



UOHSX00ARX4A

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0195/2017/VZ-00308/2018/323/KKř

Brno 4. ledna 2018

V řízení o rozkladu ze dne 27. 10. 2017, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jež podal obviněný –

- **Česká republika – Ministerstvo zahraničních věcí**, IČO 45769851, se sídlem Loretánské náměstí 101/5, 118 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 10. 2017, č. j. ÚOHS-S0321/2017/VZ-29765/2017/541/JCh, 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 zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Podpora a rozvoj konzulárních systémů ePasy a EVC2 MZV v letech 2016 – 2019**“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě písemné výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 11. 2. 2016, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 8. 6. 2016 pod ev. č. 520773, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 112-200227,

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 12. 10. 2017, č. j. ÚOHS-S0321/2017/VZ-29765/2017/541/JCh

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Česká republika – Ministerstvo zahraničních věcí, IČO 45769851, se sídlem Loretánské náměstí 101/5, 118 00 Praha, (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 11. 2. 2016 odesláním písemné výzvy k jednání jednacím řízení bez uveřejnění za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Podpora a rozvoj konzulárních systémů ePasy a EVC2 MZV v letech 2016 – 2019“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 8. 6. 2016 pod ev. č. 520773, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 112-200227 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Předmětem veřejné zakázky, jejíž konečná hodnota byla dohodnuta v částce 37.181.760 Kč, je poskytování systémové podpory, servisu a rozvoje informačního systému ePasy a informačního systému EVC2 pro období let 2016 – 2019.
2. Zadavatel v reakci na svou výzvu obdržel nabídku dodavatele – IBM Česká republika, spol. s r. o., IČO 14890992, se sídlem V Parku 2294/4, 148 00 Praha 4, (dále jen „**vybraný uchazeč**“), kterou následně vybral jako nejvhodnější. Na to konto zadavatel dne 24. 5. 2016 uzavřel s vybraným uchazečem Smlouvu o podpoře konzulárních systémů ePasy MZV a EVC2 MZV (2016-2019) č. j. 114468-6/2015-OAIS (dále jen „**smlouva o podpoře**“), v níž si smluvní strany mimo jiné sjednaly rozsah licence poskytnuté vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele a dále Smlouvu o rozvoji konzulárních systémů ePasy MZV a EVC2 MZV (2016-2019) č. j. 114468-7/2015-OAIS (dále jen „**smlouva o rozvoji**“) s obdobnými licenčními ujednáními.
3. Z jednotlivých dokumentů obsažených v dokumentaci o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel oslovení toliko jediného dodavatele – vybraného uchazeče – odůvodnil ochranou práv z průmyslového a jiného duševního vlastnictví podle zákona č. 121/2000 Sb., autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**autorský zákon**“) svědčící vybranému uchazeči, jenž je vlastníkem zdrojových kódů a který do nich neumožní přístup třetí osobě, protože je nutné, aby poptávané služby z technických důvodů a důvodů ochrany výhradních práv poskytoval vybraný uchazeč, jakožto jediný dodavatel.

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.

4. Smlouva o rozvoji a smlouva o podpoře úzce souvisí s předchozími smluvními závazky ujednanými mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, a to především se smlouvou č. SI-CI6001 ze dne 21. 1. 1997 (dále jen „**původní smlouva**“), jejímž předmětem je komplexní návrh a dodávka informačního systému a mimo jiné též závazek vybraného uchazeče uzavřít v reakci na žádost zadavatele smlouvu na budoucí rozšíření daného informačního systému a dále se smlouvou o dílo č. 111329/2006-ST ze dne 4. 4. 2006 (dále jen „**původní smlouva na ePasy**“), podle níž měl vybraný uchazeč pro zadavatele provést a vytvořit systém na pořizování, přenos a zpracování žádostí o cestovní doklad s biometrickými prvky. Předmětné původní smlouvy byly za dobu svého trvání několikrát dodatkovány a doplněny o smlouvy o dílo či obdobné smlouvy uzavřené převážně za účelem rozvoje obou informačních, resp. konzulárních systémů (tj. EVC2 a ePasy). Z hlediska autorskoprávní ochrany po celou dobu trvajících smluvního závazku mezi zadavatelem a vybraným uchazečem platí, že zadavatel disponuje toliko „uživatelskými právy“, zatímco vybranému uchazeči svědčí právo autorské.
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 jednacímho řízení bez uveřejnění s odkazem na výhradní práva vybraného uchazeče) nedopustil porušení zákona, pročež zahájil správní řízení z moci úřední, a to dnem 10. 8. 2017, kdy bylo zadavateli oznámeno zahájení správního řízení.

II. **Napadené rozhodnutí**

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0321/2017/VZ-29765/2017/541/JCh ze dne 12. 10. 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 zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť obviněný neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč a zároveň důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil sám zadavatel v důsledku předchozího vědomého postupu při uzavírání původních smluv týkajících se předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž takový postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a obviněný uzavřel na plnění předmětu veřejné zakázky smlouvu o rozvoji a smlouvu o podpoře. Za spáchání shora popsánoho přestupku uložil Úřad obviněnému výrokem II. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 500.000 Kč.
7. Úřad se v napadeném rozhodnutí nejdříve vyjádřil k otázce použití jednacímho 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). Zároveň Úřad předdeslal, že je to zadavatel, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem.

8. Při aplikaci těchto obecných závěrů (vyplývajících především z judikatury správních soudů) Úřad nejdříve pristoupil k posouzení existence technických důvodů pro použití jednacního řízení bez uveřejnění, resp. k odpovědi na otázku, zda zadavatel existenci takových důvodů prokázal. Dle názoru Úřadu se tak nestalo, neboť zadavatel přítomnost „technických důvodů“ pro zadání veřejné zakázky toliko tvrdil, ale ve světle všech relevantních okolností dané věci se mu nepodařilo neexistenci jiného relevantního dodavatele prokázat. Na zmíněném závěru dle Úřadu nic nemění ani to, že si zadavatel v roce 2008 chtěl nechat vytvořit alternativu systému EVC2 od tehdy vybraného dodavatele, avšak tento dodavatel nebyl schopen poskytnout zadavateli odpovídající a žádané plnění, ani (mimo jiné) to, že pořízení předmětu veřejné zakázky zákonným způsobem by mohlo patrně vyvolat zvýšení (finančních) nákladů a rizika nefunkčnosti již pořízeného plnění.
9. Následně Úřad v napadeném rozhodnutí posuzoval existenci objektivních důvodů pro použití jednacního řízení bez uveřejnění spočívajících v nutnosti ochrany autorských práv, přičemž dospěl k závěru, že ani tyto důvody nebyly dány, neboť s ohledem na textaci původní smlouvy je zřejmé, že s potřebou rozšíření tehdy poptávaného plnění byl zadavatel srozuměn a nelze tedy hovořit o tom, že by potřeba předmětných služeb vznikla nezávisle na vůli zadavatele a že jeho postup by byl pouze „nešikovný“. I z jiných okolností věci je pak dle Úřadu evidentní, že si zadavatel „autorskoprávní omezení“ způsobil svým předchozím postupem sám. Úřad se dále v napadeném rozhodnutí vypořádal rovněž s jednotlivými argumenty zadavatele předestřenými v jeho vyjádřeních zaslaných Úřadu v rámci předmětného správního řízení.
10. V závěru napadeného rozhodnutí se Úřad 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 27. 10. 2017 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 12. 10. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
12. Zadavatel v úvodu rozkladu předesílá, že nesouhlasí se závěry Úřadu uvedenými v napadeném rozhodnutí, konkrétně tedy že neprokázal technické důvody, pro které mohl veřejnou zakázku realizovat pouze vybraný uchazeč a že zde nebyl důvod svědčící pro ochranu výhradních (autorských) práv.
13. Dále zadavatel upozorňuje na formulaci bodu 76. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v němž se uvádí, že zadavatel by měl být schopen doložit objektivní důvody pro použití jednacního řízení bez uveřejnění již před zahájením zadávacího řízení. Taková úvaha Úřadu však dle zadavatele odporuje judikatuře Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropského soudního dvora), která naopak připouští (a to lze seznat z různých jazykových verzí rozsudků) možnost předložit důkazy ex post. Úřad tedy ve svém důsledku povinnost zadavatele prokázat důvody pro použití jednacního řízení bez uveřejnění (tzv. důkazní břemeno) interpretuje nepřipustně zužujícím způsobem, což atakuje samotné právo Evropské unie.

14. K Úřadem tvrzené neexistenci technických důvodů pro zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel uvádí, že tyto důvody naopak existovaly, přičemž spočívaly především v potřebě zajištění systémové kompatibility, eliminace provozních rizik, vysoké specifčnosti a kustomizace požadovaného plnění a vysoké odbornosti pracovníků dodavatele, to vše při nutnosti zajistit kybernetickou bezpečnost. Co se týče konkrétních zadavatelem prokazovaných technických důvodů, tyto Úřad odmítl, přestože byly dle zadavatele řádně doloženy a sám Úřad je v napadeném rozhodnutí akcentuje. V tomto kontextu zadavatel odkazuje na závěry Úřadu formulované v bodě 78. a 79. odůvodnění napadeného rozhodnutí a dodává, že Úřad neměl „hledat“ technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění v zadávací dokumentaci, kde pro ně z povahy věci není místo, nýbrž tyto měl posuzovat ve stanoviscích zadavatele poskytnutých Úřadu v rámci správního řízení, kde byly fakticky obsaženy. Nadto jsou technické důvody obsaženy i v jiných poskytnutých dokumentech, byť explicitně nejsou jako technické důvody označeny (tj. např. Zpráva pro poradu kolegia ministra, Informace pro vládu atd.) Zřejmě proto se Úřad s těmito dokumenty řádně neseznámil, přestože tak měl učinit.
15. Zadavatel brojí i proti úvaze Úřadu, že ze skutečnosti, že zadavatel poptával odkup zdrojových kódů, jasně plyne, že existuje možnost realizovat veřejnou zakázku v otevřeném výběrovém řízení. K této myšlenkové konstrukci zadavatel uvádí, že nemá oporu ve skutkovém stavu. Odkup zdrojových kódů zadavatel označuje za svůj běžný postup v obdobných případech bez souvislosti s případnou (ne)existencí technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění (tím spíše, pokud se taková okolnost dotýká spíše autorskoprávní ochrany).
16. Oporu ve skutkovém stavu nemá ani úvaha Úřadu, podle níž lze dovodit neexistenci technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění z toho, že obviněný provedl ekonomickou kalkulaci varianty založené na odkoupení zdrojových kódů (viz bod 85. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Podle zadavatele však ekonomická kalkulace „neměla ambice posuzovat technické důvody pro zadání veřejné zakázky v JŘBU či schopnost jiného hospodářského subjektu realizovat kalkulovaný předmět plnění“, nýbrž jejím účelem bylo pro potřeby zadavatele posoudit ekonomickou výhodnost. V tomto kontextu zadavatel připomíná, že byť by při odkoupení zdrojových kódů mohl návazné plnění poptávat v otevřeném druhu zadávacího řízení, neznamená to a priori, že taková zakázka by byla skutečně úspěšně realizována, což následně zadavatel demonstruje na svém „pokusu“ z roku 2008 zadat předmět plnění jinému subjektu, který jej však fakticky nebyl schopen realizovat (to pak mimo jiné dle zadavatele potvrzuje existenci technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči).
17. V rozkladu zadavatel napadá též další závěr Úřadu vztahující se k ekonomické kalkulaci, přičemž zejména odmítá, že hodnoty užití pro samotný výpočet jsou neaktuální. Dle zadavatele jsou v kalkulaci uvedené hodnoty (hodinové sazby) odpovídající sazbám platným v době před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Ve světle uvedeného je pak dle zadavatele nesprávné konstatování Úřadu, že by postup zadavatele byl nevhodný, když předmětná ekonomická kalkulace ukazuje pravý opak (tj. propočítává ekonomickou nevýhodnost alternativních postupů v horizontu až 40, resp. 80 let).
18. Dále zadavatel poukazuje na bod 88. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad uvedl, že zadavatel ve vyjádření ze dne 21. 8. 2017 a ze dne 6. 9. 2017 nesdělil, ze kterých smluv

a jejich částí lze seznat jednotlivé technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel s tímto tvrzením nesouhlasí, přičemž pro podporu svého přesvědčení uvádí v rozkladu citace z jednotlivých jmenovaných vyjádření, ze kterých lze dle jeho názoru vyčíst Úřadem „postrádané“ informace. K tomu zadavatel doplňuje, že Úřad taková sdělení, potažmo celé dokumenty neposuzuje objektivně, tím méně v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů.

19. Zadavatel nesouhlasí ani s tím, že by jím uváděné technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění byly toliko obecnou proklamací, neboť předmětné důvody jsou vztaženy přímo k systémům EVC2 a ePasy, které jsou informačními systémy veřejné správy ve smyslu zákona č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů a nadto jsou významnými informačními systémy podle vyhlášky č. 317/2014 Sb., o významných informačních systémech a jejich určujících kritériích, v platném znění. Výjimečnost těchto systémů pak podle názoru zadavatele umocňuje fakt, že mezi významnými informačními systémy jsou to pouze systémy EVC2 a ePasy, které jsou provozovány celosvětově. Uvedené pak činí systémy EVC2 a ePasy nanejvýš specifickými a v rámci České republiky naprosto unikátními.
20. Napadené rozhodnutí podle zadavatele nevyhovuje ani rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 14. 9. 2004 ve věci Komise Evropských společenství proti Italské republice, sp. zn. C-385/02, ve kterém bylo v bodu 21 uvedeno, že cíl zajištění návaznosti prací týkajících se složitých projektů je technickým důvodem ve smyslu čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. Podle zadavatele přitom cíl spočívající v zajištění návaznosti prací týkajících se složitých projektů sledovala i předmětná veřejná zakázka, a to ve vztahu k velmi specifickým a komplexním informačním systémům EVC2 a ePasy.
21. S ohledem na vše uvedené zadavatel tuto část rozkladu uzavírá konstatováním, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů a že argumentace Úřadu je nesprávná. Zároveň se zadavatel domnívá, že Úřad rezignoval na zjištění skutkového stavu věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti ve smyslu § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“).
22. K důvodu ochrany výhradních práv zadavatel uvádí následující. Své závěry Úřad dle zadavatele postavil na podmínce spočívající v potřebě plnění, kterou zadavatel nemohl předem předvídat (a kdy tedy je možné zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění), nicméně tato podmínka nevyhází ze zákona, nýbrž z judikatury, jenž se však v tomto ohledu začala vyvíjet až v roce 2015, tedy dávno po té, co zadavatel uzavřel původní smlouvu, potažmo původní smlouvu na ePasy. Úřad tak aplikuje rozsudky správních soudů, které v době, kdy byl de facto založen stav exkluzivity, neexistovaly, pročez je nyní není možné využít, jinak by se jednalo o nepřípustnou retroaktivitu (zde je totiž podle zadavatele nutno vzít v úvahu, že původní smlouva byla uzavřena v roce 1997, tj. před tím, než Česká republika přistoupila k Evropské unii a dalším mezinárodním dohodám a tudíž nebylo možné objektivně předvídat vývoj vizových povinností). K tomu zadavatel doplňuje, že vybranému uchazeči svědčí autorská práva ke zdrojovým kódům obou informačních systémů, což ověřoval před samotným zadáním veřejné zakázky.

23. Na tomto místě zadavatel připomíná, že požadavek Úřadu ohledně splnění judikované podmínky o potřebě plnění, které zadavatel nemohl při zadávání původní veřejné zakázky předvídat, pro prokázání důvodu oprávněnosti aplikace jednacího řízení bez uveřejnění spočívajícího v nutnosti ochrany výhradních práv, nemá oporu v judikatuře Soudního dvora Evropské unie (k tomu viz výše), dále takový požadavek značí nepřípustnou retroaktivitu aplikační praxe a jako takový je neslučitelný s právem Evropské unie.
24. Zadavatel argumentuje i tím, že mu snaha rozvíjet systémy prostřednictvím návazných smluv, nemůže být přičítána k tíži, neboť se jednalo o jednostranný závazek vybraného uchazeče poskytnout v případě potřeby na straně zadavatele navazující plnění. Zadavatel pak byl nucen – jakožto dobrý hospodář – chránit dílo (tedy informační systémy EVC2 a ePasy) i do budoucna. K tomu se zadavatel v rozkladu rozepisuje o „historii“ vývoje souvisejících veřejných zakázek.
25. V další části rozkladu se zadavatel opakuje v argumentaci související s opomenutím Úřadu určitých zadavatelem poskytnutých dokumentů a s dobou, kdy je nutné v souladu s právem Evropské unie prokázat předpoklady pro oprávněné užití jednacího řízení bez uveřejnění. Dále pak zadavatel uvádí, že pokud mu Úřad vytýká, že mohl předložit znalecké posudky „prokazující“ odpovídající důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, pak tyto z objektivních časových důvodů předložit nemohl, neboť mu k tomu Úřad stanovil neadekvátní lhůtu. Nadto Úřad zadavatele nevyzval k samotnému předložení důkazů, nýbrž k navržení důkazů, přičemž zadavatel Úřadu navrhl zpracování znaleckých posudků, k čemuž však Úřad dle obsahu správního spisu (potažmo napadeného rozhodnutí) nepřistoupil (a to ještě bez náležitého odůvodnění).
26. Jako nepravdivé označuje zadavatel tvrzení Úřadu, že by neoznačil důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění v jím předaných podkladech, které však Úřad neodůvodněně nezahrnul mezi podklady pro vydání napadeného rozhodnutí, přestože se na ně zadavatel v průběhu správního řízení opakovaně odvolával. Nadto zadavatel dodává, že i pokud by některé dokumenty a písemnosti, které poskytl Úřadu, tento nezahrnul mezi podklady rozhodnutí, měly být veškeré navržené důkazy obsaženy ve spisu. To se však dle zadavatele v daném případě nestalo, čímž Úřad nedostal příslušným ustanovením správního řádu. K tomu zadavatel označuje jednotlivé dokumenty, jejichž (ne)relevantnost Úřad v konkrétních bodech napadeného rozhodnutí posuzoval, přestože tyto nebyly součástí spisu. Popsané pochybení Úřadu se pak podle názoru zadavatele projevilo v nepochopení předmětu veřejné zakázky, jeho rozsahu, komplexnosti a též ve vstupních parametrech veřejné zakázky – k čemuž zadavatel v rozkladu příkladmo uvádí jednotlivé závěry Úřadu, které údajně nezohledňují skutečný stav celé věci.
27. V rozkladu zadavatel rovněž tvrdí, že v souvislosti s nahlížením do spisu (dne 29. 9. 2017) zjistil, že správní spis byl v předmětném řízení „zkompletován“ den před avizovaným nahlížením, což dokazuje materiál „obsah spisu“. Zadavatel je proto přesvědčen, že Úřad spis nevedl řádně. Nadto i po explicitní žádosti zadavatele o zařazení konkrétních dokumentů do spisu tak Úřad neučinil, přestože se mimo jiné jednalo o materiály, které si Úřad sám vyžádal (uvedené pak zadavatel opět demonstruje na konkrétních citacích z korespondence Úřadu). V této souvislosti zadavatel upozorňuje i na to, že nelze akceptovat odmítnutí důkazů, které nebyly podkladem rozhodnutí, s pouhým konstatováním o jejich

irelevantnosti, aniž by takový závěr byl řádně odůvodněn, neboť to značí nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí pro nedostatek odůvodnění.

28. Vzhledem k tomu, že je zadavatel přesvědčen o tom, že se přestupku nedopustil, brojí i proti výroku II. napadeného rozhodnutí, jímž mu byla za údajné přestupkové jednání uložena sankce ve výši 500.000 Kč. Bližší námitky však zadavatel v rozkladu nevznáší, neboť to považuje za bezpředmětné.

Závěr rozkladu

29. S ohledem na skutečnosti uváděné v rozkladu a na přesvědčení zadavatele, že se přestupku svým jednáním nedopustil, zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a řízení ve věci zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

30. Úřad po doručení rozkladu zadavatele neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

31. 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.
32. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroci, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
33. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

Obecně k užití jednacího řízení bez uveřejnění

34. 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.

35. 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 jednacím 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 jednacím 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“.*
36. 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 jednacím řízení bez uveřejnění pak shodně s Úřadem odkazuji 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 (konkrétně na jeho články č. 19 a č. 20 jmenovaného rozsudku).
37. 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 zadavatele, 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 jednacím 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)“*.

38. 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 jednacím řízení bez uveřejnění skutečně jen na případy, kdy nelze při zajištění plnění objektivně postupovat jiným způsobem, to jest způsobem, jenž by tolik nenarušoval soutěžní prostředí. Předestřený přístup je zcela eurokonformní a vycházející z ustálené judikatury správních soudů, potažmo pak z rozhodovací praxe Úřadu. I přes uvedené je však nutno říci, že každý případ užití jednacím 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.
39. V tomto kontextu zároveň zdůrazňuji, že předmětem přezkumu je zadávací řízení na veřejnou zakázku, v jejímž rámci bylo poptáváno poskytování systémové podpory, servisu a rozvoje informačního systému ePasy a informačního systému EVC2 pro období let 2016 až 2019 a která byla završena uzavřením smlouvy o podpoře a smlouvy o rozvoji, nikoliv dříve předcházející proces uzavírání původních smluv o EVC2 a ePasy. Zde je nutno zároveň zmínit, že z pohledu konstatování o spáchání přestupku ze strany obviněného je lhostejno, zda byl vybraný uchazeč 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 zadávacím řízení daný stav (tj. potřebu určitým způsobem zajistit služby dotýkající se EVC2 a ePasy), 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 11. 2. 2016 – pak Úřad objektivně musel konstatovat, že se obviněný dopustil spáchání přestupku, jak je tento blíže specifikám ve výroku I. napadeného rozhodnutí.

40. V případě, který je nyní předmětem mého posouzení, Úřad jednak konstatoval, že ačkoliv se zadavatel odkazuje na technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, žádné konkrétní relevantní technické důvody v žádném dokumentu fakticky neuvádí, nedokládá, potažmo neprokazuje, což svědčí tomu, že zadavatel neunesl důkazní břemeno a jednak dovodil, že z materiální stránky nebyla podmínka pro použití jednacích řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu ochrany výhradních práv splněna, tudíž se jí zadavatel nemůže účinně dovolávat. Jinými slovy řečeno, Úřad v šetřeném případě neshledal ani důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění technického rázu, ani důvody svědčící ve prospěch autorskopravní ochrany, neboť to byl zadavatel sám, kdo vytvořil nežádoucí stav exkluzivity vůči vybranému uchazeči. V daném případě je tedy dle Úřadu stěžejním nedostatkem pro oprávněné použití jednacích řízení bez uveřejnění onen stav exkluzivity, který vznikl v důsledku zaviněného postupu zadavatele a dále neunesení důkazního břemene tížícího zadavatele ohledně otázky existence technických důvodů pro zadavatelem zvolený postup.

K technickým důvodům pro užití jednacích řízení bez uveřejnění

41. Vrátil-li se k jednotlivým námitkám zadavatele, konkrétně k odmítavému postoji vůči závěru Úřadu, podle něž by měl být zadavatel schopen doložit objektivní důvody pro použití jednacích řízení bez uveřejnění již před zahájením zadávacího řízení, mohu uvést následující. Dle mého názoru je takový požadavek zcela logický a správný, neboť kdy jindy, než před samotným zahájením zadávacího řízení, za které vždy nese zadavatel odpovědnost, je nutno mít postaveno najisto, zda jsou splněny předpoklady stanovené zákonem pro tam upravený postup. To znamená, že zadavatel skutečně musí mít objektivní a v případě potřeby prokazatelné důvody – v tomto případě ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona – již před tím, než zadávací řízení vůbec zahájí. Nejinak se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015 – 80, kde k volbě jednacích řízení bez uveřejnění konstatoval, že „[j]estliže žalobce upřednostnil tuto formu veřejné zakázky, bylo jeho povinností prokázat, že jasnou a odůvodněnou vědomost o existenci důvodů pro JŘBU měl ještě před zadáním veřejné zakázky v JŘBU“. Obdobné závěry vyplývají i z Úřadem jmenované judikatury Soudního dvora Evropské unie, přičemž není pravda, že by s ní byly (naopak) v rozporu. Zadavatelem předkládaná úvaha, zdá se, směšuje dvě rozdílné situace, a to jednak stav, kdy zadavatel před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku musí pečlivě uvážit existenci objektivních důvodů pro postup podle ustanovení § 23 zákona a tuto doložit pro potřeby zadávacího řízení (tj. situace, o níž v bodě 76. odůvodnění napadeného rozhodnutí hovoří Úřad – zadavatel „by měl být schopen objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení doložit již před zahájením zadávacího řízení“) a jednak stav, kdy zadavatel předkládá

důkazy před soudním orgánem, potažmo správním orgánem, které zpětně prokazují existenci důvodů pro aplikaci jednacím řízení bez uveřejnění. Zjednodušeně řečeno, samotné důvody pro užití jednacím řízení bez uveřejnění musí být vymezeny a odůvodněny již před zahájením zadávacím řízení (aby mohlo být vůbec zahájeno), avšak k jejich prokázání v rámci dohledové činnosti příslušného orgánu mohou sloužit i důkazy předložené až následně. Ostatně, Úřadu není třeba prokazovat důvody pro použití jednacím řízení bez uveřejnění před zahájením samotného zadávacím řízení, nýbrž až v případě vedeného správního řízení – to jest ex post. S ohledem na uvedené mohu tuto námitku zadavatele odmítnout.

42. Zadavatel dle textu rozkladu považuje za technické důvody především potřebu zajištění systémové kompatibility, eliminace provozních rizik, vysoké specifičnosti a kustomizace požadovaného plnění a vysoké odbornosti pracovníků dodavatele, to vše při nutnosti zajistit kybernetickou bezpečnost (shodně viz vyjádření zadavatele ze dne 21. 8. 2017). Avšak tyto (popřípadě další) „důvody“ zadavatel pouze uvádí, nicméně nijak konkrétní v tomto ohledu není, to znamená, že předmětné důvody nijak blíže neodůvodňuje a ani je adekvátně neproказuje prostřednictvím relevantních důkazních prostředků (např. znalecký posudek či nezávislá analýza). A to i přesto, že „[p]okud k situaci výlučnosti došlo z technických důvodů, měly by být tyto důvody v každém jednotlivém případě pečlivě vymezeny a odůvodněny“, jak ve svém rozsudku č. j. 1 As 256/2015-95 ze dne 12. 5. 2016 uvedl Nejvyšší správní soud. Na tomto místě podotýkám, 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 správního 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 neproказoval, čímž nenaplnil procesní povinnost poskytnout Úřadu odpovídající důkazy a jiné dokumenty, které by osvědčily, že jím tvrzené technické důvody jsou skutečně dány a jako takové znemožňují zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacím řízení. Podotýkám, že fakt, že je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno, již byl dostatečně osvědčen v napadeném rozhodnutí a je opakovaně judikován správními soudy (srov. například rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 48/2012 ze dne 3. 10. 2013), tudíž není nutné se jím na tomto místě blíže zabývat.
43. Skutečnost, že zadavatel prostřednictvím relevantních důkazních prostředků neproказal faktickou existenci technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, je přitom gros celé problematiky, resp. důvodem, proč Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí. Zadavatel totiž ve všech předložených dokumentech a svých vyjádření pouze tvrdil, že existuje ten který důvod svědčící ve prospěch zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění (břemeno tvrzení), avšak na podporu svých tvrzení nedoložil žádný důkazní prostředek, kterým by se alespoň pokusil prokázat, že předmětné technické důvody fakticky existují (tj. břemeno důkazní). Není tedy pravdou, že by zadavatel technické důvody řádně doložil, jak tvrdí ve svém rozkladu, neboť z dokumentace o veřejné zakázce, potažmo ze spisu nelze seznat jakýkoliv materiál dokládající zadavatelovo tvrzení. Dodávám, že pokud Úřad v napadeném rozhodnutí

odkazoval na jednotlivé dokumenty, pak tím logicky myslel zadavatelem tvrzené důvody, nikoliv důvody, jež by měl za prokázané.

44. S uvedeným souvisí i námitka zadavatele, že Úřad neměl „hledat“ technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění v zadávací dokumentaci, kde pro ně z povahy věci není místo, nýbrž tyto měl posuzovat ve stanoviscích zadavatele poskytnutých Úřadu v rámci správního řízení, kde byly fakticky obsaženy. Zde je třeba říci, že Úřad skutečně chybně označil materiál, v němž by popřípadě mohly být obsaženy technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Úřad měl jistě na mysli spíše dokumentaci o veřejné zakázce, nikoliv zadávací dokumentaci. Avšak takové pochybení nemá vliv na správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí, neboť stěžejní v dané věci je to, že v žádném z dokumentů (ať už tvořících dokumentaci nebo v jednotlivých vyjádřeních zadavatele poskytnutých v průběhu správního řízení) nebyl obsažen jakýkoliv důkaz, který by prokazoval přítomnost technických důvodů.
45. Nemohu se ztotožnit ani s tím, že by Úřad „přehlédl“ další (stále jen tvrzené) důvody uváděné zadavatelem v poskytnutých dokumentech (např. Informace pro vládu, Zpráva pro poradu kolegia ministerstva atd.), které by byly technickými důvody, avšak za ně nebyly výslovně označeny. Podle již citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015-95 je zadavatel povinen technické důvody řádně vymezit a odůvodnit, čemuž odpovídá předpoklad, že Úřad je nemusí vyhledávat takříkajíc „mezi řádky“. Vzhledem k tomu, že na zadavateli leží břemeno důkazní, není to Úřad, kdo by měl vyhledávat náznaky přítomnosti technických důvodů v nejrůznějších dokumentech. Naopak tyto důvody musí být explicitně tvrzeny zadavatelem a zároveň prokázány prostřednictvím relevantních důkazních prostředků. Proto pokud Úřad některé dokumenty v napadeném rozhodnutí nezmínil, nelze z toho a priori usuzovat, že se s nimi neseznámil. Uvedené značí pouze to, že Úřad v takových materiálech neseznal jakékoliv důvody technického rázu, které by odůvodňovaly zadavatelův postup.
46. Zadavatel brojí i proti úvaze Úřadu, že ze skutečnosti, že zadavatel poptával odkup zdrojových kódů, dle Úřadu plyne, že existuje možnost realizovat veřejnou zakázku v otevřeném výběrovém řízení. K tomu uvádím, že tato úvaha je zcela logická, protože se s ní ztotožňuji. Nutno však dodat, že jde o čistě hypotetický závěr Úřadu, který – i s ohledem na to – není nosnou myšlenkou napadeného rozhodnutí, nýbrž je tato úvaha Úřadu formulovaná nad rámec ostatních závěrů Úřadu, což je patrné i z textu napadeného rozhodnutí (viz bod 81. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
47. V tomto kontextu dodávám, že Úřad nedovozuje neexistenci technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění z ekonomické kalkulace, jak se v rozkladu snaží podsunout zadavatel. Možnost realizovat předmět veřejné zakázky v otevřenějším druhu zadávacího řízení po možném odkoupení zdrojových kódů připouští sám zadavatel, a to nejen ve vyjádření ze dne 19. 6. 2017, ale i v podaném rozkladu. Je to přitom právě tato informace předaná samotným zadavatelem, z níž Úřad vyvozuje své závěry, nikoliv předložená ekonomická kalkulace, v jejíž souvislosti se Úřad v tomto duchu vyjadřoval. Ekonomická kalkulace, jakožto interní dokument zadavatele vypracovaný pro jeho vlastní potřeby, tak z povahy věci ani nemusela mít ambice hodnotit technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, jak uvádí zadavatel. Uvedené mu přitom

na žádném místě napadeného rozhodnutí není vyčítáno, ani jinak kladeno k tíži, tudíž zadavatelovo vyjádření k této věci postrádá jakékoliv opodstatnění.

48. V rozkladu zadavatel dále připomíná, že byť by při odkoupení zdrojových kódů mohl návazné plnění popotávat v otevřeném druhu zadávacího řízení, neznamená to a priori, že taková zakázka by byla skutečně úspěšně realizována. S právě uvedeným se dá sice souhlasit, nicméně v této rovině lze zároveň se stejnou vahou relevantnosti říci i to, že bez dalšího není možné tvrdit, že by veřejná zakázka zadávaná zadavatelem po odkupu zdrojových kódů v některém z otevřených druhů zadávacího řízení, nebyla úspěšně realizována. Ať tak či onak, obě varianty jsou formulovány jako potenciální možnosti, které mohou nastat v případě zadávání veřejné zakázky v otevřenějším zadávacím řízení. S ohledem na onu hypotetičnost je přitom zřejmé, že takový výsledek není možné předvídat a už vůbec ne jej v negativním smyslu dovozovat z 9 let staré události. Zadavatelův „pesimismus“ vůči úspěšnosti otevřenějšího zadávacího řízení na veřejnou zakázku pak zároveň nemůže být oprávněným důvodem pro to, aby takový postup zadavatel předem vyloučil. Nadto se domnívám, že technický pokrok na poli IT systémů je skutečně tak výrazný, že není objektivního důvodu, pro který by se dalo předjímat, že veřejnou zakázku nebude moci realizovat nikdo jiný, než vybraný uchazeč. Proto i tuto námitku zadavatele jako nedůvodnou odmítám.
49. Nedomnívám se, že by Úřad předmětnou ekonomickou kalkulaci zpracovanou pro potřeby zadavatele zpochybňoval. Uvedl pouze, že ji nepovažuje za natolik objektivní, aby mohla (být jen částečně) odůvodnit použití jednacího řízení bez uveřejnění. Takový závěr přitom odpovídá judikatuře správních soudů, které jakékoliv subjektivní analýzy považují za irelevantní ve vztahu k posouzení oprávněnosti užití jednacího řízení bez uveřejnění. Konstatované plyne například z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 35/2015 – 80 ze dne 28. 6. 2017, kde je uvedeno, že „[ž]alobce sice předložil listiny, které s provozováním IS VERA souvisely, nicméně jakákoliv objektivní, na žalobci nezávisle zpracovaná autorskoprávní analýza předložena nebyla. Žalobce proto nesplnil požadavky, které na možnost využití JŘBU v těchto situacích klade dokonce jím odkazovaný rozsudek pátého senátu Nejvyššího správního soudu. Tedy nesplnil požadavek důkladně a objektivně osvědčit, že jsou dány důvody aplikace jednacího řízení bez uveřejnění. Z předložených důkazů nijak nevyplývá, že by již před rozhodnutím, zda lze využít jednací řízení bez uveřejnění, důkladně právně posoudil předchozí zakázku, na kterou se má navazovat, z hlediska autorského práva, povahy licence a technického hlediska. Z toho důvodu neprokázal, že by objektivní důvody pro aplikaci ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ skutečně existovaly a podmínky pro aplikaci citovaného ustanovení zákona byly naplněny fakticky“. Z tohoto pohledu je tedy nedůležité, zda v ekonomické kalkulaci zadavatel pracoval s aktuálními hodnotami, neboť ekonomická kalkulace jako celek není nezávislou analýzou daného stavu, a tedy nemůže být (z hlediska obsahu) Úřadem zohledněna způsobem, jak navrhuje zadavatel.
50. Dále zadavatel poukazuje na bod 88. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad uvedl, že zadavatel v tam jmenovaných vyjádřeních nesdělil, ze kterých smluv a jejich částí lze seznat jednotlivé technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. K tomu zadavatel cituje z jednotlivých vyjádření, ze kterých lze dle jeho názoru vyčíst Úřadem „postrádané“ informace. Na rozdíl od zadavatele se však domnívám, že z citovaného textu, stejně jako z plného textu vyjádření ze dne 21. 8. 2017 a ze dne

6. 9. 2017, skutečně není možné seznat, která ustanovení smlouvy reflektují technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Jak již bylo uvedeno výše, Úřad není povinen pátrat v jednotlivých dokumentech po důvodech, které by snad odůvodňovaly zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění a které tedy má řádně označit a odůvodnit, potažmo pak prokázat, sám zadavatel. Takováto povinnost – tvrdit a prokázat – stíhá zadavatele, jenž je nositelem důkazního břemene a pouze na něm záleží, zda toto unese či nikoliv. Ačkoliv mi nepřísluší zadavateli „radit“, jak měl případně se jmenovanou povinností naložit, přesto (avšak pouze okrajově) podotýkám, že by se jako vhodný důkazní prostředek jevil například znalecký posudek, popřípadě jiný podklad zpracovaný nezávislou osobou, který by osvědčil, zda byly dány (technické) důvody pro užití jednacím řízení bez uveřejnění. Podstatné však je, že takový důkaz (znalecký posudek, audit apod.) měl být vyhotoven v době, kdy zadavatel zvažoval zadání veřejné zakázky. V té době totiž volil druh zadávacího řízení a již v té době měl mít postaveno najisto, že postupuje v souladu se zákonem (k tomu viz výše).

51. Na tomto místě podotýkám, že nijak nezpochybňuji význam či „výjimečnost“ informačních systémů ePasy a EVC2, avšak skutečnost, že je určitý právní předpis řadí mezi významné informační systémy, nemůže nijak zhojit fakt, že při obstarávání jejich udržování, rozšiřování, úpravě a podobně – financované z veřejných zdrojů – zadavatel musí dodržovat zákon, jenž upravuje jeho postup při zadávání veřejných zakázek. Zákon ostatně neobsahuje žádný katalog informačních systémů, které by při jejich poptávání byly pro svůj význam vyňaty z působnosti zákona, tudíž lze předpokládat, že zákonodárce žádné výjimky či úlevy nezamýšlel a proto je možné dovodit, že zadavatel musí (nejsou-li splněny podmínky § 23 odst. 4 písm. a) zákona) poptávat obdobný předmět plnění v rámci otevřenějších druhů zadávacích řízení.
52. Napadené rozhodnutí podle zadavatele nevyhovuje ani rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 14. 9. 2004 ve věci Komise Evropských společenství proti Italské republice, sp. zn. C-385/02, ve kterém bylo v bodu 21 uvedeno, že cíl zajištění návaznosti prací týkajících se složitých projektů je de facto technickým důvodem, který by mohl vést k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Uvedený výklad předmětného rozsudku nijak nezpochybňuji, nicméně musím uvést, že zadavatel žádným způsobem neprokázal, že by předmět plnění dotýkající se informačních systémů EVC2 a ePasy byl „složitým projektem“. Opět je tedy nutné říci, že zadavatel neunesl důkazní břemeno, tedy důkazně nepodložil své prosté konstatování. Nadto doplňuji, že skutečnost, že informační systémy EVC2 a ePasy jsou (dle tvrzení zadavatele) specifické a komplexní, složité a právními předpisy řazené mezi významné, systémy, sama o sobě není technickým důvodem pro zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž pokud je zadavatel o důležitosti těchto informačních systémů přesvědčen, musí o tom prostřednictvím důkazních prostředků přesvědčit i orgán dohledu, tedy Úřad. To se však v právě posuzované věci nestalo.
53. K tomuto okruhu rozkladových námitek uzavírám, že jakkoliv obviněný obsáhle zdůvodňuje, proč přistoupil k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tak jím uváděné věcné důvody nesměřují proti základnímu klíčovému závěru Úřadu, že zadavatel neunesl důkazní břemeno ohledně splnění podmínek § 23 odst. 4 písm. a) zákona, konkrétně že neprokázal existenci technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Věcná argumentace k důvodům zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím

řízení bez uveřejnění sice osvětluje pohnutky zadavatele při zadání veřejné zakázky, ale nijak nezpochybňuje závěry Úřadu o neunesení důkazního břemene a nemůže tak dle mého názoru nic změnit na podstatě napadeného rozhodnutí.

54. Ve světle řečeného se jeví tvrzení zadavatele o rezignaci na zjištění skutkového stavu ze strany Úřadu jako zcela liché. Úřad naopak zjistil všechny rozhodné skutečnosti, tyto správně posoudil, na základě čehož vydal napadené rozhodnutí, které odpovídá nejen příslušným zákonným ustanovením, ale i konstantní judikatuře správních soudů. V šetřené věci jsem ani neshledal, že by Úřad jakkoliv porušil § 3 správního řádu, neboť ve správním spisu nechybí žádné podklady, které by bylo lze označit za klíčové pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele. Budu-li konkrétní, zadavatel vždy pouze uvádí určité okolnosti, které považuje za technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, popřípadě odkazuje na smlouvy a podání, v nich by měly být takové důvody obsaženy. Ohledně těchto tvrzení je možné ale zopakovat, že tyto nejsou podpořeny relevantními (tj. zejména nezávislými či nestrannými) doklady, na jejichž základě by mohl Úřad věc posoudit jiným způsobem. K tomu odkazuji na citaci z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015 – 80, kde se uvádí, že *„(...) prosté předložení smluv, vč. jejich dodatků je stejně nedostačující, jako předložení listiny ve formě dokladu (např. ochranná známka, užitný vzor, patent, licence), neboť takový postup postrádá požadované posouzení předchozích zakázek. Pokud žalobce posoudil jím uzavřené smlouvy sám a na základě vlastního posouzení dospěl k závěru o možnosti uzavřít navazující zakázku v JŘBU, tak se nemůže jednat o objektivní posouzení stavu, neboť to nutně předpokládá součinnost třetí osoby, která není součástí původní zakázky a nemá proto žádný zájem na určitém konkrétním výsledku a ani není u ní důvod zpochybňovat nestrannost analýzy“*. Zadavatel tedy měl k prokázání svých tvrzení předložit (pokud jimi disponoval) takové důkazní prostředky, které by vyhověly kritériu objektivnosti. Pouze k takovým důkazním prostředkům pak může Úřad při svém hodnocení přihlídnout a ve světle všech jedinečných okolností věci je uvážit. Obviněný však v právě posuzovaném případě žádné takové podklady neposkytl, tudíž Úřad vycházel toliko ze zjištění učiněných ze smluv, vyjádření a dalších materiálů, jež však dle správního uvážení Úřadu nepoživaly dostatečné váhy ve smyslu výše citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně.

K důvodu ochrany výhradních práv

55. Podle zadavatele Úřad postavil své závěry na podmínce spočívající v potřebě plnění, kterou zadavatel nemohl předem předvídat, ačkoliv tato podmínka nevychází ze zákona, nýbrž z judikatury, jež se však v tomto ohledu začala vyvíjet až v roce 2015, tedy dávno poté, co zadavatel uzavřel původní smlouvu, potažmo původní smlouvu na ePasy, čímž Úřad založil nepřípustný retroaktivní vliv rozhodovací praxe správních soudů. Zde je třeba navázat na již řečené v bodě 39. odůvodnění tohoto rozhodnutí, tedy že obviněnému není vytýkáno jeho jednání související s uzavřením původní smlouvy o rozvoji a původní smlouvy o podpoře, ani navazující sled uzavírání nejrůznějších dodatků, nýbrž jednání, které souvisí právě s touto konkrétní veřejnou zakázkou, jejímž účelem bylo zajištění poskytování systémové podpory, servisu a rozvoje informačního systému ePasy a informačního systému EVC2 pro období let 2016 – 2019. Předmětná veřejná zakázka přitom probíhala v roce 2016, a právě v tomto roce měl zadavatel uvážit své možnosti, jak zajistit jím žádané plnění a zohlednit při tom – jak sám

uvádí – již utvářenou judikaturu, která nepopíratelně je v tomto ohledu restriktivnější než byla v roce 1997.

56. Nadto mohu dále uvést, že byť v napadeném rozhodnutí, stejně jako v tomto rozhodnutí, jsou citovány rozsudky správních soudů, z nichž některé byly vydány až po zahájení jednacího řízení bez uveřejnění na veřejnou zakázku ze začátku roku 2016, pročež zadavatel neměl možnost se s ní dříve seznámit, je přesto zřejmé, že dané pasáže rozsudků rozvíjí myšlenky již dříve v soudní judikatuře uvedené. Zároveň na tomto místě odkazuji i na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2016, č. j. 9 As 54/2016 – 45, jež uvádí, že „[j]udikatura vykládá pojmy a podává výklady právních předpisů, které platí po dobu platnosti a účinnosti dané právní úpravy. Právní názory vymezené správními soudy nemohou správní orgány pojímat tak, že z nich budou vycházet až v rámci řízení zahájených po datu vydání toho kterého rozsudku.“ Úřad (potažmo i já) tedy nemůže opomíjet názor vyslovený v soudní judikatuře, přestože některé rozsudky byly vydané až po zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, avšak nepřinášejí překvapivé závěry, jež by nebyly známy již z ustálené soudní rozhodovací praxe. Vzhledem k právě uvedenému jsou tedy rozsudky citované v odůvodnění tohoto rozhodnutí a v napadeném rozhodnutí zcela příléhavé i k šetřenému případu. Uvedené pak značí, že i tato námitka zadavatele je nedůvodná.
57. Zadavatel v rozkladu informuje, že vybranému uchazeči svědčí autorská práva ke zdrojovým kódům obou informačních systémů, což ověřoval před samotným zadáním veřejné zakázky. Uvedené však je ve vztahu k šetřenému případu zcela irrelevantní, neboť Úřad nerozporuje existenci autorských práv k informačním systémům EVC2 a ePasy, nýbrž obviněnému vytýká, že při zadávání veřejné zakázky navázal na stav exkluzivity vytvořený uzavřením původní smlouvy a původní smlouvy na ePasy, byť mohl v dané věci objektivně postupovat i jinak. V této souvislosti podotýkám, že nijak nesnižují význam či potřebu řádného fungování informačních systémů EVC2 a ePasy, ani nepopírám vznik nových povinností vůči předmětným informačním programům, jež vznikaly v průběhu doby jejich užívání (tj. například nové vizové a jiné povinnosti související se vstupem České republiky do Evropské unie, potažmo Schengenského prostoru atd.), přičemž tyto povinnosti nemohly být po konkrétní obsahové stránce zadavateli v době uzavření původních smluv o EVC2 a ePasy známy. Tyto „okolnosti věci“ však nijak nezhojí fakt, že v daném případě nebyly objektivně splněny podmínky pro oprávněnou aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění (tedy nebyly dány technické důvody a ani důvod ochrany výhradních práv), navzdory čemuž jej zadavatel užil. V předmětné situaci byl prvopočátek nyní sankcionovaného postupu obviněného založen již dávno v minulosti, když zadavatel 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 páteřní problém celé věci. Důvody, ať už ty technické nebo související s autorskoprávní ochranou, předestírané zadavatelem jsou přitom z hlediska posouzení oprávněnosti či neoprávněnosti užití jednacího řízení bez uveřejnění, zcela nepodstatné, 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.

58. Rozhodně se nemůžu ztotožnit s tvrzením zadavatele, že by snad závěry Úřadu vztažené k otázce ochrany výhradních práv vybraného uchazeče byly rozporné s judikaturou Soudního dvora Evropské unie a samotným právem Evropské unie. Jak bylo konstatováno výše, stejně jako v napadeném rozhodnutí, s rozsudky jmenovaného soudu je Úřadem aplikovaný výklad naprosto souladný. To je mimo jiné dáno i tím, že tuzemská judikatura, stejně jako právní úprava, je do značné míry ovlivněna právě právem Evropské unie, jakož i rozhodovací praxí Soudního dvora Evropské unie.
59. Za zcela nesmyslný považuji argument zadavatele, podle něž mu snaha rozvíjet systémy prostřednictvím návazných smluv, nemůže být přičítána k tíži, neboť se jednalo o jednostranný závazek vybraného uchazeče poskytnout v případě potřeby na straně zadavatele navazující plnění. Je to toliko zadavatel, kdo odpovídá za zadávací podmínky a zadávací řízení jako takové, přičemž je pouze na něm, jak nastaví kritéria a předpoklady budoucí vzájemné spolupráce s vybraným uchazečem. S ohledem na to pak nemůžu akceptovat námitku, že zadavateli snad vybraný uchazeč vnutil své výhrady a pokud se tak stalo, jde to naopak právě k jeho tíži, neboť nikdo jiný nemůže za to, že zadavatel nebyl bdělý svých práv a nechoval se profesionálně.
60. Zadavatel v rozkladu dále uvádí, že musel jakožto dobrý hospodář chránit dílo (tedy informační systémy EVC2 a ePasy) i do budoucna. K otázce „hospodárnosti“ postupu zadavatele se vyjadřoval již Úřad v napadeném rozhodnutí, přičemž s těmito závěry se plně ztotožňuji a na tomto místě na ně 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 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.

61. 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 případně přinesl 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 odkazuji 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“*.

K dalším namítaným skutečnostem

62. Zadavatel rozporuje i údajnou výtku Úřadu, že mohl předložit znalecké posudky „prokazující“ důvody pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, avšak to aniž by mu k tomu Úřad poskytl odpovídající lhůtu. K tomu odkazuji na bod 50. odůvodnění tohoto rozhodnutí, kde se shodně s Úřadem zmiňuji k tomu, že jako vhodný důkazní prostředek k prokázání důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, je znalecký posudek, který však v ideálním případě měl být zpracován již před zahájením zadávacího řízení, neboť měl už tehdy pro potřeby zadavatele, resp. jeho volbu druhu zadávacího řízení, osvědčovat existenci relevantních důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Nadto i za situace, že by zadavatel znaleckým posudkem nedisponoval, ale měl by skutečný zájem tento nechat pro potřeby správního řízení před Úřadem zpracovat, nic mu nebránilo v tom, požádat Úřad o prodloužení lhůty k předložení důkazů, jak ostatně několikrát v rámci předmětného řízení (úspěšně) učinil. Vzhledem k uvedenému považuji i tuto námitku zadavatele za nedůvodnou.
63. V tomto kontextu zadavatel dále uvádí, že Úřad zadavatele nevyzval k samotnému předložení důkazů, nýbrž k navržení důkazů, přičemž zadavatel Úřadu navrhl zpracování znaleckých posudků, k čemuž však Úřad dle obsahu správního spisu (potažmo napadeného rozhodnutí) nepřistoupil (a to ještě bez náležitého odůvodnění). Jak již bylo uvedeno výše, je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno a kdo na své náklady musí – chce-li být při své „obhajobě“ ve správním řízení úspěšný – předložit adekvátní důkazní prostředky. *„Zadavatel musel důkladně a objektivně osvědčit, že jsou dány důvody aplikace jednacím řízení bez uveřejnění, a to např. posudkem z oboru IT a oboru práva (...)“*, jak ve svém rozsudku č. j. 5 Afs 43/2012 – 53 ze dne 11. 1. 2013 uvedl Nejvyšší správní soud. Jelikož v případě

prokazování důvodů pro oprávněné užití jednacího řízení bez uveřejnění, Ipí povinnost předkládat důkazy na zadavateli, což vyplývá z konstantní judikatury správních soudů, není podstatné, že Úřad v poskytnuté lhůtě vyzval zadavatele k navrhnutí důkazů či sdělení jiných návrhů a k vyjádření se v rámci řízení, nikoliv explicitně k předložení odpovídajících důkazů. Zde však musím poukázat na účelovost přednesené námitky, neboť je zcela zřejmé, že zadavatel pochopil svá procesní práva a povinnosti, a to když Úřadu během správního řízení poskytl řadu dokumentů, listin a jiných podání, kterými se snažil osvědčit svá tvrzení. Bylo by zarážející, kdyby (pouze) v souvislosti s předložením znaleckého posudku zadavatel předmětnou procesní otázku „pochopil jinak“.

64. Jako nepravdivé označuje zadavatel tvrzení Úřadu, že by neoznačil důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění v jím předaných podkladech, které však Úřad neodůvodněně nezahrnul mezi podklady pro vydání napadeného rozhodnutí, přestože se na ně zadavatel v průběhu správního řízení opakovaně odvolával. K důvodům, proč Úřad v napadeném rozhodnutí nezohlednil veškeré zadavatelem poskytnuté dokumenty, se Úřad vyjadřuje v bodě 127. odůvodnění napadeného rozhodnutí, na který na tomto místě odkazují. Přesto považuji za vhodné zmínit, že zadavatel k vyjádření ze dne 10. 3. 2017 přiložil seznam dokumentů, na základě nichž dle jeho slov zahájil jednací řízení bez uveřejnění. K tomu dodávám, že skutečnost, že Úřad některé poskytnuté materiály nezahrnul do spisu, neznamená, že by se s nimi neseznámil. Ostatně jako v případě, kdy je Úřadu doručena dokumentace o veřejné zakázce, Úřad standardně a v souladu se zavedenou rozhodovací praxí rovněž nezakládá do spisu všechny obdržené dokumenty (tedy celou dokumentaci o veřejné zakázce), ale pouze relevantní dokumenty pro posouzení věci (např. zadávací dokumentaci bez příloh, návrh smlouvy apod.). S ohledem na veškeré okolnosti věci a dokumenty, které byly do spisu zařazeny, nemám v tomto případě pochybnost o tom, že by se Úřad se všemi doručenými materiály řádně neseznámil tak, aby tyto mohl vyselektovat tím způsobem, že vybere pouze relevantní dokumenty, které učiní obsahem správního spisu a které mu umožní ve věci rozhodnout.
65. Nadto, jak již bylo za pomoci citace z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015 – 80 doloženo, skutečně relevantním důkazním prostředkem ve věci by byla nezávislá analýza či posudek (ne)přítomnosti důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel v průběhu správního řízení žádný takový materiál s vahou adekvátního důkazu nepředložil. Naopak předložil, resp. toliko sdělil řadu obecných tvrzení ohledně – zejména technických – důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, které však s ohledem na jejich subjektivní povahu nemohou před Úřadem obstát.
66. Vzhledem k uvedenému je možné konstatovat, že obsah správního spisu zřetelně podává skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, když na jeho základě Úřad vydal správné a zákonné meritorní rozhodnutí.
67. V rozkladu zadavatel rovněž tvrdí, že v souvislosti s nahlížením do spisu (dne 29. 9. 2017) zjistil, že správní spis byl v předmětném řízení „zkompletován“ den před avizovaným nahlížením, což dokazuje materiál „obsah spisu“. Zde musím uvést, že z „obsahu spisu“ skutečně vyplývá, že datum vložení do spisu určitých materiálů bylo 27. 9. 2017, avšak to samo o sobě neznamená, že Úřad spis nevedl řádně. Na vysvětlení uvádím, že Úřad vede spis nejen v „papírové podobě“, ale též elektronicky, přičemž „obsah spisu“ je tištěn

z elektronického systému, tudíž data korespondují se dnem, kdy byl dokument vložen do elektronického spisu, nikoliv kdy byl založen v papírové podobě do fyzického spisu. Jinými slovy řečeno, materiál „obsah spisu“ nedokládá, kdy byl fyzicky vedený spis založen a kdy do něj byly vloženy jednotlivé dokumenty. Tato otázka je však vnitřní záležitostí Úřadu, která je upravena interními akty, které nijak neodporují příslušným právním předpisům.

68. Zadavatel dále tvrdí, že výslovně žádal o zařazení určitých konkrétních dokumentů do spisu, nicméně Úřad tak neučinil, přestože se mimo jiné jednalo o materiály, které si Úřad sám vyžádal. K tomu opět sděluji, že Úřad hodnotí navržené důkazy volně, přičemž účastníci řízení mu konkrétní důkazy nemohou „vnutit“ jako faktický podklad rozhodnutí. Je to Úřad, který hodnotí předložené materiály a z hlediska jejich důležitosti vybírá ty, jež se stanou podkladem rozhodnutí. Po přezkoumání spisu a dalších materiálů jsem přitom neshledal, že by Úřad jakkoliv při volbě podkladů pro vydání rozhodnutí pochybil, tudíž nemůžu přisvědčit námitce zadavatele, že Úřad neposuzoval všechny rozhodné skutečnosti a doklady, pročež by mělo být napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nedostatek odůvodnění.

K uložené pokutě

69. 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.
70. Podle ustanovení § 121 odst. 2 zákona platí, že je Úřad při určení výše výměry pokuty za spáchaný přestupek povinen přihlídnout 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 přihlídnutím k těmto kritériím Úřad uvažuje o výši peněžité 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.
71. Úřad zdůvodnil výši uložené sankce v bodě 137. až 170. 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.

72. 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, jak vyplývá z vyjádření zadavatele ze dne 19. 6. 2017 a jeho příloh (Žádost o cenovou kalkulaci zdrojových kódů ze dne 2. 3. 2015 a ze dne 19. 3. 2015), zadavatel požádal vybraného uchazeče o nacenění odkupu autorských práv na úpravu zdrojových kódů mj. na komplex obou systémů, aby stav exkluzivity odstranil, byť však k faktickému odkupu nedošlo. Právě jmenovanou polehčující okolnost Úřad v napadeném rozhodnutí zohlednil, a to dle mého názoru dostatečně. Úřad přitom nepřikročil k uplatnění institutu souhrnného trestu, neboť v právě šetřeném případě není přestupek zadavatele v souběhu s žádným jiným přestupkem, o kterém by bylo Úřadem rozhodováno. 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.
73. 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.
74. 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 4.498.9937 Kč, když v daném případě uložil pokutu toliko ve výši 500.000 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.

K příznivější právní úpravě

75. Pro úplnost dodávám, že se plně ztotožňuji s úvahami Úřadu ohledně možnosti aplikace příznivější právní úpravy, jak jsou tyto formulovány v bodech 128. 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).

Obecně k zákonnosti napadeného rozhodnutí

76. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí v jeho výrocích 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 spáchání 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, nezákonné a nedostatečně odůvodněné.

Závěr

77. 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.
78. 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 zahraničních věcí, Loretánské náměstí 101/5, 118 00 Praha

Vypraveno dne:

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