lock-in vyvázat, je nutno učinit dle závazného právního názoru soudů další skutková zjištění. To platí zejm. ohledně stavu, v jakém se obviněný nacházel při uzavírání dodatku č. 15. Je třeba mít na zřeteli, že Nejvyšší správní soud nepovažuje za případné, aby k vyvrácení objektivní nemožnosti předpokládat potřebu změny systému při zadávání původní zakázky postačovala „racionální úvaha Úřadu“ v tom smyslu, že dochází často jak ke změnám právní úpravy, tak k překotnému vývoji informačních technologií. Takovýmto plošným nazíráním by totiž byla dle Nejvyššího správního soudu možnost zadávat veřejné zakázky v JŘBU eliminována.
32. V pokračujícím správním řízení je tedy nutno doplnit skutková zjištění a v návaznosti na jejich vyhodnocení je nutno ve věci znovu rozhodnout. V rozhodnutí nechť je vypořádána i otázka případného promlčení odpovědnosti za projednávaný přestupek.

VI. K vrácení věci k dalšímu řízení

33. Dle ustanovení § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu platí, že jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a věc vrátí k novému projednání správnímu orgánu, který rozhodnutí vydal.
34. Dle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu platí, že jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část změnit; změnu nelze provést, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se.
35. V posuzované věci jsem – vázán závaznými právními názory správních soudů – nutně dospěl k závěru, že ve správním řízení nebylo prokázáno, že by se obviněný mohl při uzavírání dodatku č. 15 vyhnout stavu vendor lock-in. K takovému závěru nebyla učiněna skutková zjištění. Napadené rozhodnutí tak není ve výroku o vině založeno na důkazech, což z něj činí rozhodnutí nezákonné.
36. Při úvahách o dalším postupu ve věci jsem zvážil, zda přistoupit ke změně napadeného rozhodnutí ve druhém správním stupni, či zda je nutno napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k dalšímu řízení.
37. Rozhodujícím faktorem pro volbu dalšího procesního postupu je otázka újmy účastníka řízení, kterému by v případě změny rozhodnutí v druhém stupni mohl být odňat opravný prostředek.
38. Vzhledem k tomu, že v pokračujícím řízení budou shromažďovány a prováděny důkazy a bude znovu rozhodováno o vině a popř. o trestu, jde o závažný zásah do právních poměrů zadavatele. Je proto nejvýš vhodné, aby bylo zachováno právo zadavatele na opravný prostředek. Z tohoto důvodu jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení.

VII. Závěr

39. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí je od počátku vystavěno na nepodloženém skutkovém zjištění, jsem dospěl k závěru, že byly splněny zákonné podmínky pro jeho zrušení a vrácení věci k novému projednání podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu.
40. Při novém projednání věci bude Úřad ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vázán závazným právním názorem vysloveným v rozsudku krajského soudu a v rozsudku NSS. Při novém projednání vezme Úřad rovněž v úvahu výše uvedené námitky rozkladu zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1, ve spojení s § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů dále odvolat.

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

Česká republika – Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových, Rašínovo nábřeží 390/42,
128 00 Praha 2

Vypraveno dne

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