



UOHSX00ALZYW

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0157/2017/VZ-35519/2017/323/KKř

Brno: 5. prosince 2017

V řízení o rozkladu ze dne 21. 9. 2017, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 22. 9. 2017, jež podal obviněný –

- **Česká republika – Ministerstvo vnitra**, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 9. 2017, č. j. ÚOHS-S0305/2017/VZ-25971/2017/523/LSt, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše specifikovaným obviněným při zadávání veřejné zakázky s názvem **„Autorský dohled a servisní služby pro Informační systém o informačních systémech veřejné správy a Informační systém o datových prvcích pro roky 2015 až 2018“** v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k podání nabídky odeslané dne 3. 2. 2016, přičemž oznámení o zadání veřejné zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 3. 2016 pod ev. č. zakázky 527447 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 3. 2016 pod ev. č. 2016/S 054-090735,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 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 ze dne 6. 9. 2017, č. j. ÚOHS-S0305/2017/VZ-25971/2017/523/LSt

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 vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7, (dále jen „**zadavatel**“ nebo „**obviněný**“) zahájila ve smyslu § 26 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ dne 3. 2. 2016 odesláním písemné výzvy k jednání jednací řízení bez uveřejnění za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Autorský dohled a servisní služby pro Informační systém o informačních systémech veřejné správy a Informační systém o datových prvcích pro roky 2015 až 2018“, přičemž oznámení o zadání veřejné zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 3. 2016 pod ev. č. zakázky 527447 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 3. 2016 pod ev. č. 2016/S 054-090735 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Předmětem veřejné zakázky je dle výzvy k jednání poskytování služeb, konkrétně autorského dohledu spočívajícího v průběžné technické podpoře Informačního systému o informačních systémech veřejné správy (dále jen „**ISOISVS**“) a Informačního systému o datových prvcích (dále jen „**ISDP**“), a to na základě požadavků právních předpisů, požadavků na funkčnost a požadavků na uživatelskou přívětivost. Dále je tamtéž předmět veřejné zakázky konkretizován o jednotlivé služby, které je jejich poskytovatel povinen v rámci předmětu plnění vykonávat. V zadávací dokumentaci, jež je součástí výzvy, je pak předmět veřejné zakázky specifikován jako „*poskytnutí služeb, které má tyto části: Autorský dohled, tj. průběžná technická podpora ISOISVS a ISDP na základě požadavků právních předpisů, požadavků na funkčnost a požadavků na uživatelskou přívětivost. [K]onzultace a podpora při úpravě související dokumentace IS, tak aby byla v souladu se zákonem č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů (...) a jeho prováděcí vyhláškou č. 316/2014 Sb (...). Potřebná součinnost při případné migraci IS do jiného ISVS dle zadání objednatele, řádné ukončení obou IS a předání obsahu databází na záznamových médiích včetně zdrojových kódů ve stavu ke dni účinnosti smlouvy. Detailní popis předmětu veřejné zakázky v rámci této podlimitní veřejné zakázky je uveden v příloze č. 1 návrhu smlouvy, která je přílohou této zadávací dokumentace*“.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

2. Zadavatel v reakci na svou výzvu obdržel nabídku dodavatele – ASD Software, s.r.o., IČO 62363930, se sídlem Žerotínova 2981/55A, 787 01 Šumperk, (dále jen „**vybraný uchazeč**“) ze dne 18. 2. 2016, kterou následně vybral jako nejvhodnější. Na to konto zadavatel dne 1. 3. 2016 uzavřel s vybraným uchazečem Smlouvu o poskytování autorského dohledu a servisních služeb (dále jen „**smlouva o autorském dohledu**“), v níž si smluvní strany mimo jiné sjednaly cenu za poskytované služby ve výši 2.537.370 Kč s DPH a omezily svůj smluvní závazek na dobu tří let ode dne účinnosti smlouvy o autorském dohledu.
3. Z jednotlivých dokumentů obsažených v dokumentaci o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel oslovení toliko jediného dodavatele – vybraného uchazeče – odůvodnil ochranou výhradních práv vybraného uchazeče vázících se k jím vybudovaným ISoISVS a ISDP. Podle zadavatele je to pouze vybraný uchazeč, komu svědčí autorská práva k ISoISVS a ISDP a kdo detailně zná požadavky na jejich provoz, tudíž není možné, aby činnosti, jež jsou předmětem plnění veřejné zakázky, mohl provádět jiný subjekt, než je vybraný uchazeč.
4. Smlouva o autorském dohledu úzce souvisí s předchozími smluvními závazky ujednanými mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, a to především se smlouvou o dílo č. ASD/MI/ISDP/2005 ze dne 6. 9. 2005 (dále jen „**původní smlouva o ISDP**“) a dále se smlouvou o dílo č. 1 ASD/MI/ISoISVS/2006 ze dne 2. 5. 2006 (dále jen „**původní smlouva o ISoISVS**“), které uzavíral právní předchůdce obviněného, tj. Česká republika – Ministerstvo informatiky, IČO 86594346, se sídlem Havelkova 2, 130 00 Praha 3, (dále jen „**právní předchůdce**“) a jejichž předmětem je vývoj a implementace projektu nazvaného jako Informační systém o datových prvcích informačních systémů veřejné správy a projektu Informační systém o informačních systémech veřejné správy. Předmětné původní smlouvy byly za dobu svého trvání několikrát dodatkovány a doplněny o smlouvy o dílo uzavřené převážně za účelem rozvoje obou informačních systémů.
5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jakožto orgán příslušný podle § 112 zákona k výkonu dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, získal pochybnost o tom, zda se zadavatel svým postupem (tj. zahájením jednacího řízení bez uveřejnění s odkazem na výhradní práva vybraného uchazeče) nedopustil porušení zákona, pročež zahájil správní řízení z moci úřední, a to dnem 3. 8. 2017, kdy bylo zadavateli oznámeno zahájení správního řízení.

II. **Napadené rozhodnutí**

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č.j. ÚOHS-S0305/2017/VZ-25971/2017/523/LSt ze dne 6. 9. 2017 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval, že se obviněný dopustil spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a to tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když 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 k ISoISVS a ISDP byl zaviněně vytvořen předchozím postupem právního předchůdce zadavatele při uzavření původní smlouvy o ISoISVS a původní smlouvy o ISDP, ve znění jejich dodatků, který si potřeby budoucích návazných plnění souvisejících s předmětem původních smluv musel být vědom, a proto zadavatel nemohl 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 1. 3. 2016 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Za spáchání shora popsaného přestupku uložil Úřad obviněnému výrokem II. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 90.000 Kč.

7. Úřad se v napadeném rozhodnutí nejdříve vyjádřil k otázce použití jednacího řízení bez uveřejnění, když takový postup označil za výjimečné a krajní řešení tam, kde není jinak možné zajistit plnění požadované zadavatelem a které lze využít toliko tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele, přičemž však tato neexistence stojí na objektivních základech a není důsledkem vlastní činnosti zadavatele (tj. především uzavření smlouvy, jež vinou zadavatele založí stav exkluzivity).
8. Při aplikaci těchto obecných závěrů (vyplývajících především z judikatury správních soudů) na daný případ Úřad dovodil, že ze zadavatelem předložených smluv lze prokázat pouze to, že systémy ISoISVS a ISDP vznikly jako autorská díla, avšak i při zohlednění dalších poskytnutých dokumentů nelze osvědčit, že veřejnou zakázku není možné realizovat jinak, než výlučně zásahem do autorských práv vybraného uchazeče. K tomu Úřad doplnil, že i kdyby obviněný ve správním řízení prokázal, že veřejnou zakázku fakticky nebylo možné zrealizovat jiným dodavatelem, než vybraným uchazečem, i tak by nebyly splněny podmínky § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť dle závěrů Úřadu to byl právě zadavatel, resp. jeho právní předchůdce, kdo takový stav exkluzivity svědčící vybranému uchazeči zavinil svým postupem souvisejícím s uzavřením původních smluv o ISoISVS a o ISDP. Podle názoru Úřadu je totiž povinností zadavatele před zadáním „prvotní“ veřejné zakázky posoudit potřebu budoucích (navazujících) plnění a v případě existence takové potřeby uzavřít odpovídající smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli a umožní realizovat tato předpokládaná plnění bez využití jednacího řízení bez uveřejnění. V této souvislosti a s odkazem na relevantní okolnosti věci Úřad uzavřel, že obviněný ve správním řízení neprokázal, že jeho právní předchůdce budoucí návazné plnění původních smluv o ISoISVS a ISDP (odpovídající smlouvě o autorském dohledu) nemohl předpokládat, ani neprokázal, že by právní předchůdce postupoval pouze „nešikovně,“ tj. nezaviněně, když naopak bylo od počátku zřejmé, že budoucí návazná plnění vztahující se k informačním systémům ISoISVS a ISDP lze očekávat.
9. Následně se Úřad v napadeném rozhodnutí vypořádal s argumentací obviněného předestřenu v jeho vyjádřeních, přičemž zejména uvedl, že tvrzená (avšak neprokázaná) hospodárnost postupu zadavatele nemůže mít přednost před ostatními zásadami ovládajícími zadávání veřejných zakázek a dále, že znění zákona č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů (zákon o kybernetické bezpečnosti), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o kybernetické bezpečnosti**“) není oproti původní úpravě dotýkající se zabezpečení informačních systémů veřejné správy natolik odlišné a jeho přijetí natolik neočekávané (z hlediska vývoje ochrany dat), že toto bylo lze předvídat a pokud snad je možné uvažovat o opaku, pak bylo namíste poptávat spíše vytvoření nových informačních systémů v otevřeném typu zadávacího řízení.
10. Úřad se v napadeném rozhodnutí zabýval i odůvodněním uložené sankce, v níž ve smyslu přílehlavých právních předpisů zohlednil závažnost přestupku, spočívající zejména ve způsobu jeho spáchání a v jeho následcích, stejně jako v okolnostech, za nichž byl přestupek spáchán.

III. Námitky rozkladu

11. Dne 22. 9. 2017 obdržel Úřad rozklad zadavatele ze dne 21. 9. 2017. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 7. 9. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
12. Zadavatel v podaném rozkladu předně uvádí, že trvá na svém přesvědčení o správnosti a zákonnosti postupu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, neboť plnění, jež je předmětem smlouvy o autorském dohledu, bylo nezbytné zajistit na základě objektivních důvodů, které zadavatel nemohl předvídat a ani je svým jednáním nevyvolal. Mezi tyto objektivní důvody pak dle zadavatele patří přijetí zákona o kybernetické bezpečnosti a vyhlášky č. 316/2014 Sb., o bezpečnostních opatřeních, kybernetických bezpečnostních incidentech, reaktivních opatřeních a o stanovení náležitostí podání v oblasti kybernetické bezpečnosti (vyhláška o kybernetické bezpečnosti), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**vyhláška o kybernetické bezpečnosti**“), dále zařazení ISOISVS mezi významné informační systémy a ISDP mezi významné a kritické informační systémy ve smyslu zákona o kybernetické bezpečnosti a v neposlední řadě povinnost zadavatele jednat v souladu se zásadami hospodárnosti a účelnosti.
13. Ve vztahu k předmětu plnění stanoveného v článku II. odst. 3 písm. e) a f) smlouvy o autorském dohledu zadavatel uvedl, že z technických důvodů nemohlo být plnění tam stanovené provedeno nikým jiným, než vybraným uchazečem. Co se týče plnění dohodnutého v článku II. odst. 3 písm. a) až d) smlouvy o autorském dohledu, pak toto by dle zadavatele teoreticky mohlo být poskytováno jiným dodavatelem, avšak takový stav by přinesl zadavateli toliko nepřiměřené technické obtíže a zvýšení finančních nákladů, což odporuje jeho povinnosti ochraňovat své dřívější investice a povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře. Zadavatel je přesvědčen, že Úřad postupoval ryze formalisticky, a to když na jedné straně přisvědčil oprávněnosti snahy zadavatele být dobrým hospodářem, nicméně na druhé straně takovou snahu shledal jako neudržitelnou oporu pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Svůj postoj přitom zadavatel opřel o v rozkladu citovanou judikaturu, z níž dovodil, že jeho snaha zajistit technicky nejkvalitnější a ekonomicky nejvýhodnější servisní plnění je zcela legitimní. K tomu zadavatel doplňuje, že se Úřad s jeho důvody a argumenty pro zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči v rámci jednacím řízení bez uveřejnění dostatečně nevypořádal. Nad rámec pak zadavatel upozornil i na to, že je napadené rozhodnutí vnitřně rozporné, neboť si Úřad protiřečí v otázce možnosti uplatnění ekonomických důvodů pro oprávněný postup zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění, čímž pádem tato otázka zůstala Úřadem nezodpovězená.
14. Za objektivní (nezaviněný a neovlivnitelný) důvod svědčící pro postup podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona zadavatel dle textu rozkladu nadále považuje přijetí zákona o kybernetické bezpečnosti a vyhlášky o kybernetické bezpečnosti. K tomu zadavatel v rozkladu uvádí časovou osnovu uzavření původních smluv o ISDP a ISOISVS a přijetí zákona a vyhlášky o kybernetické bezpečnosti, z níž dovozuje, že s ohledem na několika roční odstup obou událostí nebylo možné tyto relevantně „propojit“, resp. předvídat přijetí legislativních pravidel o určitém obsahu v době, kdy zadavatel (rozuměj právní předchůdce) vstupoval do smluvních závazků s vybraným uchazečem. Následně zadavatel popisuje význam ISOISVS a ISDP a potřebu jejich vyššího zabezpečení ve smyslu zákona o kybernetické bezpečnosti, kterýžto je zařadil mezi významné informační systémy (ISOISVS) a ISDP mezi „jeden

ze základních podkladů významných a kritických informačních systémů“. Zadavatel se v rozkladu rozepisuje i o technických parametrech obou informačních systémů, o jednotlivých informačních systémech vedených v rámci ISoISVS a navázaných na informace z ISDP, přičemž z takových tvrzení dovozuje, že řádné fungování ISDP a ISoISVS je zcela nezbytné pro bezproblémový chod informačních systémů veřejné správy České republiky, zejména pak základních registrů České republiky. K tomu zadavatel doplnil, že aby dostál ve vztahu k ISDP a ISoISVS svým povinnostem plynoucím ze zákona o kybernetické bezpečnosti a vyhlášky o kybernetické bezpečnosti i v roce 2015 a neohrozil bezpečnostní a ekonomické zájmy České republiky, byl povinen zajistit autorský dohled a servisní služby v rámci ISoISVS a ISDP.

15. Úřad se dle zadavatele zcela nedostatečně vypořádal s obsáhlou argumentací zadavatele odůvodňující jeho postup při zadávání veřejné zakázky. Závěry Úřadu dotýkající se přijetí právních předpisů o kybernetickém zabezpečení přitom zadavatel považuje za nesprávné a neudržitelné, neboť i přes existenci původní právní regulace dané oblasti došlo přijetím zákona (potažmo vyhlášky) o kybernetické bezpečnosti k zásadnímu posunu ve smyslu posílení a rozšíření kybernetické bezpečnosti klíčových informačních systémů veřejné správy, což samo o sobě bylo zcela nepředvídatelné a nebylo možné na danou situaci reagovat jinak, než přijetím smlouvy o autorském dohledu.
16. Zadavatel se neztotožňuje ani s úvahou Úřadu dotýkající se pořízení nových informačních systémů v otevřeném typu zadávacího řízení, neboť takový postup by byl podstatně finančně náročnější, což se pak neslučuje s jeho povinností chovat se hospodárně, resp. s péčí řádného hospodáře a s tím související.
17. V další části rozkladu pak zadavatel odkazuje na jednotlivá ustanovení zákona o kybernetické bezpečnosti a vyhlášky o kybernetické bezpečnosti, z nichž dovozuje a následně rekapituluje své nové povinnosti, a k tomu jako ekvivalent uvádí jednotlivé služby vymezené ve smlouvě o autorském dohledu, přičemž opakovaně v tomto kontextu zdůrazňuje potřebu jejich rozšíření pro bezchybný chod obou informačních systémů, které jsou nyní zároveň zabezpečeny dle platných legislativních pravidel.
18. V závěru rozkladu zadavatel dodává, že Úřad (ne)oprávněnost jeho postupu podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona posoudil zcela nesprávně, tudíž nemůže obstát ani výrok II. napadeného rozhodnutí o pokutě.

Závěr rozkladu

19. S ohledem na skutečnosti uváděné v rozkladu a na přesvědčení zadavatele, že je napadené rozhodnutí nezákonné, zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a řízení ve věci zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

20. Úřad po doručení rozkladu zadavatele neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. 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 soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu zadavatele a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výrocích, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
23. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

24. Úvodem považuji za vhodné se nejdříve stručně vyjádřit k otázce samotného použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť je účelné před vlastním vypořádáním námitek zadavatele v širších souvislostech uvést, proč je zákonná úprava tohoto druhu zadávacího řízení, potažmo též judikatura správních soudů, natolik „přísná“ až restriktivní. Zadávací řízení bez uveřejnění, jakožto typ řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců, je možné použít toliko ve výjimečných případech a za situace, jsou-li splněny veškeré podmínky stanovené zákonem. Výjimečnost použití jednacího řízení bez uveřejnění (tj. v zákonem taxativně vymezených případech) je odůvodněna mimo jiné tím, že jde o méně formalizovaný druh zadávacího řízení a jako takový je relativně málo transparentním druhem zadávacího řízení. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek v podobě dílčích předpokladů použití jednacího řízení bez uveřejnění, jež jsou uvedeny v jednotlivých odstavcích § 23 zákona, a to proto, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo ze strany zadavatelů zneužíváno. Vzhledem k tomu, že v jednacím řízení bez uveřejnění se může zadavatel obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, lze hovořit o určitém omezení hospodářské soutěže, avšak ze zákonem akceptovatelných důvodů.
25. Na tomto místě pro podporu řečeného poukazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3. 10. 2013, v němž se hovoří o tom, že „rozhodovací praxe v případech podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění akcentuje potřebu jejich restriktivního výkladu. I Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 28. 11. 2012, čj. 1 Afs 23/2012-102, z tohoto pojetí vycházel a konstatoval, že z druhů zadávacích řízení, které upravuje § 21 ZVZ, je jednací řízení bez uveřejnění v porovnání s ostatními postupy bezesporu postupem nejméně formalizovaným a nejméně kontrolovatelným (jedním z důvodů je např. skutečnost, že zadavatel v rámci tohoto postupu přímo oslovuje konkrétního zájemce bez jakkoliv formalizovaného výběru; dále je zadavatel oprávněn dohodnout s vyzvanými zájemci i jiné podmínky plnění veřejné zakázky, než které byly uvedeny ve výzvě k jednání či v zadávací dokumentaci apod.). I z takto podaného východiska je tedy důvodu vycházet“.

26. Takovýto restriktivní výklad vyplývá i z práva Evropské unie či judikatury Soudního dvora Evropské unie, neboť Společenství se dlouhodobě zasahuje o posílení (zejména) záruky transparentnosti a zákazu diskriminace, jemuž přímé zadávání veřejných zakázek mimo soutěž de facto odporuje. Jako příklad takového postoje mohu uvést citaci z bodu 13 odůvodnění směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2007/66/ES, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek, kde se uvádí, že *„[z]a účelem boje proti protiprávnímu přímému zadávání zakázek, které Soudní dvůr označil za nejzávažnější porušení práva Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek ze strany veřejného zadavatele či zadavatele, by měly být stanoveny účinné, přiměřené a odrazující sankce. Smlouva uzavřená na základě protiprávního přímého zadání zakázky by proto měla být v zásadě považována za neúčinnou“*. K nezbytnosti restriktivního výkladu užití výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění pak odkazují příkladmo na rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropského soudního dvora) ze dne 14. 9. 2004 ve věci Komise Evropských společenství proti Italské republice, sp. zn. C-385/02.
27. V nyní projednávaném případě zadavatel odkazuje na použití § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. na možnost splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem z technických důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv či z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu. K tomu je nutno nejprve obecně uvést, že aplikace § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, kdy je objektivně a beze vší pochybnosti prokázáno, že předmět veřejné zakázky může být realizován pouze jediným dodavatelem, který disponuje určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel, z důvodu specifičnosti tohoto předmětu plnění či zvláštních okolností, za nichž je veřejná zakázka zadávána. Z uvedeného vyplývá, že musí být dána prokazatelná objektivní nemožnost ostatních dodavatelů, poskytnout zadavateli jím požadované plnění a pro zadavatele tedy neexistuje jiné řešení než veřejnou zakázku zadat pouze jednomu konkrétnímu dodavateli. V této souvislosti je přitom třeba zdůraznit, že aby bylo takovéto výhradní právo jediného dodavatele akceptováno, nesmí být zároveň založeno předchozím postupem či jednáním zadavatel, resp. výhradní dodavatel jej nesmí „získat“ na úkor jiných vhodných dodavatelů jako důsledek dřívější spolupráce se zadavatelem. Judikatura takovou situaci označuje jako „stav exkluzivity“ (srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 1. 11. 2013), tedy stav, kdy fakticky (i právně) existuje pouze jeden dodavatel schopný realizovat předmět veřejné zakázky, avšak takový stav byl vytvořen vinou samotného zadavatele, který s dodavatelem, jemuž svědčí výhradní právo, nevyjednal – a to přestože objektivně mohl – podmínky, které by ono nežádoucí postavení dodavatele vylučovaly. V takovém případě se pak zadavatel nemůže oprávněně dovolávat užití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, jelikož jeho předchozí nevhodné jednání nemůže požívat větší ochrany, než otevřená soutěž mezi dodavateli. Shodně na věc nahlíží Nejvyšší správní soud i v rozsudku č. j. 1 As 256/2015-95 ze dne 12. 5. 2016, kde zapovídá zadavateli možnost vytvořit stav exkluzivity, a to proto, že *„[o]pačný závěr by byl zcela v rozporu se smyslem a účelem zásad, na kterých je právní úprava veřejných zakázek postavena (tj. zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace)“*.
28. Na tomto místě nijak nezpochybňuji, že pro zadavatele obecně nemusí být snadné nalézt dodavatele, který by byl ochoten přistoupit na nastavení takových podmínek v rámci veřejné zakázky, které by v případě následné poptávky úzce související s původní veřejnou zakázkou

nebránily otevřené soutěži dodavatelů, nicméně taková těžkost nemůže ničehož změnit na faktu, že právě zachování hospodářské soutěže musí zůstat prioritou, mající bez dalšího přednost před technickými, ekonomickými či jinými obdobnými problémy zadavatele souvisejícími se zajištěním a poptávkou dodávek či služeb, u nichž vzniká riziko potřeby budoucích plnění navazujících na původní dílo, které by mohlo spadat pod zvláštní ochranu podle jiných právních předpisů. Jak již bylo uvedeno výše, takováto přísnost výkladu podmínek stanovených v § 23 zákona vychází z potřeby minimalizovat používání jednacích řízení bez uveřejnění skutečně jen na případy, kdy nelze při zajištění plnění objektivně postupovat jiným způsobem, to je způsobem, jenž by tolik nenarušoval soutěžní prostředí. Předestřený přístup je zcela eurokonformní a vycházející z ustálené judikatury správních soudů, potažmo pak rozhodovací praxe Úřadu. I přes uvedené je však nutno říci, že každý případ užití jednacího řízení bez uveřejnění tím kterým zadavatelem je nutno posuzovat individuálně, ve světle jedinečných okolností šetřené věci, přičemž není možné jakékoliv zobecněné závěry paušalizovat na veškeré případy, které se od sebe mohou skutkově (byť i nepatrně) odlišovat.

29. S ohledem na často se opakující rozkladové námitky zadavatele a jeho tvrzení, na tomto místě rovněž upozorňuji na skutečnost, že „*podle ustálené judikatury nelze povinnost soudu řádně odůvodnit rozhodnutí chápat tak, že musí být na každý argument strany podrobně reagováno (srov. nálezy Ústavního soudu ze dne 15. 1. 2008, sp. zn. IV. ÚS 1903/07, nálezy Ústavního soudu ze dne 16. 5. 2007, sp. zn. IV. ÚS 493/06, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 19. 4. 1994, Van de Hurk v. Nizozemí, stížnost č. 16034/90, bod 61, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 9. 12. 1994, Ruiz Torija v. Španělsko, stížnost č. 18390/91, bod 29). Nejvyšší správní soud má v posuzované věci za to, že ve světle citované judikatury krajský soud odůvodnil své rozhodnutí dostačujícím způsobem a se snahou postihnout žalobní body komplexně tak, aby reagoval na všechny výtky stěžovatele proti napadenému rozhodnutí. Na každé rozhodnutí je přitom nutno nahlížet jako na celek; není-li konkrétní žalobní námitka vypořádána samostatně (ale je součástí širšího hodnocení posuzované problematiky), nelze o nepřezkoumatelnosti takového rozsudku vůbec uvažovat. (...) Z odůvodnění rozsudku je zřejmé, že krajský soud uvedl srozumitelné a logicky na sebe navazující důvody ve prospěch právního názoru, k němuž dospěl, a vyjádřil se i ke stěžejním argumentům stěžovatele. Krajský soud sice výslovně nereagoval na každý dílčí argument stěžovatele, z jeho celkové úvahy je však zcela zřejmé, proč se s právním názorem stěžovatele neztotožnil.“, jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 2 As 134/2011 – 200 ze dne 27. 8. 2013. Ačkoliv se předmětný rozsudek vztahuje k přezkoumávání rozhodnutí správního soudu, jde o obdobný princip analogicky použít i ve vztahu k vypořádání námitek správním orgánem. Pokud tedy zadavatel uvádí na několika místech v rozkladu stále se ve svém obsahu opakující námitky, svá přesvědčení a konstatování, z nichž některé spolu úzce souvisí, avšak nevnáší nové světlo do posuzované věci či případně tyto nejsou ani relevantní pro posouzení té které předmětné otázky, je nadbytečné, aby se správní orgán jednotlivě s takovými námitkami podrobně vypořádával, pokud komplexně postihne gros rozkladové argumentace. Předoslání takového závěru však v žádném případě neznamená ani neznačí, že bych se dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí účelově nezabýval některými podstatnými otázkami či námitkami, které zadavatel vznesl v rozkladu.*

30. V případě, který je nyní předmětem mého posouzení, Úřad konstatoval, že ačkoliv zadavatel předložil dokumenty, které by popřípadě prokazovaly vlastnictví autorských práv vybraného uchazeče k oběma informačním systémům (tj. čestná prohlášení ze dne 26. 10. 2015) – sice bez prokázání, že vybraný uchazeč je jediným subjektem, který může do informačních systémů zasahovat – nemůže to zhojit fakt, že výhradních autorských práv vybraný uchazeč nabyl v důsledku postupu zadavatele, resp. právního předchůdce zadavatele. Jinými slovy řečeno, stav exkluzivity svědčící ve prospěch vybraného uchazeče nastal z důvodu neobežretného postupu (právního předchůdce) zadavatele, který dostatečně neuvážil budoucí potřebu zasahovat do původního ISoISVS a ISDP, a tedy ani nevytvořil odpovídající podmínky pro příští soutěž dodavatelů o získání plnění rozšiřujícího či jinak doplňujícího předmětné informační systémy, přestože zadavatel (resp. jeho právní předchůdce) mohl rozumně takovou potřebu navazujících plnění předpokládat. V daném případě tedy je stěžejním nedostatkem pro oprávněné použití jednacního řízení bez uveřejnění onen stav exkluzivity, který vznikl v důsledku zaviněného postupu zadavatele.
31. Vráťím-li se k jednotlivým námitkám zadavatele, konkrétně k zadatelovu přesvědčení o správnosti a zákonnosti jeho postupu odůvodněného zejména objektivními skutečnostmi spočívajícími v přijetí zákona o kybernetické bezpečnosti a vyhlášky o kybernetické bezpečnosti a s tím souvisejícím, mohu uvést následující. Nepopírám, že zákon o kybernetické bezpečnosti a vyhláška o kybernetické bezpečnosti přinesly řadu změn či zpřísnění souvisejících se zabezpečením „klíčových“ informačních systémů, mezi něž ISoISVS a ISDP reálně patří. Přesto takový legislativní počín nelze označit za neočekávaný, neboť jednak byl ze strany odborníků a zainteresovaných subjektů řádně diskutován a jednak i laické veřejnosti muselo být zřejmé, že s ohledem na rostoucí riziko zneužití informačních a komunikačních technologií využívaných pro chod ekonomických, správních nebo společenských činností v řadě odvětví (tj. nejen státní sektor, ale i oblast bankovníctví, infrastruktury finančních trhů apod.), bude nezbytné ochranu takových technologií plošně posílit. Tudíž i pokud konkrétní podoba zákona o kybernetické bezpečnosti a vyhlášky o kybernetické bezpečnosti byla, resp. zřejmě byla zadavateli do doby jejich vydání neznámá, nic to nemění na tom, že zadavatel mohl a měl rozumně očekávat určitou potřebu posílení zabezpečení jím spravovaných informačních systémů, které jsou z hlediska řádného fungování státní správy (popřípadě samosprávy) zásadní či alespoň významné. Platí-li uvedené, pak lze říci, že zadavatel měl relativně dost času na to, aby chod ISoISVS a ISDP odpovídajícím způsobem zabezpečil proti hrozbě kybernetických útoků souvisejících, resp. vzrůstajících (co do počtu) s rozvojem technologií a (de facto) závislostí společnosti na nich. Nadto je třeba upozornit i na to, že od přijetí do účinnosti zákona o kybernetické bezpečnosti běžela poměrně dlouhá legisvakanní lhůta, v níž mohl zadavatel na takový „legislativní stav“ zareagovat v mezích zákona. I přesto se však zadavatel rozhodl postupovat tak, že zajistil autorský dohled a servisní služby – dle jeho slov související právě s přijetím zákona o kybernetické bezpečnosti a vyhlášky o kybernetické bezpečnosti – v rámci jednacního řízení bez uveřejnění, aniž by umožnil soutěž mezi potenciálně vhodnými dodavateli.
32. Na tomto místě upozorňuji, že mi nepřísluší dát zadavateli jednoznačný „návod“, jak měl (nebo jak by měl pro příště) postupovat, nicméně jak naznačil již Úřad v napadeném rozhodnutí, v situaci, kdy je na místě očekávat významnější změnu legislativy, která se promítne i do užívaných/spravovaných elektronických systému, je nutné činit takové kroky, jež budou souladné se zákonem a připustí otevřené soutěžní prostředí mezi

dodavateli požadovaného plnění. Takovým krokem pak může být i poptávání nových informačních systémů za podmínek, které nevytvoří stav exkluzivity určitému jednomu dodavateli, nýbrž naopak zajistí možnost v případě nutnosti tyto rozšiřovat, aby takovou službu mohl poskytnout i jiný dodavatel, odlišný od původního poskytovatele. Je zřejmé, že s nastíněnou „změnou“ dodavatele mohou souviset i zvýšené náklady při prvním plnění, nicméně z dlouhodobého hlediska uvedené zpravidla přinese naopak úsporu finančních prostředků, a to když poptávka plnění souvisejícího s nutnými zásahy do původních systémů bude probíhat v rámci soutěže (potažmo pak možné soutěže o cenu).

33. S právě uvedeným souvisí i námitka zadavatele, že tento je obecně povinen jednat v souladu se zásadou hospodárnosti a účelnosti. Uvedený argument vznášel zadavatel již v průběhu správního řízení, přičemž Úřad se jím dostatečně zabýval v bodě 89. a 90. odůvodnění napadeného rozhodnutí, proto na tuto část odůvodnění – se kterou se plně ztotožňuji – nyní odkazuji. Přesto k tomu pro podporu tam uvedeného dále konstatuji následující. Zásada hospodárnosti byla dovozena judikaturou a jako taková obecně doplňuje zásady uvedené v § 6 odst. 1 zákona. Je však třeba říci, že zásada hospodárnosti nemůže stát nad zásadou transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení. Její význam spočívá v tom, že jmenované zásady rozvíjí, přičemž s nimi zároveň musí být v souladu. Je přitom třeba přisvědčit úvaze, že sama zásada hospodárnosti nemůže ustoupit povinnosti zadavatele postupovat podle zákona. Tento závěr je ostatně dlouhodobě judikován správními soudy a lze je seznat i z odborné literatury. Vedle citace provedené Úřadem z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015, mohu uvést příkladmo dále rozsudek téhož soudu ze dne 13. 1. 2015, č. j. 62 Af 95/2013-74. Z něj pak vyplývá úvaha, že zásada hospodárnosti není jedinou zásadou, kterou je zákon ovládán, neboť mezi další zásady patří i zásady směřující k vytvoření hospodářské soutěže, která je nediskriminační a transparentní. Prostřednictvím naplnění zásad směřujících k vytvoření soutěžního prostředí je možné naplnit i samotnou zásadu hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků, přičemž uplatňování samotného principu hospodárnosti bez toho, aby byla u veřejné zakázky zabezpečena účinná hospodářská soutěž, by šlo proti smyslu a účelu samotného zákona. K tomu se obdobně (jak tvrzeno výše v tomto bodě) vyjadřuje i odborná literatura – a to například Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, 11 s., kde je uvedeno, že „[h]ospodárnost vynakládání prostředků zadavatelů je přitom hlavním důvodem existence tohoto zákona, který svou existencí, důrazem na vytvoření soutěžního prostředí nediskriminačního a transparentního charakteru (viz § 6), hospodárnost zabezpečuje a tím i úsporu finančních prostředků zadavatele.“ Lze tak uzavřít, že zásada hospodárnosti nemůže stát sama o sobě a nemůže se stát svým vlastním účelem, nýbrž je třeba při posouzení naplnění zásady hospodárnosti zohlednit i naplnění zásad směřujících k zajištění hospodářské soutěže.
34. Zároveň podotýkám, jak již bylo naznačeno výše, že otázka skutečné hospodárnosti postupu zadavatele v případě rozšiřování původního plnění souvisejícím s ISoISVS a ISDP prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění, oproti jinému postupu dle zákona, není zcela jednoznačná, neboť z dlouhodobého hlediska může být naopak hospodárnější pořízení nových informačních systému. Zadavatel tím i přes prvopočáteční vklad může získat takové plnění, které bude moci v případě potřeby jeho rozšíření poptávat formou některého z otevřenějších druhů zadávacího řízení, čímž se „nenaváže“ na jediného dodavatele, jenž by s ohledem na logickou snahu maximalizovat svůj zisk mohl v případě existence stavu

exkluzivity další plnění poskytovat za nepřiměřeně vysokou cenu. V rovině spekulativní – je otázkou, zda by se našel vhodnější dodavatel než původní dodavatel, avšak je to právě nejistota původního dodavatele, která by jej „nutila“ nabízet plnění související s dřívější veřejnou zakázkou za cenu pro zadavatele zajímavější, resp. příznivější. Vzhledem k tomu, že zastávám tento názor, nemohu se ztotožnit s námitkou zadavatele, že pořízení nových informačních systémů v otevřeném typu zadávacího řízení by bylo podstatně finančně náročnější, což se pak neslučuje s povinností zadavatele chovat se hospodárně, neboť jak jsem již uvedl, možné zvýšené vstupní náklady nemusí značit nevhodnost, protože tu lze objektivně vyhodnocovat pouze z dlouhodobého hlediska. Nadto předesílám, že zadavatel neposkytl relevantní podklady pro to, aby bylo možné domnívat se o tom, že právě jím zvolený postup je skutečně tím nejvhodnějším.

35. Ve vztahu k předmětu plnění stanoveného v článku II. odst. 3 písm. e) a f) smlouvy o autorském dohledu zadavatel uvedl, že z technických důvodů nemohlo být plnění tam stanovené provedeno nikým jiným, než vybraným uchazečem. V kontextu této námítky znovu opakuji, že zadavateli není vytýkáno to, že snad po právu reagoval na novou legislativu promítající se do servisních a jiných potřeb souvisejících s provozem a správou ISOISVS a ISDP, ani nemohu rozporovat to, že vybraný uchazeč vytvořil informační systémy jakožto autorská díla (byť zadavatel dle zjištění Úřadu neprokázal, že vybraný uchazeč je jediným subjektem, který může do informačních systémů zasahovat), nýbrž je mu kladeno za vinu to, že stav spočívající ve výlučnosti či exkluzivitě svědčící ve prospěch vybraného uchazeče, způsobil zadavatel sám. V takovém případě pak již není možné nastalou situaci zhojit tvrzením, že neexistuje jiný dodavatel, který by předmět plnění veřejné zakázky mohl pro zadavatele poskytovat. Je to zadavatel, resp. právní předchůdce zadavatele, kdo vytvořil stav exkluzivity, když s vybraným uchazečem uzavřel původní smlouvu o ISOISVS a původní smlouvu o ISDP s takovými licenčními podmínkami, které mu neumožnily zadat předmětnou veřejnou zakázku (dle zadavatelova tvrzení alespoň ve výše specifikované části) jinak, než prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění. Ačkoli nemuselo být na počátku plnění poskytovaného vybraným uchazečem při tvorbě ISOISVS a ISDP zcela zřejmé, jakým směrem se budou oba informační systémy dále ubírat, ani zda bude nutné je dále chránit z hlediska kybernetické bezpečnosti, tyto okolnosti nemohly bránit zadavateli, aby licenční podmínky ve vztahu k autorskému dílu, vytvořenému vybraným uchazečem v rámci původní veřejné zakázky, nastavil tak, aby později případně nebránily otevřené soutěži dodavatelů. Zjednodušeně řečeno, pokud zadavatel sám pozbyl vůli vyjednat s vybraným uchazečem při prvotní spolupráci takové podmínky, které by nezakládaly výhradní právo svědčící vybranému uchazeči, pak to musí jít k tíži tohoto zadavatele, neboť tomu mělo být zřejmé, že je z povahy informačních systémů jako takových dána vysoká pravděpodobnost, že tyto budou muset být s rozvojem technologií rozšiřovány, aktualizovány či že bude třeba do nich jinak zasahovat nad rámec původních ujednání. Proto s ohledem na vše uvedené musím tuto námitku zadavatele jako nedůvodnou odmítnout.
36. Co se týče plnění dohodnutého v článku II. odst. 3 písm. a) až d) smlouvy o autorském dohledu, pak toto by dle zadavatele teoreticky mohlo být poskytováno jiným dodavatelem, avšak takový stav by přinesl zadavateli toliko nepřiměřené technické obtíže a zvýšení finančních nákladů. K tomu mohu uvést, že takový argument zadavatele (o nepřiměřených technických obtížích a zvýšených finančních nákladech) nemůže obstát. Úřad, již podle svého názvu, má chránit hospodářskou soutěž, nikoliv „pohodlnost“ a nechť zadavatelů poptávat

plnění veřejné zakázky v odpovídajícím druhu zadávacího řízení s odkazem na technickou obtížnost či ekonomické důvody. Z pohledu zákona, jeho smyslu a účelu, je zcela irelevantní, jak zadavatel prakticky uvede do provozu technické řešení, které bylo řádně vysoutěženo, důležité je pouze to, aby bylo řádně zadáno v rámci příslušného druhu zadávacího řízení. V opačném případě je Úřad oprávněn postupovat podle § 112 odst. 1 zákona a na to navazujících ustanovení (zejména dle § 118 a § 120 zákona).

37. K řešené námitce zadavatele pak dále uvádím, že text § 23 odst. 4 písm. a) zákona jako předpoklad jeho uplatnění nestanoví fakt, že jiný postup by zadavateli přinesl nepřiměřené technické obtíže, případně zvýšené finanční náklady. Ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona říká, že aby bylo možné oprávněně užít jednacím řízení bez uveřejnění, je nutné, aby bylo objektivně prokázáno, že předmět veřejné zakázky může být realizován pouze jediným dodavatelem, který disponuje určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel, z důvodu specifčnosti tohoto předmětu plnění či zvláštních okolností, za nichž je veřejná zakázka zadávána, přičemž taková výlučnost jediného dodavatele (jak bylo dovozeno judikaturou) nebyla založena vlastním jednáním zadavatele. O možném nepřiměřeném zatížení zadavatele z ekonomických či technických důvodů jmenované ustanovení nepojednává, nedovozuje je ani judikatura, tudíž o něm lze říci, že pro posouzení (ne)správnosti postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění při zadávání veřejné zakázky nemá žádného významu, který by zhojil nedostatky spočívající v nesplnění zákonných podmínek pro postup podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. K právě uvedenému zároveň odkazují na přílehlavý rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 65/2012 – 89 ze dne 29. 5. 2014, v němž jmenovaný soud dospěl k závěru, že žalobce obdobnou argumentací, jako nyní předkládá zadavatel, *„stírá rozdíly mezi důvody, které jej vedly k pořízení předmětných přístrojů/zařízení, a zákonem stanovenými podmínkami pro užití určitého typu zadávacího řízení. Takový přístup ovšem není možný. Ani případné ekonomické přínosy nemohou odůvodnit použití nesprávného typu zadávacího řízení“*.
38. V tomto kontextu doplňuji, že právě uvedená citace z rozsudku Krajského soudu v Brně podává jasnou odpověď na v rozkladu předestřenu „otázku“, zda-li může být, byť jen v potenciální rovině, *„odůvodněn postup zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění vážnými ekonomickými důvody ležícími na straně zadavatele“*. Pro odstranění jakýchkoliv pochybností konstatuji, že nemůže. S uvedeným pak souvisí argument zadavatele, že napadené rozhodnutí je vnitřně rozporné z důvodu, že Úřad na jedné straně hovoří o neprokázání ekonomických důvodů a na druhé pak ekonomické důvody stejně odmítá jako nedostatečné. K tomu mohu ve stručnosti uvést, že ve jmenovaných úvahách Úřadu neshledávám rozpornost, jež by mohla mít vliv na správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí. V obou zadavatelem uváděných bodech – tj. 89. a 90. odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad konstatuje, že snaha zadavatele chovat se hospodárně neospravedlňuje aplikaci jednacím řízení bez uveřejnění (viz například formulace z bodu 89. odůvodnění napadeného rozhodnutí: *„pokud obviněný argumentuje dodatečnými náklady spojenými s výběrem jiného dodavatele, efektivností plnění veřejné zakázky spolu se zásadou ochrany investic, nejedná se rovněž o důvody, jež pro použití jednacím řízení bez uveřejnění uvádí zákon v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a)“* nebo *„to, zda postup obviněného vycházel ze snahy dosáhnout ekonomicky hospodárnějšího postupu, sama o sobě souladnost postupu obviněného se zákonem nedokládá“* a dále z bodu 90. odůvodnění napadeného rozhodnutí *„snaha obviněného být ‚dobrým hospodářem‘ je zcela souladná s obecnými principy ovládající jeho*

hospodaření s veřejnými finančními prostředky, avšak zcela neudržitelná jako opora pro použití jednacího řízení bez uveřejnění“), pouze v bodu 89. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad nad rámec upozorňuje i na fakt, že zadavatel jakoukoliv hospodárnost jeho postupu stejně neosvědčil. Toto „vzdvihnutí“ prosté skutečnosti přitom nijak neodporuje původním závěrům Úřadu, ani nepůsobí jinak zmatečně. Z kontextu celého napadeného rozhodnutí je přitom nade vše pochybnost patrné, jaké podmínky je třeba ze strany zadavatelů naplnit, aby bylo lze hovořit o oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění.

39. Zadavatel v rozkladu rovněž uvádí, že svou snahu zajistit technicky nejkvalitnější a ekonomicky nejvýhodnější servisní plnění považuje za zcela legitimní. Toto své konstatování však zadavatel jednak nijak nedokládá a jednak jej doložit zřejmě ani nemůže, neboť v dokumentaci o veřejné zakázce není žádného záznamu, že by před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku provedl jakoukoliv analýzu či posudek stávajícího stavu a relevantního trhu, z něž by bylo lze usuzovat na tvrzenou „výhodnost“ plnění ze strany vybraného uchazeče. Pokud tedy zadavatel neprovedl odpovídající zadávací řízení na plnění, jenž je předmětem veřejné zakázky, pak jeho tvrzení o technicky nejkvalitnějším a ekonomicky nejvýhodnějším servisní plnění, je pouze jeho ničím nepodloženou spekulací. Nad rámec řečeného však podotýkám, že i kdyby zadavatel byl schopen prokázat, že servisní plnění poskytované vybraným uchazečem je skutečně tak hodnotné, nic to nemění na tom, že pro postup podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona nebyly naplněny tam stanovené předpoklady. S ohledem na uvedené i tuto rozkladovou námitku pro její nedůvodnost odmítám.
40. Nedomnívám se ani, že by se Úřad nedostatečně vypořádal se zadavatelovými důvody a argumenty pro zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči v rámci jednacího řízení bez uveřejnění. K zadavatelem namítaným skutečnostem se Úřad vyjadřoval zejména v bodech 88. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde je v podrobnostech reagováno na jednotlivé zadavatelem tvrzené skutečnosti. Úřad se s těmito konstatováními zadavatele vypořádal zcela správně a v souladu s obecnými úvahami a posouzením, které provedl výše v napadeném rozhodnutí. Důvody předešlé zadavatelem jsou přitom z hlediska posouzení oprávněnosti či neoprávněnosti užití jednacího řízení bez uveřejnění, zcela irelevantní, neboť jednak jsou z části toliko subjektivními pohnutkami zadavatele pro předmětný postup a jednak, z další části, jsou pouhými ničím nepodloženými tvrzeními zadavatele. Úřad přitom zcela jistě není povinen jakkoliv vyvracet tvrzení zadavatele o neporušení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť je to zadavatel, koho stíhá povinnost tato tvrzení prokázat, a pokud je není schopen prokázat, pak se má za to, že v souladu se zákonem nepostupoval. Přísnost takové konstrukce je pak mimo jiné dána právě snahou o eliminaci používání tohoto druhu zadávacího řízení, a to v zájmu zachování co nejvíce transparentní hospodářské soutěže a absencí možnosti Úřadu prokázat skutečnosti, které může znát a doložit pouze zadavatel.
41. Nad rámec uvedeného okrajově upozorňuji zadavatele na to, že je třeba striktně rozlišovat břemeno tvrzení a břemeno důkazní. Zatímco procesní povinnost tvrdit zadavatel v právě posuzovaném případě naplnil, navazující břemeno důkazní (tj. procesní odpovědnost zadavatele, jakožto účastníka správného řízení za to, že v řízení budou rozhodné skutečnosti prokázány tak, aby Úřad mohl rozhodnout v jeho prospěch) tento neunesl, resp. nepodařilo

se mu prostřednictvím relevantních důkazů tvrzené skutečnosti prokázat. Jinými slovy řečeno, zadavatel v rámci svých vyjádření toliko tvrdil, avšak svá tvrzení následně neprokazoval, čímž nenaplnil procesní povinnost poskytnout Úřadu odpovídající důkazy a jiné dokumenty, které by osvědčily, že vybraný uchazeč je objektivně jediným subjektem na trhu, který by mohl splnit veřejnou zakázku, aniž by takovou exkluzivitu zaviněně založil již dříve zadavatel (potažmo jeho právní předchůdce) svým jednáním, resp. že zde byly naplněny podmínky předpokládané § 23 odst. 4 písm. a) zákona. S ohledem na uvedené tedy mohu konstatovat, že i tato námitka zadavatele, spočívající v nezohlednění argumentace a důvodů zadavatele pro užití jednacího řízení bez uveřejnění, je nedůvodná.

42. Závěrem k obsáhlé rozkladové argumentaci zadavatele uvádím, že nijak nesnižuji význam či potřebu řádného fungování ISOISVS a ISDP, ani nepopírám vznik nových povinností vůči předmětným informačním programům, jež byly stanoveny prostřednictvím zákona a vyhlášky o kybernetické bezpečnosti, přičemž tyto povinnosti nemohly být po konkrétní obsahové stránce právnímu předchůdci zadavatele v době uzavření původních smluv o ISDP a ISOISVS známé. Tyto „okolnosti věci“ však nijak nezhojí fakt, že v daném případě nebyly objektivně splněny podmínky pro oprávněnou aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, navzdory čemuž jej zadavatel užil. V předmětné situaci byl prvopočátek nyní sankcionovaného postupu obviněného založen již dávno v minulosti, když právní předchůdce zadavatele s vybraným uchazečem ujednal takové smluvní podmínky, které neumožnily otevřenou soutěž pro případ pořízování nejrůznějších rozšíření a správy původních informačních systémů – a to je právě páteří problém celé věci. Kdyby totiž nebyl dán stav exkluzivity svědčící ve prospěch vybraného uchazeče, pak by bylo nedůležité, jak moc a jak často se mění doléhající právní úprava, již je zadavatel (jakožto správce předmětných informačních systémů) vázán, neboť by veškeré související služby (například i nyní zabezpečovaný autorský dohled a servisní služby) mohl poptávat v některém z otevřenějších druhů zadávacích řízení.
43. V tomto kontextu zároveň zdůrazňuji, že předmětem přezkumu je zadávací řízení na veřejnou zakázku, v jejímž rámci byl poptáván autorský dohled a servisní služby a která byla završena uzavřením smlouvy o autorském dohledu, nikoliv dříve předcházející proces uzavírání původních smluv o ISOISVS a ISDP. Zde je nutno zároveň zmínit, že z pohledu konstatování o spáchání přestupku ze strany obviněného je lhostejno, zda byl vybraný dodavatel původně vybrán v rámci otevřené soutěže, neboť pro posouzení jednání zadavatele je třeba uvážit toliko postup související s předmětnou veřejnou zakázkou. Co se týče samotného jednání zadavatele, tento obecně měl před zahájením zadávacího řízení daný stav (tj. potřebu určitým způsobem zajistit služby dotýkající se ISOISVS a ISDP a souvisejících legislativních změn), racionálně vyhodnotit a z takového hodnocení učinit objektivní závěr o dalších možnostech svého postupu. Jinými slovy řečeno, zadavatel byl před zadáním veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění postaven před rozhodnutí o tom, jaký druh zadávacího řízení použije a jeho povinností rovněž bylo posouzení, zda jsou pro jím zvolené zadávací řízení naplněny zákonem stanovené (potažmo pak judikaturou dovozené) podmínky. Zadavatel však v právě šetřeném případě dané okolnosti věci neuvážil, resp. je neuvážil správně tak, aby tyto vyhověly dikci zákona, popřípadě judikatuře správních soudů, za což nese plnou odpovědnost. S ohledem na to – a ve vztahu k veřejné zakázce zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k podání nabídky

odeslané dne 3. 2. 2016 – pak Úřad objektivně musel konstatovat, že se obviněný dopustil spáchání přestupku, jak je tento blíže specifikám ve výroku I. napadeného rozhodnutí.

44. S ohledem na to, že byl zadavatel dle textu rozkladu přesvědčen o správnosti svého postupu, brojil i proti výroku II. napadeného rozhodnutí, kterým mu byla uložena pokuta. Proto dále přistupuji k přezkoumání úvah, kterými se Úřad při ukládání sankce řídil. Avšak na tomto místě předesílám, že když jsem shledal v zadavatelově postupu pochybení, resp. ztotožnil jsem se s výrokem I. napadeného rozhodnutí, nebude zde prostor pro to, abych upustil od uložení sankce, tím spíše, když zadavatel proti výroku II. napadeného rozhodnutí brojí toliko obecně a nevznáší žádné argumenty, které by případně svědčily pro upuštění od uložení sankce či vedly k jejímu snížení.
45. Podle ustanovení § 121 odst. 2 zákona platí, že je Úřad při určení výše výměry pokuty za spáchaný přestupek povinen přihlédnout k závažnosti přestupku, jeho následkům a okolnostem, za kterých byl obviněným spáchán. To tedy, jinými slovy řečeno, znamená, že do úvahy Úřadu ohledně výše ukládané pokuty za konkrétní přestupkové jednání se musí vždy promítnout závažnost spáchaného přestupku, která je určena zejména způsobem jeho spáchání, jeho následky a okolnostmi, za nichž došlo k jeho spáchání. Především s přihlédnutím k těmto kritériím Úřad uvažuje o výši peněžitě pokuty, kterou lze obviněnému v rozmezí určeném podle § 120 odst. 1 zákona uložit. Úřad však vedle toho přihlíží také k ekonomické situaci obviněného, a to rovněž při zohlednění své rozhodovací praxe, přičemž dbá na to, aby uložená pokuta plnila obě funkce právní odpovědnosti, tedy funkci preventivní a represivní. Dále, vzhledem k přijetí zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „**přestupkový zákon**“), Úřad přihlédl rovněž k § 37 a násl. přestupkového zákona, neboť obsahuje širší výslovný katalog skutečností, k nimž je třeba při výměře trestu přihlížet, než úprava obsažená v zákoně.
46. Úřad zdůvodnil výši uložené sankce v bodě 106. až 134. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde nejdříve obecně uvedl, na základě čeho (jakých ustanovení zákona) a za co je obviněnému peněžitá pokuta ukládána. Následně Úřad jasným, dostatečně podrobným a přezkoumatelným způsobem uvedl, co vzal při posuzování výše ukládané sankce v úvahu. S ohledem na jeho závěry mohu konstatovat, že při přezkoumání napadeného rozhodnutí ve výroku II. jsem neshledal důvody pro to, aby bylo požadavkům obviněného (tj. mimo jiné zrušení výroku II. napadeného rozhodnutí) vyhověno.
47. Úřad při ukládání pokuty zohlednil jak způsob spáchání přestupku, kterýžto je svou povahou jedním z velmi závažných přestupků, když ve svém důsledku de facto nezákonně vylučuje princip soutěže, tak následky takového postupu, spočívající ve zvýhodnění dodavatele oproti jiným potenciálním dodavatelům (neboť tento nebyl vystaven konkurenci či lépe řečeno soutěži), a stejně tak okolnosti, za nichž byl přestupek spáchán. Těmito okolnostmi je pak skutečnost, že prostřednictvím smlouvy o autorském dohledu činil zadavatel kroky k tomu, aby se ze stavu exkluzivity vyvázal a dále, že tento stav exkluzivity nevytvořil sám, nýbrž jej založil jeho právní předchůdce. Právě jmenované polehčující okolnosti Úřad v napadeném rozhodnutí zohlednil, a to dle mého názoru dostatečně. Zároveň Úřad přihlédl i k tomu, že obviněný byl již sankcionován za souběžně spáchané přestupky, tudíž ve prospěch obviněného přikročil k uplatnění institutu souhrnného trestu. Stran přitěžujících okolností, tyto Úřad v šetřené věci neshledal. Nedomnívám se proto, že by zde měl být prostor pro

snížení sankce či pro úvahy o upuštění od jejího uložení, potažmo pak pro zrušení výroku II. napadeného rozhodnutí.

48. Mohu tedy uzavřít, že Úřad při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochybnosti o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu. Z napadeného rozhodnutí je přitom zřejmé, že výše pokuty uložená v tomto případě uvedeným požadavkům vyhovuje, jelikož Úřad nejen že zohlednil kritéria, v jejichž světle se posuzuje závažnost přestupku, ale přihlédl také k samotné ekonomické situaci obviněného, v jejímž světle nemůže být pokuta uložena za přestupek spáchaný obviněným, jak tento vymezen výše, likvidační.
49. Po přezkoumání správnosti napadeného rozhodnutí ve výroku II. jsem tedy dospěl k jednoznačnému závěru, že Úřad v napadeném rozhodnutí zcela srozumitelně a správně uvedl, z čeho při stanovení výše pokuty vycházel, přičemž nepřekročil meze správního uvážení, které mu náleží. S ohledem na výši uložené pokuty poukazují zejména na skutečnost, že Úřad mohl za spáchaný správní delikt obviněnému uložit pokutu až do výše 253.737 Kč, když v daném případě uložil pokutu toliko ve výši 90.000 Kč, což je částka pohybující se v dolní polovině možné sazby. Mám tedy za to, že Úřad s ohledem na § 120 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s § 121 odst. 2 zákona a dále § 37 a násl. přestupkového zákona stanovil výši pokuty zcela v souladu s příslušnými právními předpisy. Za takového stavu jsem neshledal důvody pro změnu napadeného rozhodnutí Úřadu ve výroku II., kterým za spáchaný přestupek byla uložena pokuta.
50. Pro úplnost dodávám, že se plně ztotožňuji s úvahami Úřadu ohledně možnosti aplikace příznivější právní úpravy, jak jsou tyto formulovány v bodech 97. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí, neboť mám shodně s Úřadem za to, že v daném případě neexistuje právní úprava, kterou by bylo lze z důvodu její příznivosti pro obviněného aplikovat. Proto byla věc posouzena podle zákona (tj. zákona platného a účinného v době zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, a nikoliv dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, popřípadě ve vztahu k sankci dle přestupkového zákona).
51. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí v jeho výrocih a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro konstatování spáchaní přestupku zadavatelem a pro uložení sankce, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení zadavatele, že napadené rozhodnutí je nesprávné z důvodu nesprávného posouzení věci.

Závěr

52. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu zadavatele.
53. 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 tohoto rozhodnutí uvedeno.

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

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Česká republika – Ministerstvo vnitra, Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7

Vypraveno dne:

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