



UOHSX00ADSLY

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0261/2017/VZ-23605/2017/511/KLi

Brno: 15. srpna 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném dne 30. 6. 2017 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Česká republika - Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, při zadávání veřejné zakázky „Technická a provozní podpora IS IRAP 2014/2015“ v jednacím řízení bez uveřejnění, kdy formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 13. 10. 2014 pod evidenčním číslem zakázky 494240,

### **rozhodl takto:**

#### **I.**

Zadavatel – Česká republika - Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Technická a provozní podpora IS IRAP 2014/2015“ v jednacím řízení bez uveřejnění, kdy formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 13. 10. 2014 pod evidenčním číslem zakázky 494240, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, neboť důvod spočívající

v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče - CCA GROUP a.s., IČO 25695312, se sídlem Karlovo nám. 17, 120 00 Praha – vytvořil sám zadavatel v důsledku svého předchozího postupu při uzavření Smlouvy o dílo na realizaci projektu Informačního systému ministerstva ISM – EKONOM ze dne 1. 10. 1997, a současně zadavatel neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze uvedený vybraný uchazeč, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 30. 9. 2014 s uvedeným vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.

## II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ukládá

**pokuta ve výši 80 000 Kč (osmdesát tisíc korun českých).**

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

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika - Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha (dále jen „zadavatel“) – zahájil odesláním písemné výzvy k jednání ze dne 19. 9. 2014 (dále jen „výzva“) jednací řízení bez uveřejnění za účelem zadání veřejné zakázky „Technická a provozní podpora IS IRAP 2014/2015“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Výzva byla odeslána dodavateli CCA GROUP a.s., IČO 25695312, se sídlem Karlovo nám. 17, 120 00 Praha (dále jen „vybraný uchazeč“).
3. Z výzvy vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je: *„... zajištění poskytování technické a provozní podpory při provozování IS IRAP u zadavatele a České centrály cestovního ruchu – CzechTourism, v jejímž rámci bude dodavatel poskytovat službu hot-line, řešení vad, zhotovení a dodání nových verzí systému v souladu s legislativou ČR. V rámci podpory bude proveden i rozvoj systému.“*
4. Předmět veřejné zakázky je dále specifikován v zadávací dokumentaci, která je součástí výzvy a z níž vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je:
  - *„Poskytování služby hot-line,*
  - *Řešení vad,*
  - *Zhotovení a dodání nových verzí systému v souladu s legislativou ČR,*
  - *Zhotovení a dodávka nových verzí Systému označovaných jako Upgrade a Update,*
  - *Služby WWW serveru pro vedení hlášení o vadách včetně stavu jejich řešení. Služby WWW serveru pro evidenci požadavků,*
  - *Zajištění rozvoje Systému,*

- Školící činnost dle požadavků odběratele,
- Konzultační činnost dle požadavků odběratele,
- Poskytování činností a služeb souvisejících se Systémem dle požadavků odběratele, na základě zvláště k tomu účelu vystavených objednávek“,

přičemž dle zadávací dokumentace je bližší vymezení předmětu veřejné zakázky uvedeno v „Návrhu smlouvy“.

5. Z rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 24. 9. 2014 vyplývá, že zadavatel rozhodl o výběru nabídky vybraného uchazeče.
6. Dne 30. 9. 2014 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky označenou jako „Smlouva o podpoře, údržbě a rozvoji systému IRAP“ (dále jen „Smlouva o podpoře“). Oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 13. 10. 2014 pod evidenčním číslem zakázky 494240.

## II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

7. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) získal pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem, konkrétně zda neporušil zákon tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.
8. Z výše uvedených důvodů Úřad zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S0261/2017/VZ ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

## III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

9. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
10. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu oznámil Úřad zadavateli přípisem ze dne 30. 6. 2017 č. j. ÚOHS-S0261/2017/VZ-19743/2017/511/KLi, ve kterém seznámil zadavatele se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí.
11. Správní řízení bylo zahájeno podle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) dne 30. 6. 2017, tj. dnem, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli.
12. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0261/2017/VZ-19774/2017/511/KLi ze dne 3. 7. 2017 zadavateli stanovil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
13. Zadavatel doručil Úřadu dne 11. 7. 2017 přípis označený jako „Odpověď na usnesení č. j.: ÚOHS-S0261/2017/VZ-19774/2017/511/KLi k veřejné zakázce“ ze dne 10. 7. 2017, jehož obsahem bylo vyjádření zadavatele k oznámení o zahájení správního řízení (viz body 22 až 31 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

14. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0261/2017/VZ-20353/2017/511/KLi ze dne 17. 7. 2017 stanovil zadavateli lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
15. Zástupci zadavatele bylo dne 21. 7. 2017 umožněno nahlížení do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0261/2017/VZ.
16. Zadavatel dne 24. 7. 2017 Úřadu doručil přípis z téhož dne, ve kterém se vyjádřil k obsahu správního spisu vedeného pod sp. zn. S0261/2017/VZ.
17. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0261/2017/VZ-21629/2017/511/KLi ze dne 26. 6. 2017 stanovil zadavateli opětovně lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
18. Dne 1. 8. 2017 obdržel Úřad přípis zadavatele z téhož dne, kterým zadavatel Úřad požádal o prodloužení lhůty stanovené usnesením Úřadu č. j. ÚOHS-S0261/2017/VZ-21629/2017/511/KLi ze dne 26. 6. 2017. Totožný přípis zadavatel doručil prostřednictvím podatelny Úřadu dne 2. 8. 2017.
19. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0261/2017/VZ-22367/2017/511/KLi ze dne 2. 8. 2017 zadavateli prodloužil lhůtu stanovenou usnesením č. j. ÚOHS-S0261/2017/VZ-21629/2017/511/KLi ze dne 26. 7. 2017.
20. Zástupci zadavatele bylo dne 2. 8. 2017 umožněno nahlížení do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0261/2017/VZ.
21. Dne 2. 8. 2017 obdržel Úřad přípis ze dne 1. 8. 2017, ve kterém se zadavatel vyjádřil k obsahu spisu vedeného pod sp. zn. S0261/2017/VZ.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 10. 7. 2017**

22. Úvodem svého přípisu označeného jako „Odpověď na usnesení č. j.: ÚOHS-S0261/2017/VZ-19774/2017/511/KLi k veřejné zakázce“ ze dne 10. 7. 2017 (dále jen „vyjádření zadavatele ze dne 10. 7. 2017“) zadavatel zrekapituloval, že veřejná zakázka byla v souladu s ustanovením § 23 odst. 4 písm. a) zákona zadávána v jednacím řízení bez uveřejnění. Dále zadavatel uvedl, že Úřadu již zaslal kompletní dokumentaci o veřejné zakázce, a to na základě výzvy Úřadu č. j. ÚOHS-P0177/2017/VZ-07787/201/551/DBo ze dne 3. 3. 2017 přípisem zadavatele č. j. MMR-11136/2017 ze dne 8. 3. 2017. Tento přípis pak dle zadavatele obsahoval veškerou relevantní dokumentaci (zadavatel uvedl také její výčet), a to včetně zdůvodnění použití jednacím řízení bez uveřejnění. Dále zadavatel uvedl, že předmětný přípis obsahoval také „licenční či jiné smlouvy“, které se vztahují k veřejné zakázce.
23. Dále v rámci svého vyjádření ze dne 10. 7. 2017 zadavatel uvedl, že na základě výzvy Úřadu č. j. ÚOHS-P0177/2017/VZ-17396/2017/511/KLi ze dne 12. 6. 2017: „... Vám MMR k dotazům obsaženým ve Vaší výzvě k prokázání použití JŘBU při zadání VZ uvedlo podrobnou a úplnou argumentaci na veškeré dotazy, které jmenovaná výzva obsahovala a to vzhledem okolnostem, které t. č. zadání jmenované VZ předcházely, úzce s ní souvisely a značně ovlivňovaly veškeré úkony zadavatele související se jmenovanou VZ tj. např. Ministerstvem financí plánované zavedení jednotného ekonomického informačního systému pro státní správu apod. MMR rovněž uvedlo část citace z rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 – 53 ze dne 11. 1. 2013, který rozhodoval v obdobném případě a v němž Nejvyšší správní soud mimo jiné posuzoval možnosti použití JŘBU i z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky ve vztahu k původní funkci

*a předpokládané životnosti softwaru. Zasláné stanovisko MMR č. j. MMR-25725/2017-33, ze dne 12. 6. 2017<sup>1</sup> příkládáme přílohou tohoto dopisu.“. Zadavatel závěrem uvedl, že je přesvědčen o oprávněnosti využití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona a že již nad rámec zaslaných dokumentů a vyjádření nemá další doplnění.*

24. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel ve svém vyjádření ze dne 10. 7. 2017 odkazuje na svůj přípis „Doplnění stanoviska MMR na výzvu k zaslání dokumentace k veřejné zakázce“ ze dne 16. 6. 2017, č. j. zadavatele MMR-25725/2017-33, který Úřadu zaslal v rámci šetření prováděného před zahájením správního řízení (dále jen „vyjádření zadavatele ze dne 16. 6. 2017“), uvádí Úřad na tomto místě taktéž obsah předmětného vyjádření zadavatele.

#### ***Vyjádření zadavatele ze dne 16. 6. 2017***

25. V rámci svého vyjádření ze dne 16. 6. 2017 zadavatel uvedl, že: „(...) VZ byla zadávána jako návazná VZ, tj. předmět plnění navazoval na původní smlouvu z roku 1997 (Smlouva o dílo na realizaci projektu Informační systém ministerstva ISM-EKONOM) a byla zadávána v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „JŘBU“) dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen ZVZ).“.

26. K použití jednacího řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky zadavatel ve svém vyjádření ze dne 16. 6. 2017 uvedl, že „si stav exkluzivity svým jednáním nevytvořil, jelikož z technických důvodů a z důvodu ochrany autorských práv mohla být VZ splněna pouze určitým dodavatelem“. Dále zadavatel uvedl, že: »(...) předmětem plnění jmenované VZ, bylo rozšíření již dříve poskytnutého ekonomického informačního systému zadavatele IS IRAP. Tento ekonomický informační systém slouží k zajištění vnitřního provozu zadavatele a obsahuje řadu modulů např. Rozpočet, Účetnictví, Výkaznictví, Státní pokladna, Pokladna, Majetek, Smlouvy a další. Důvody pro užití JŘBU byly dány objektivně a nikoli na základě „pochybení zadavatele v předchozím zadávacím řízení.“.«. Dále zadavatel uvedl, že posoudil původní veřejnou zakázku, na kterou zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona navazovalo, z hlediska autorského práva, povahy licence a technického hlediska. Dle zadavatele se jedná o specializovanou veřejnou zakázku v oblasti IT, přičemž zadavatel je přesvědčen, že postupoval v souladu s principem hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky.

27. Dále zadavatel v rámci svého vyjádření ze dne 16. 6. 2017 uvedl, že při zadání původní veřejné zakázky vycházel z informací Ministerstva financí České republiky, které dle zadavatele analyzovalo možnost zavedení společného ekonomického systému pro všechna ministerstva. Zadavatel uvádí, že: „Zadavatel vzhledem k této podrobné analýze MF koncipoval původní veřejnou zakázku s tím, že by se v případě původní veřejné zakázky nemělo jednat o dlouhodobě využívaný systém, který by přesáhl dobu své životnosti a byl by následně v průběhu času a v návaznosti na uskutečněné legislativní změny upravován dle aktuálních potřeb zadavatele. Proto nebyla jednou z podmínek zadavatele existence výhradních práv k předmětu plnění původní veřejné zakázky a proto zadavatel nestanovil požadavek na vytvoření systému jako autorského díla dle ustanovení § 2 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (dále jen „autorský zákon“) s tím, že by licenční smlouva obsahovala ustanovení, které by zadavateli

---

<sup>1</sup> Zadavatel měl zjevně na mysli přípis uvedeného čísla jednacího, který je však datován 16. 6. 2017; v případě data 12. 6. 2017 se tak jedná o zřejmou chybu v psaní – pozn. Úřadu

umožňovalo následné úpravy a změny ekonomického informačního systému“. Dále zadavatel uvedl, že v době zadání původní veřejné zakázky nemohl rozumně předvídat, že ještě v roce 2014 vyvstane potřeba předmětný systém upravovat. Současně zadavatel uvedl, že pokud by k předmětnému systému požadoval komentovaný zdrojový kód či širší licenční oprávnění, byla by původní veřejná zakázka finančně náročnější, což se v období zadávání původní veřejné zakázky jevílo jako neúčelné, nevhodné a neefektivní.

28. Zadavatel dále uvádí, že: *„Je tedy otázkou účelnosti vynaložených veřejných prostředků, je-li správné, aby si zadavatel vyhrazoval práva, o kterých nemohl zadavatel v době přípravy zadávacího řízení rozumně očekávat, že nastane potřeba jejich uplatnění“*. Dle zadavatele původní veřejná zakázka odpovídala splnění tehdejších stanovených úkolů, přičemž po uplynutí doby své životnosti měl být předmětný systém vyřazen a nahrazen avizovaným ekonomickým systémem, který bude společný pro všechna ministerstva České republiky. Dle zadavatele pokud by vyloučil v navazující veřejné zakázce použití jednacích řízení bez uveřejnění, znamenalo by takový postup nutnost vždy pořídit dané plnění opakovaně a zcela nově, čímž by došlo ke znehodnocení již vynaložené investice do funkčního předmětu plnění, u kterého dle zadavatele *„pouze vznikla potřeba drobných úprav“*. Dále zadavatel uvedl, že: *„...v době zadání původní veřejné zakázky nemohl oprávněně předpokládat, že k takovému zásahu dojde a že vybraný uchazeč udělí souhlas k zásahu do svých autorských práv“*. Dle zadavatele by tak došlo k úplnému nahrazení pořízeného autorského díla zcela novým plněním, což by dle zadavatele bylo extrémně nevhodné, a tedy v rozporu nejen se zákonem, ale i se zákony upravujícími hospodaření s veřejnými finančními prostředky. Závěrem této části zadavatel uvedl, že předmětný systém je stěžejní pro jeho činnost, přičemž jeho výpadek by mu způsobil nemalé provozní problémy.
29. Zadavatel ve vyjádření ze dne 16. 6. 2017 dále uvedl, že: *„... plnění VZ navazovalo na původní smlouvu z roku 1997 (Smlouva o dílo na realizaci projektu Informační systém ministerstva ISM – EKONOM), kdy již v roce 1997 došlo na základě původní veřejné zakázky k pořízení ekonomického informačního systému zadavatele ISM – EKONOM, který je předchůdcem nynějšího systému IS IRAP.“*. Dále zadavatel uvedl, že původní veřejnou zakázku vyhlašoval s vědomím, že se jedná o systém, který u něj bude provozován pouze na dobu určitou, a to s ohledem na avizovaný jednotný systém Ministerstva financí České republiky pro všechna ministerstva. Stejným způsobem tak zadavatel požadoval zajištění technické a provozní podpory předmětného systému, přičemž dle zadavatele musel mít flexibilně zajištěnou možnost ukončení spolupráce. Dále zadavatel uvedl, že: *„...nemohl předvídat vývoj situace v oblasti informačních technologií, tudíž na základě aktuálních informací, kterými disponoval, v rámci zadávacích podmínek ani nemohl specifikovat prvky nebo části plnění veřejné zakázky, na které by v budoucnu (příp. v rámci dalších následných veřejných zakázek) mohlo být navazováno.“*. Dále zadavatel uvedl, že v rámci veřejné zakázky vstupoval do řízení dodavatel, který v rámci plnění původní veřejné zakázky *„vytvořil počítačový program (dále též „Dílo“), který je ve svém smyslu autorovým vlastním duševním tvůrčím dílem“*, přičemž tak zadavatel neměl bez jeho svolení možnost do předmětného systému zasáhnout a současně tento neměl vůli udělit autorskoprávní či jinou licenci jinému subjektu. Dle zadavatele tak byl tento dodavatel jediným, kdo z důvodu ochrany výhradních práv mohl šetřenou veřejnou zakázku realizovat, čímž dle zadavatele splňuje podmínku zakotvenou v § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Současně dle zadavatele *„...jmenovaný dodavatel měl velmi podrobné informace o tom, na jaké konkrétní komponenty v rámci svého předchozího autorského díla bude v daném období navazovat a na*

*rozdíl od jiného dodavatele (za předpokladu, že by poskytl autorskoprávní či jinou licenci jiné osobě), tak mohl maximálně využít stávajících systémových a aplikačních návazností a to jak vzhledem ke jmenovanému předmětu plnění, tak i dalšímu navazujícímu programovému vybavení zadavatele.“.*

30. Dále pak podpůrně ke své argumentaci zadavatel ve svém vyjádření ze dne 16. 6. 2017 odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013, z něž cituje: „... je nutno na toto žalobcovo chování hledět z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Pokud zadavatel bude požadovat například komentovaný zdrojový kód a povolení k tomu, aby dál mohl rozvíjet software pomocí třetí osoby či širší licenční oprávnění, tak bude jistě předchodí veřejná zakázka finančně náročnější, protože dodavatel bude požadovat finanční prostředky navíc. Je proto otázkou účelnosti takto vynaložených veřejných prostředků, jestli je správné, aby si zadavatel vyhrazoval práva, o kterých nelze v době přípravy zadávacího řízení rozumně očekávat, že nastanou. Pokud v průběhu životnosti softwaru nastane z hlediska zadavatele objektivní změna (nová legislativa, nové manažerské rozhodnutí nadřízených orgánů), tak může nastat situace, kdy by vyloučení použití jednacím řízení bez uveřejnění fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software. Dalším klíčovým faktorem je proměnlivost úkonů zadavatele. Pokud zadavatel připravuje software tak, aby software splnil v dané chvíli objektivně stanovené úkoly a byl po uplynutí určité doby životnosti vyřazen, jistě tomu přizpůsobí i zadávací podmínky. Nelze tedy, jak to učinil stěžovatel, konstatovat bez dalšího, že zadavatel nenaplnil materiální podmínku § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, když si v předcházející zakázce sám vytvořil právní omezení.“.
31. Závěrem svého vyjádření ze dne 16. 6. 2017 zadavatel konstatoval, že je přesvědčen o oprávněnosti využití jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž dále uvedl, že je mu z jeho činnosti známo, že Ministerstvo financí České republiky od zavedení jednotného ekonomického informačního systému pro státní správu upouští, a z tohoto důvodu se zadavatel rozhodl nepokračovat v podpoře současného ekonomického systému a intenzivně pracuje na přípravě zadávací dokumentace pro novou veřejnou zakázku, jejímž předmětem bude ekonomický informační systém odpovídající aktuálním potřebám zadavatele a jež by měla být dle zadavatele zadána v otevřeném zadávacím řízení, které by mělo proběhnout ve 3. čtvrtletí roku 2017.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

32. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního zjištění rozhodl ve výroku I. tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za což mu byla uložena pokuta uvedená ve výroku II.; veškeré podklady, z nichž při posouzení případu Úřad vycházel, jsou přitom obsaženy ve správním spise vedeném pod sp. zn. S0242/2017/VZ.

#### **K postavení zadavatele**

33. Podle § 2 odst. 1 zákona za zadavatele veřejné zakázky se pro účely zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.

34. Z ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) zákona plyne, že veřejným zadavatelem je mimo jiné Česká republika, resp. podle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, i její organizační složky.
35. Ministerstvo pro místní rozvoj je ústředním orgánem státní správy, jehož působnost je vymezena ust. § 14 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů. Ministerstvo pro místní rozvoj je tedy organizační složkou státu ve smyslu ust. § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, přičemž podle ust. § 3 odst. 2 citovaného zákona organizační složka není právnickou osobou a její jednání je při výkonu její působnosti nebo výkonu předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů jednáním státu.
36. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že Ministerstvo pro místní rozvoj je veřejným zadavatelem ve smyslu ust. § 2 odst. 2 písm. a) zákona, pročež se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách, a to ustanovení platná pro veřejné zadavatele.

#### **Relevantní ustanovení zákona**

37. Zákon v § 21 odst. 1 upravuje tyto druhy zadávacích řízení:
- a) otevřené řízení (§ 27),
  - b) užší řízení (§ 28),
  - c) jednací řízení s uveřejněním (§ 29),
  - d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34),
  - e) soutěžní dialog (§ 35),
  - f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38).
38. Podle § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.
39. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
40. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
41. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).

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

42. Úřad zjistil, že zadavatel uzavřel s dodavatelem CCA spol. s r.o., IČO 40523721, se sídlem Krátká 6, 301 17 Plzeň dne 1. 10. 1997 „Smlouvu o dílo na realizaci projektu



Informačního systému ministerstva ISM – EKONOM“ (dále jen „Původní smlouva“).

43. Dle čl. II. „Předmět smlouvy“ Původní smlouvy je předmětem smlouvy: *„...komplexní dodávka a zavedení ekonomického informačního systému IRAP u objednatele (dále jen Systém) v rámci Projektu ISM – EKONOM.“*. Z čl. II. Původní smlouvy dále vyplývá, že předmět plnění zahrnuje tyto části:

A. *„Zpracování Projektu zavedení ekonomického informačního systému u objednatele ...,*

B. *Dodání licencí k používání modulů ekonomického informačního systému rozpočtových a příspěvkových organizací – IRAP (dále jen IRAP),*

*Zhotovitel udělí objednateli nevýhradní a nepřenositelné právo užívání modulů systému IRAP (viz příloha A. Seznam modulů systému IRAP) pro 10 souběžně pracujících uživatelů,*

*Licence modulů IRAP zahrnuje i licencí vývojového prostředku UNIFACE pro 10 souběžně pracujících uživatelů. Součástí díla je též údržba UNIFACE na jeden rok od data instalace UNIFACE na zařízení objednatele,*

*Projekty i programová řešení systému IRAP jsou originální díla ve smyslu autorského zákona č. 35/1965 v jeho platném znění. Předáním děl – předmětu této smlouvy dle odstavce II. získává objednatel právo na užití pracovníky objednatele.“*,

C. Další činnosti související se zavedením a provozováním systému.

44. Dle čl. VIII. odst. D. „Povinnosti a závazky objednatele“ Původní smlouvy:

- *„Objednatel se zavazuje, že nebude bez souhlasu zhotovitele dílo kopírovat, rozšiřovat a že učiní veškerá opatření, aby zabránil kopírování, rozšiřování a užívání třetí osobě. Objednatel smí provádět pouze bezpečnostní kopie pro vlastní potřebu.*
- *Objednatel se zavazuje neprovádět vlastními pracovníky žádné změny v dodávkách bez souhlasu zhotovitele. Objednatel zodpovídá za škody způsobené vlastními zásahy a zavazuje se uhradit náklady na opravu škod.*
- *Objednatel se zavazuje dodržet závazky vyplývající z autorského zákona a z výše uvedeného ujednání. V případě porušení těchto závazků se zavazuje nahradit škodu způsobenou zhotoviteli a to nejméně ve výši dvojnásobné ceny díla, u něhož došlo k porušení tohoto ustanovení.“*

45. Dle čl. VII. odst. H. „Povinnosti, závazky a záruky zhotovitele“ Původní smlouvy: *„Zhotovitel se zavazuje na základě požadavku objednatele po ukončení zkušebního provozu Systému uzavřít s objednatel smlouvu o údržbě a aktualizaci Systému, přičemž údržba je poskytována formou služby hot-line, servisní pozáruční podpory, formou dodávek vyšších verzí modulů, příslušné dokumentace; aktualizací Systému se rozumějí realizace a distribuce úprav funkcí Systému v souladu se změnami platné legislativy. Cena roční údržby a aktualizace systému IRAP bude činit 15% aktuální ceny modulů.“*

46. Úřad z vlastního šetření zjistil, že dodavatel CCA spol. s r.o., IČO 40523721, se sídlem Krátká 6, 301 17 Plzeň zanikl ke dni 31. 1. 2003 sloučením se společností CCA Group a.s., IČO 25695312, se sídlem Škrétova 12 (nyní Karlovo nám. 17 – pozn. Úřadu), 120 00 Praha (tj. s vybraným uchazečem).

47. Dne 30. 9. 2014 zadavatel na základě provedeného jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona uzavřel s vybraným uchazečem Smlouvu o podpoře.
48. Dle čl. 1. 2. „Preamble“ Smlouvy o podpoře: *»Smlouva se uzavírá za účelem poskytování podpory, údržby a rozvoje softwarových produktů implementovaných u Odběratele Dodavatelem. Systém IRAP je v této smlouvě označován jako "Systém"«.*
49. Dle čl. 3 „Předmět plnění smlouvy“ Smlouvy o podpoře je předmětem smlouvy:
- „3.1. Poskytování služby hot-line,*
  - 3.2. Řešení vad,*
  - 3.3. Zhotovení a dodávka nových verzí Systému označovaných jako Upgrade a Update,*
  - 3.4. Služby WWW serveru pro vedení Hlášení o Vadách včetně stavu jejich řešení. Služby WWW serveru pro evidenci Požadavků,*
  - 3.5. Školící činnost dle požadavků Odběratele na základě zvláště k tomu účelu vystavených objednávek,*
  - 3.6. Konzultační činnost dle požadavků Odběratele na základě zvláště k tomu účelu vystavených objednávek,*
  - 3.7. Poskytování činností a služeb souvisejících se Systémem dle požadavků Odběratele, na základě zvláště k tomu účelu vystavených objednávek,*
  - 3.8. Zajištění rozvoje Systému dle požadavků Odběratele v rozsahu 100 člověkodní/rok,*
  - 3.9. Zajištění rozvoje Systému dle požadavků Odběratele na základě zvláště k tomu účelu vystavených objednávek, nad rámec rozsahu uvedeného v bodě 3. 8.“.*
50. Celková hodnota plnění činí dle čl. 5. 1. „Cena a platební podmínky“ Smlouvy o podpoře částku 2 312 500 Kč bez DPH (2 798 125 Kč s DPH).
51. Doba plnění veřejné zakázky byla dle čl. 4.1. „Doba, místo a způsob plnění“ Smlouvy o podpoře stanovena od 1. 10. 2014 do 30. 9. 2015.
52. Zadavatel předložil Úřadu jako součást dokumentace o veřejné zakázce dokument označený jako „Záměr veřejné zakázky“ ze dne 22. 8. 2014, kde je v části nadepsané „Odůvodnění zvoleného postupu zadavatelského útvaru v JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ pro potřeby členů zvláštní komise“ uvedeno: „(...) Zadavatelský útvar (odbor informatiky – OI) je toho názoru, že z důvodu ochrany výhradních práv ve smyslu § 2 odst. 2 zákona č. 121/2000 Sb., autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů; IS IRAP je zaměstnaneckým autorským dílem, ke kterému společnost CCA vykonává majetková práva, a z důvodů technických může být tato veřejná zakázka splněna pouze určitým dodavatelem. Tímto určitým dodavatelem je CCA. Plnění společnosti CCA bude rozšířením již dříve poskytnutého IS IRAP.“.
53. Zadavatel jako součást dokumentace o veřejné zakázce předložil také dokument označený jako „Zápis z jednání komise k posouzení Záměru veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, č. j. MMR-26607/2014-33“ ze dne 13. 8. 2014 (dále jen „Zápis z jednání komise“), zachycující průběh jednání u zadavatele v rámci přípravy zadání veřejné zakázky, přičemž v části zápisu nadepsané „Záznam průběhu jednání komise“ je uvedeno: „Ing. Jan Koudelka představil veřejnou zakázku (dále také jen „VZ“) a podrobně odůvodnil splnění podmínek pro

postup v JŘBÚ (...).“, a dále: „Z důvodu ochrany výhradních práv (ve smyslu § 2 odst. 2 zákona č. 121/2000 Sb., autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů; IS IRAP je zaměstnaneckým dílem, ke kterému dodavatel vykonává majetková práva), a z důvodů technických může být tato VZ splněna pouze určitým dodavatelem.“. Dále pak je v předmětném zápise uvedeno: „Mgr. Martin Čech uvedl, že se jedná o důvod pro použití JŘBÚ podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ“.

54. V bodu 13 „Důvod použití jednacího řízení bez uveřejnění“ Písemné zprávy zadavatele ze dne 9. 10. 2014 je uvedeno, že ... „Bylo použito jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, protože veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv pouze určitým dodavatelem.“.
55. Z formuláře Oznámení o zadání zakázky, který byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 13. 10. 2014 pod ev. č. zakázky 494240, vyplývá, že zadavatel pro zadání veřejné zakázky zvolil jednací řízení bez uveřejnění. V příloze D1 předmětného formuláře zadavatel jako důvody k použití jednacího řízení bez uveřejnění označil důvody technické a důvody spojené s ochranou výhradních práv.
56. Úřad má dále k dispozici smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem týkající se systému IRAP, které zadavatel ve svém vyjádření ze dne 10. 7. 2017 označil jako „licenční či jiné smlouvy, uzavřené s dodavateli informačních systémů a softwarových produktů“. Jedná se o následující smlouvy:
1. „Smlouva o údržbě a aktualizaci systému IRAP pro Ministerstvo pro místní rozvoj“ uzavřená dne 29. 12. 1999,
  2. „Smlouva o údržbě a aktualizaci systému IRAP pro Ministerstvo pro místní rozvoj“ uzavřená dne 30. 4. 2001, včetně dodatku č. 1 uzavřeného dne 21. 12. 2001, dodatku č. 2 uzavřeného dne 20. 12. 2002, dodatku č. 3 uzavřeného dne 19. 12. 2003 a dodatku č. 4 uzavřeného dne 1. 6. 2005,
  3. „Smlouva o dílo“ uzavřená dne 5. 9. 2003, včetně dodatku č. 1 uzavřeného dne 12. 2. 2004,
  4. „SMLOUVA o podpoře, údržbě a rozvoji systému IRAP“ uzavřená dne 25. 1. 2006,
  5. „SMLOUVA o podpoře, údržbě a rozvoji systému IRAP“ uzavřená dne 28. 12. 2006,
  6. „SMLOUVA o podpoře, údržbě a rozvoji systému IRAP“ uzavřená dne 1. 2. 2008,
  7. „SMLOUVA o podpoře, údržbě a rozvoji systému IRAP“ uzavřená dne 26. 3. 2009, včetně dodatku č. 1 uzavřeného dne 31. 3. 2010,
  8. „Smlouva o dílo“ uzavřená dne 17. 3. 2010, včetně dodatku č. 1 uzavřeného dne 17. 12. 2010,
  9. „Smlouva o dílo“ uzavřená dne 22. 4. 2011,
  10. „SMLOUVA o podpoře, údržbě a rozvoji systému IRAP“ uzavřená dne 17. 6. 2011, včetně dodatku č. 1 uzavřeného dne 25. 5. 2012,
  11. „Smlouva o dílo“ uzavřená dne 28. 2. 2012,
  12. „Smlouva o podpoře, údržbě a rozvoji systému IRAP“ uzavřená dne 1. 8. 2013,
  13. „Smlouva o dílo“ uzavřená dne 10. 10. 2013.
57. Z předložených smluv vyplývá, že jejich předmětem bylo zajištění údržby a aktualizace systému IRAP, resp. zajištění podpory, údržby a rozvoje systému IRAP (smlouvy uvedené pod body č. 1, č. 2, č. 4, č. 5, č. 6, č. 7, č. 10 a č. 12), zavedení dosud nevyužívaných modulů systému IRAP (smlouva uvedená pod bodem č. 3), napojení systému IRAP na jiné zadavatelem využívané

systemy (smlouvy uvedené pod body č. 8 a č. 11 ), modernizace systému IRAP (smlouva uvedená pod bodem č. 9), a dodávka systému IRAP pro organizace Czech Tourism a Centrum pro regionální rozvoj (smlouva uvedená pod bodem č. 13).

58. Ustanovení smluv uvedených v bodě 57. odůvodnění tohoto rozhodnutí, týkající se licenčních ujednání a autorských práv, jsou vymezena následovně:

- „Objednatel se zavazuje dodržovat závazky vyplývající z autorského zákona“, resp. „Objednatel se zavazuje neprovádět vlastními pracovníky žádné změny v dodávce bez souhlasu zhotovitele.“ (smlouva uvedená pod bodem č. 1),
- „Systém zavedený na pracovištích a lokalitách objednatele je autorským dílem ve smyslu autorského zákona (zákon č. 121/2000 Sb.) a objednatel se zavazuje dodržet práva a závazky vyplývající pro něj z tohoto zákona“ a „Objednatel se zavazuje, že nebude bez souhlasu zhotovitele provádět do Systému zásahy, které by mohly mít za následek jeho poškození nebo změnu funkčních vlastností (...).“ (smlouva uvedená pod bodem č. 3),
- „Aktualizované verze mohou mít charakter díla ve smyslu autorského zákona č. 121/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Jejich předáním získává odběratel právo na jejich užití. Odběratel se zavazuje, že je nebude bez souhlasu dodavatele kopírovat (s výjimkou bezpečnostních kopií pro vlastní potřebu) ani rozšiřovat, a že učiní veškerá opatření, aby zabránil jejich kopírování, rozmnožování a užívání třetím osobám.“ a „Odběratel se zavazuje, že nebude provádět žádné změny v Systému bez souhlasu zhotovitele.“ (smlouvy uvedené pod bodem č. 4, č. 5, č. 6, č. 7, č. 12 a obdobně také č. 2 a č. 10),
- „Zhotovitel poskytuje Smlouvou o dílo Objednateli oprávnění k výkonu práva dílo užit a Objednatel toto právo takto přijímá. Právo užit dílo zahrnuje oprávnění k užívání díla k účelu, pro něž je určeno, zejména pro vlastní provozní potřeby Objednatele“ (smlouvy uvedené pod bodem č. 9, č. 11 a obdobně č. 13).

#### **K výroku I. rozhodnutí**

59. V šetřeném případě zadavatel zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Jednací řízení bez uveřejnění podle tohoto ustanovení zákona je přitom zadavatel oprávněn využít tehdy, pokud příslušná veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů, z uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

60. Úřad obecně uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění podle 23 odst. 4 písm. a) zákona je výjimečný způsob zadání veřejné zakázky, kdy je zakázka sice zadávána v režimu podle zákona, ale vzhledem k povaze tohoto řízení je hospodářská soutěž vyloučena a chybí tak ten aspekt zadávacího řízení, který má zajistit ekonomickou výhodnost pořízení předmětu plnění veřejné zakázky a rovněž omezit jakékoli nezákonné či korupční jednání. Současně je tento druh zadávacího řízení postupem podle zákona nejméně formalizovaným a kontrolovatelným.

61. Jednací řízení bez uveřejnění by tedy mělo být skutečně krajním řešením tam, kde není jinak možné zajistit plnění požadované zadavatelem, a v žádném případě by nemělo docházet k jeho nadužívání. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění lze uskutečnit pouze v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není, resp. by nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, typicky v otevřeném řízení. V totožném duchu se vyjádřil v rozsudku ze dne 11. 1. 2013 sp. zn. 5 Afs 42/2012 i Nejvyšší správní soud, když uvedl, že

zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je „[m]ožné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 zákona.“ Otázku splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je proto v souladu s ustálenou soudně rozhodovací praxí nutné posuzovat restriktivně, což vyplývá např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 23/2012, ze dne 20. 11. 2012 nebo z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 95/2013, ze dne 13. 1. 2015.

62. Jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona tedy lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv využít pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele, kdy tato neexistence však stojí na objektivních základech a **není důsledkem vlastní činnosti zadavatele** (spočívající např. v předchozím uzavření smluv či nezajištění nezbytných práv). Úřad konstatuje, že zadavatel musí při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky (na základě které pořizuje určité plnění) posoudit potřebu budoucích (navazujících) plnění a v případě existence takové potřeby uzavřít takovou smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli a umožní realizovat tato předpokládaná navazující plnění bez využití jednacím řízení bez uveřejnění, např. tedy umožní plnění zadat v otevřenějších druzích zadávacích řízení. V opačném případě by totiž zadavatel byl s budoucím užitím jednacím řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky (a takové jednací řízení bez uveřejnění by pak bylo logicky nezákonné).
63. Úřad v této souvislosti dále uvádí, že s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013) je třeba od tohoto zaviněného vytvoření stavu exkluzivity odlišovat situaci, kdy zadavatel budoucí plnění předpokládat nemohl a uzavřel smlouvu zakládající exkluzivitu jednoho dodavatele, tj. situaci, kdy by uzavření smlouvy v jiném znění, tj. např. při požadavcích na širší licenční oprávnění, bylo dle aktuálně dostupných vědomostí zadavatele nevhodné (přičemž až následně vyplyne, že uzavření smlouvy zakládající exkluzivitu bylo, vzhledem ke vzniku potřeby zadat následné plnění, řešením „nešikovným“); zásadní rozdíl je v tom, že vzniklý stav není zadavatelem zaviněný.
64. K právě uvedenému Úřad odkazuje především na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013 sp. zn. 5 Afs 42/2012, ve kterém soud jednoznačně uvedl, že „[j]ednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit“. Pokud pak Nejvyšší správní soud v témže rozsudku uvedl, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážit, „zda postup zadavatele je skutečně zaviněný či pouze nešikovný“, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky, odkazuje Úřad na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015 sp. zn. 62 Af 112/2013, podle kterého „citované argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného „zavinění“ půjde o takové

*způsobení stavu exkluzivity zadavatelem kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadání navazujících zakázek.“*

65. Je tak zřejmé, že použít jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa nebo náhrada, a dále, jestliže neexistence soutěže není výsledkem jednání (či opomenutí) zadavatele, tedy pokud platí, že se zadavatel sám nepodílel na vytváření omezení, od nichž následně odvozuje možnost využití jednacího řízení bez uveřejnění.
66. Z pohledu posouzení postupu zadavatele v případě šetřené veřejné zakázky je tedy s ohledem na výše uvedené nutné posoudit jednak naplnění „formální“ stránky jednacího řízení bez uveřejnění, tj. zda byly dány objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení (autorskoprávní či technické), je však nutné posoudit rovněž „materiální“ podmínku pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, a to, zda zadavatel stav výlučnosti dodavatele sám nevytvořil.
67. Ze zadavatelem předložené dokumentace vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je zajištění podpory, údržby a rozvoje systému s označením „IRAP“, který byl u zadavatele vytvořen na základě Původní smlouvy z roku 1997 (dále jen „systém IRAP“), přičemž tento systém byl v průběhu následujících let udržován a rozvíjen na základě dalších dílčích smluv.
68. O použití příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Z dokumentů, které jsou součástí dokumentace o veřejné zakázce, a to konkrétně ze „Záměru veřejné zakázky“, ze „Zápisu z jednání komise“, z písemné zprávy zadavatele, jakož i z formuláře o zadání veřejné zakázky uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek (viz body 52 - 55 odůvodnění tohoto rozhodnutí), a dále z vyjádření zadavatele ze dne 10. 7. 2017 a ze dne 16. 6. 2017 vyplývá, že jednací řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona zadavatel pro zadání veřejné zakázky zvolil z technických důvodů a z důvodu ochrany autorských práv.
69. S ohledem na argumentaci zadavatele týkající se oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro zadání veřejné zakázky se Úřad nejprve zabýval posouzením naplnění formální stránky jednacího řízení bez uveřejnění, tj. posouzení, zda byly skutečně dány objektivní důvody (autorskoprávní či technické) pro použití tohoto druhu zadávacího řízení.
70. Úřad uvádí, že aplikace ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. Je na zadavateli, aby v rámci případného přezkumu jeho postupu ze strany Úřadu prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. Pouze tak může zadavatel naplnit požadavek na přezkoumatelnost jeho postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti stanovené v ust. § 6 odst. 1 zákona (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 5. 2007 ve věci sp. zn. 31 Ca 166/2005 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, sp. zn. 5 Afs 131/2007).
71. Prokázání důvodů použití jednacího řízení bez uveřejnění je tak plně na zadavateli, který by měl být schopen objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení doložit již před zahájením zadávacího řízení (k tomu srov. např. závěry vyplývající z rozsudků Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 3. 1987, C-199/85 *Komise Evropských společenství proti Italské republice*, či z rozsudku ze dne 28. 3. 1996, C-318/94 *Komise Evropských společenství proti*

*Spolkové republice Německo*), a tyto důvody by měly trvat po celou dobu trvání jednání s dodavateli. V této souvislosti je rovněž možné odkázat na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C385/02 ze dne 14. 9. 2004, v němž Soudní dvůr konstatoval, že ustanovení o možném použití jednacích řízení bez uveřejnění „*musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává [...]*“ (viz články č. 19 a č. 20 rozsudku). Z této premisy dále vychází i konstantní tuzemská judikatura, ze které je možno odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3. 10. 2013, kde soud k použití jednacích řízení bez uveřejnění uvádí, že „*použití jednacích řízení bez uveřejnění [je] jednou z výjimek z jinak povinného použití ‚otevřenějších‘ zadávacích řízení – zásadně řízení otevřeného podle § 21 odst. 1 písm. a) ZVZ... Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednacích řízení bez uveřejnění, jak plyne z rozsudku Soudního dvora ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02 (Komise proti Itálii). Přestože se v této věci Soudní dvůr nevyjadřoval ke stavu skutkově totožnému, jaký je ve věci právě posuzované, plyne z něj, že ustanovení (směrnic), která umožňují výjimky z pravidel zadávání veřejných zakázek (a za takovou výjimku v dané věci Soudní dvůr považoval právě ‚odklon‘ od přísnějšího postupu formou jednání bez uveřejnění), musí být vykládána restriktivně, **přitom důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává (tj. zadavatel).** [...] Potřebou restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění není tedy třeba se dále podrobněji zabývat; toto obecné východisko žalovaného je oprávněné“ (pozn. – zvýraznění textu provedeno Úřadem). V této souvislosti Úřad dále odkazuje na rozsudky Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015 a sp. zn. 62 Af 93/2015 ze dne 1. 6. 2017 a též na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, ve kterém soud mj. uvedl, že „*smyslem daného řízení bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacích řízení bez uveřejnění*“. Pojmem „dané řízení“ se v citovaném rozhodnutí Nejvyššího správního soudu rozumí správní řízení vedené před Úřadem, jehož předmětem bylo posouzení oprávněnosti použití jednacích řízení bez uveřejnění, a z uvedené citace tedy jasně vyplývá, že úkolem Úřadu ve správním řízení je posoudit, zda zadavatel naplnění podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění prokázal.*

72. Z výše uvedeného vyplývá, že důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na zadavateli, jehož povinností je, aby prokázal naplnění podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě správních deliktů leží na správním orgánu, který musí zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na zadavatele. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě zadavatel, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem.
73. Úřad se tak zabýval otázkou, zda zadavatel unesl důkazní břemeno a prokázal, že zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona bylo v souladu se zákonem.
74. V šetřeném případě zadavatel k oprávněnosti použití jednacích řízení bez uveřejnění ve svém vyjádření ze dne 10. 7. 2017 uvedl, že Úřadu zaslal kompletní dokumentaci o veřejné zakázce

včetně souvisejících zdůvodnění použití jednacího řízení bez uveřejnění a dále licenční či jiné smlouvy, které se k veřejné zakázce vztahují.

75. K existenci technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění Úřad konstatuje následující. Pokud jde o dokumentaci o veřejné zakázce, Úřad zjistil, že ta sice obsahuje určité listiny (Záměr veřejné zakázky, Zápis z jednání komise, písemná zpráva zadavatele), v nichž je uvedeno, že z důvodů technických může být zakázka zadána pouze vybranému uchazeči, avšak ve vztahu ke všem těmto listinám lze shodně konstatovat, že žádné konkrétní technické důvody fakticky neuvádějí. Pokud je v Záměru veřejné zakázky uvedeno, že „*plnění společnosti CCA bude rozšířením již dříve poskytnutého IS IRAP*“, pak toto konstatování nelze považovat za specifikaci konkrétního technického důvodu pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Zápis z jednání komise, resp. písemná zpráva zadavatele, pak obsahují pouze konstatování o tom, že z technických důvodů může být zakázka splněna jen vybraným uchazečem, avšak jakoukoli bližší specifikaci těchto důvodů neobsahují.
76. V rámci svého vyjádření ze dne 16. 6. 2017 zadavatel mj. uvedl, že: „*(...) z technických důvodů a z důvodu ochrany autorských práv mohla být VZ splněna pouze určitým dodavatelem*“, případně, že „*(...) předmětem plnění jmenované VZ, bylo rozšíření již dříve poskytnutého ekonomického informačního systému IS IRAP*“, avšak tato konstatování zadavatele opět představují pouhá obecná tvrzení, která fakticky žádný konkrétní a relevantní technický důvod neuvádějí.
77. Ve vyjádření ze dne 16. 6. 2017 zadavatel dále uvedl, že vybraný uchazeč „*(...) měl velmi podrobné informace o tom, na jaké konkrétní komponenty v rámci svého předchozího autorského díla bude v daném období navazovat a na rozdíl od jiného dodavatele (za předpokladu, že by poskytl autorskoprávní či jinou licenci jiné osobě), tak mohl maximálně využít stávajících systémových a aplikačních návazností (...)*“. K tomu Úřad uvádí, že tvrzení zadavatele týkající se lepší informovanosti vybraného uchazeče o návaznosti plnění tvořícího předmět šetřené veřejné zakázky na jím dříve poskytnutá plnění oproti jiným dodavatelům je sice s největší pravděpodobností pravdivé, avšak dle Úřadu z něj vyplývá pouze to, že vybraný uchazeč by byl při plnění veřejné zakázky oproti jiným dodavatelům ve výhodě, což však nelze stavět na roveň situaci, kdy veřejnou zakázku z technických důvodů objektivně není schopen plnit nikdo jiný než vybraný uchazeč.
78. Konkrétní technické důvody, jež by vedly k faktické nemožnosti plnění veřejné zakázky jiným dodavatelem, zadavatel tedy ve svých vyjádřeních a v poskytnutých dokumentech neuvádí. Vzhledem k výše uvedenému tak dle Úřadu z informací poskytnutých zadavatelem nelze dojít k závěru, že by se zadavatel před zadáním veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona tvrzenými „*technickými důvody*“ blíže zabýval, a že tak zadavatel má najisto postaveno, že konkrétní a relevantní technické důvody pro zadání veřejné zakázky opravdu existují.
79. Zadavatel musí v řízení před Úřadem prokázat, že z hlediska technického opravdu neexistoval v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky. Úřad uvádí, že povinnost zjištění skutkového stavu věci Úřadem se s ohledem na přenos důkazního břemene v souvislosti s doložením naplnění podmínek opravňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda zadavatel toto důkazní břemeno unesl. Je tedy povinností zadavatele, aby svůj postup spočívající v zadání veřejné zakázky v jednacím řízení



bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona byl schopen nejen odůvodnit, ale své závěry o existenci důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona také doložit relevantními podklady. Úřad tedy nerezignuje na svoji povinnost zjistit úplný skutkový stav věci, avšak nemůže za zadavatele povinnost ohledně doložení existence objektivních důvodů k použití jednacímho řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona suplovat. Úřad má tedy v šetřeném případě povinnost posoudit, zda zadavatel unesl důkazní břemeno, tedy zda prokázal naplnění důvodů pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění.

80. Pokud jde o způsob prokázání existence technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, Úřad odkazuje na již výše zmíněný rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, ve kterém soud v této souvislosti uvedl, že *„považuje dále za vhodné akcentovat úvahu krajského soudu zmíněnou v úvodní části odůvodnění napadeného rozsudku, se kterou se ztotožňuje, podle níž relevantním podkladem k prokázání důvodů pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ mohou být toliko listiny obsahující odborné technické hodnocení...“* a též na své pravomocné rozhodnutí č. j. S0823/2014/VZ-44764/2016/512/VNv ze dne 4. 11. 2016. K tomu Úřad uvádí, že zadavatel ve správním řízení nepředložil žádné listiny, které by obsahovaly odbornou technickou analýzu týkající se nemožnosti plnění veřejné zakázky jiným dodavatelem než vybraným uchazečem, a neprokázal tedy, že veřejnou zakázku mohl z technického hlediska realizovat opravdu pouze vybraný uchazeč.
81. Úřad tak dospěl k závěru, že technické důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona zadavatel neprokázal a neunesl tak důkazní břemeno ohledně existence těchto důvodů.
82. Pokud jde o zadavatelem tvrzenou existenci objektivních důvodů pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění spočívajících v nutnosti ochrany autorských práv, Úřad uvádí následující.
83. Z vyjádření zadavatele a z jím předložených listin vyplývá, že systém IRAP, jehož podpora, údržba a rozvoj je předmětem šetřené veřejné zakázky, byl vybraným uchazečem pro zadavatele vytvořen na základě Původní smlouvy. Z čl. II. „Předmět smlouvy“ Původní smlouvy vyplývá, že předmět plnění zahrnoval mj. dodání licencí k používání jednotlivých modulů systému IRAP, přičemž zadavateli bylo uděleno nevýhradní a nepřenositelné právo k užívání systému, a dále je zde uvedeno, že projekty i programová řešení předmětného systému jsou originální díla ve smyslu zákona č. 35/1965 Sb., o literárních, vědeckých a uměleckých dílech (autorský zákon) s tím, že předáním systému zadavatel získá právo na jeho užití svými pracovníky.
84. V čl. VIII. odst. D. „Povinnosti a závazky objednatele“ Původní smlouvy bylo dále sjednáno, že zadavatel nebude bez souhlasu zhotovitele dílo kopírovat, rozšiřovat a že učiní veškerá opatření, aby tomuto zabránil i ze strany třetích osob. Dále se zadavatel zavázal neprovádět vlastními pracovníky žádné změny předmětného systému. Zadavatel se také zavázal dodržet závazky vyplývající z autorského zákona.
85. Z podkladů poskytnutých zadavatelem dále vyplývá, že systém IRAP byl po jeho vytvoření na základě Původní smlouvy dále provozován, spravován a rozvíjen na základě dalších smluv, které zadavatel v mezidobí od uzavření Původní smlouvy do uzavření Smlouvy o podpoře uzavřel s vybraným uchazečem. Úřad pouze pro úplnost uvádí, že z těchto smluv nevyplývá jiná úroveň autorskoprávní ochrany systému IRAP než jaká byla zakotvena v Původní smlouvě,

tj. ani na základě následně uzavřených smluv nezískal zadavatel k systému IRAP širší oprávnění než právo systém užívat.

86. V souhrnu výše uvedených skutečností Úřad rekapituluje, že systém IRAP byl pro zadavatele vytvořen na základě Původní smlouvy, přičemž jakožto počítačový program je chráněn coby dílo ve smyslu příslušných autorskoprávních předpisů. Z Původní smlouvy, jakož i z následně uzavřených smluv mezi zadavatelem a vybraným uchazečem také vyplývá, že zadavatel je oprávněn systém IRAP užívat, a není oprávněn do něj zasahovat, přičemž dle vyjádření zadavatele vybraný uchazeč neměl vůli udělit autorskoprávní nebo jinou licenci jinému subjektu, který by případně mohl plnění veřejné zakázky zadavateli poskytnout. Předmětem šetřené veřejné zakázky je pak zásah do systému IRAP, neboť předmětem plnění veřejné zakázky je zajištění technické a provozní podpory tohoto systému spočívající v poskytování služby hot-line, řešení vad, zhotovení a dodání nových verzí systému v souladu s novou legislativou či rozvoj předmětného systému.
87. Jak již Úřad uvedl, z judikatury citované v odůvodnění tohoto rozhodnutí jednoznačně vyplývá, že při posuzování naplnění podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona je nezbytné vždy zkoumat nejen to, zda objektivně existují výhradní práva svědčící konkrétnímu dodavateli, s ohledem na něž není možno veřejnou zakázku zadat jinému subjektu, ale je nutno zkoumat i naplnění materiální podmínky pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění, tj. zda zadavatel stav výlučnosti tohoto dodavatele pro plnění veřejné zakázky sám nevytvořil. Aniž by tedy bylo nutno se blíže zabývat obsahem v Původní smlouvě sjednaného práva zadavatele systém IRAP užít (zejména s ohledem na vymezení obsahu tohoto práva v příslušných autorskoprávních předpisech), Úřad konstatuje, že i pokud by zadavatelem tvrzená autorskoprávní ochrana systému IRAP a z ní plynoucí nemožnost zadavatele (resp. jiného dodavatele) do systému zasahovat objektivně existovala, jako oprávněný důvod pro použití JRBU by obstála pouze v případě, že by ji zadavatel sám nezpůsobil. Z toho důvodu se Úřad dále zabýval naplněním materiální podmínky použití jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany autorských práv, tj. posouzením, zda zadavatel jím tvrzený stav, kdy veřejnou zakázku podle něj může splnit pouze vybraný uchazeč, sám nevytvořil.
88. V této souvislosti Úřad odkazuje na již výše uvedený rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, který přinesl odpověď na otázku, zda skutečnost, že zadavatel stav exkluzivity způsobil sám, je či není při posouzení naplnění podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona relevantní. Z citovaného rozsudku považuje Úřad za nezbytné opětovně i na tomto místě přímo citovat, že *„jednacím řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně i fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastatou situaci dostupnými právními prostředky změnit.“* Závěry tohoto rozsudku taktéž korespondují se závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 28. 11. 2012, v němž se Nejvyšší správní soud zabýval situací, kdy byl postup zadavatele veřejné zakázky zatížen vadou již při tvorbě nedokonalé a nepodložené projektové dokumentace a dospěl k závěru, že *„...předvídatelnou nedokonalost projektové dokumentace a nemožnost na jejím základě dokončit původní předmět díla nelze následně*

*zhojit zadáním prací pomocí jednacím řízení bez uveřejnění.*“ Nejvyšší správní soud také odkázal na dřívější rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 3/2002 ze dne 5. 11. 2002, v němž soud konstatoval, že okolnosti, které by mohly odůvodňovat postup, kdy zadavatel osloví jednoho konkrétního zájemce, nemohou vycházet ze stavu, kdy si zadavatel nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až je následně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolává se postupu dle daného ustanovení zákona.

89. Úřad zdůrazňuje i to, co uvedl již v bodě 64. odůvodnění tohoto rozhodnutí, a sice že pokud Nejvyšší správní soud dále zdůraznil, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážit, *„zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný“*, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky, dle rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015: *„citované argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného „zavinění“ půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem, kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadání navazujících zakázek“*.
90. Z výše uvedeného vyplývá, že aby bylo možno konstatovat, že zadavatel, který svým jednáním při zadávání původní veřejné zakázky vytvořil exkluzivní postavení dodavatele původní veřejné zakázky, postupoval pouze „nešikovně“, muselo by v daném případě dojít k tomu, *„aby zadavatel prokazatelně neměl vědomí o tom, že v budoucnu vznikne potřeba zadat další veřejné zakázky“* (rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015).
91. K tomuto Úřad uvádí, že předmětem plnění dle Původní smlouvy byla: *„... komplexní dodávka a zavedení ekonomického informačního systému IRAP u objednatele...“*. Součástí Původní smlouvy bylo dále mj. následující ujednání v čl. VII. odst. H. *„Povinnosti, závazky a záruky zhotovitele“* Původní smlouvy: *„Zhotovitel se zavazuje na základě požadavku objednatele po ukončení zkušebního provozu Systému uzavřít s objednatelem smlouvu o údržbě a aktualizaci Systému, přičemž údržba je poskytována formou služby hot-line, servisní pozáruční podpory, formou dodávek vyšších verzí modulů, příslušné dokumentace; aktualizací Systému se rozumějí realizace a distribuce úprav funkcí Systému v souladu se změnami platné legislativy“*.
92. Předmětem plnění šetřené veřejné zakázky je dle čl. 3 „Předmět plnění smlouvy“ Smlouvy o podpoře:
- „3.1. Poskytování služby hot-line,
  - 3.2. Řešení vad,
  - 3.3. Zhotovení a dodávka nových verzí Systému označovaných jako Upgrade a Update,
  - 3.4. Služby WWW serveru pro vedení Hlášení o Vadách včetně stavu jejich řešení. Služby WWW serveru pro evidenci Požadavků,
  - 3.5. Školící činnost dle požadavků Odběratele na základě zvlášť k tomu účelu vystavených objednávek,
  - 3.6. Konzultační činnost dle požadavků Odběratele na základě zvlášť k tomu účelu vystavených objednávek,
  - 3.7. Poskytování činností a služeb souvisejících se Systémem dle požadavků Odběratele, na základě zvlášť k tomu účelu vystavených objednávek,

- 3.8. *Zajištění rozvoje Systému dle požadavků Odběratele v rozsahu 100 člověkodní/rok,*
- 3.9. *Zajištění rozvoje Systému dle požadavků Odběratele na základě zvláště k tomu účelu vystavených objednávek, nad rámec rozsahu uvedeného v bodě 3. 8.“.*

93. Úřad s ohledem na výše uvedenou judikaturu provedl porovnání předmětu plnění veřejné zakázky sjednaného na základě Smlouvy o podpoře s plněním, které bylo sjednáno na základě Původní smlouvy a konstatuje, že již z textu Původní smlouvy, konkrétně z jejího čl. VII. odst. H. je zcela zřejmé, že zadavatel měl při jejím uzavření zájem na tom, aby mu vybraný uchazeč v budoucnu poskytoval další služby související s provozem a užíváním systému IRAP, přičemž minimálně některé z těchto služeb odpovídají činnostem sjednaným ve Smlouvě o podpoře. Konkrétně činnosti vymezené v čl. VII. odst. H. Původní smlouvy jako „služba hot-line“, „servisní pozáruční podpora“ a „dodávky vyšších verzí modulů“ dle Úřadu odpovídají činnostem specifikovaným v čl. 3.1. - 3.3. Smlouvy o podpoře (poskytování služby hot-line, řešení vad a zhotovení a dodávka nových verzí systému označovaných jako upgrade a update).
94. V rámci posouzení materiální stránky použití jednacích řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky tak Úřad s odkazem na výše zmíněnou konstantní judikaturu konstatuje, že judikovanou podmínku o potřebě plnění, které zadavatel nemohl předvídat, šetřená veřejná zakázka nespĺňuje, jelikož zadavatel si již v Původní smlouvě zakotvil, že určité konkrétní činnosti, které jsou nyní předmětem Smlouvy o podpoře uzavřené na základě jednacích řízení bez uveřejnění, budou vybraným uchazečem realizovány v budoucnu na základě samostatných smluv, z čehož je zřejmé, že o potřebě tohoto plnění zadavatel věděl již v době uzavření Původní smlouvy. Nelze tak konstatovat, že by potřeba předmětných prací vznikla nezávisle na vůli zadavatele a že jeho postup by byl pouze „nešikovný“. Zadavatel prokazatelně měl vědomí o tom, že v budoucnu vznikne potřeba předmětné činnosti zadat, jelikož to byl právě on, kdo si ujednání týkající se těchto činností zakotvil již v roce 1997 v Původní smlouvě.
95. K dalším činnostem sjednaným v čl. 3 „Předmět plnění smlouvy“ Smlouvy o podpoře Úřad uvádí, že spočívají v zajištění hlášení o vadách a jejich řešení, školicí činnosti, konzultační činnosti, poskytování činností a služeb souvisejících se systémem IRAP dle požadavků zadavatele, a zajištění rozvoje systému IRAP. S ohledem na předmět Původní smlouvy, kterým byla komplexní dodávka a zavedení ekonomického informačního systému u zadavatele, nelze dle Úřadu ani u těchto činností dojít k závěru, že zadavatel nemohl mít při uzavírání Původní smlouvy vědomí o potřebě jejich budoucího provedení, neboť se jedná o takový druh činností, které obecně s provozem počítačového systému bezprostředně souvisí a u kterých tedy musel zadavatel v době uzavírání Původní smlouvy rozumně očekávat, že potřeba jejich provedení vznikne.
96. Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013: „není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy by musel veřejnou zakázku přidělit pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách“ a dále: „zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento stav exkluzivity vytvořil“, což je závěr, který je dle Úřadu aplikovatelný na šetřený případ, jelikož jak bylo uvedeno výše, předmět šetřené veřejné představují činnosti, jejichž budoucí poskytnutí vybraným uchazečem bylo zakotveno již na základě Původní smlouvy v roce 1997, resp. činnosti, u kterých zadavatel musel v době uzavírání Původní smlouvy důvodně očekávat, že

nastane potřeba jejich provedení.

97. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uzavírá, že z materiální stránky nebyla podmínka pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu ochrany výhradních práv splněna, a zadavatel se tedy na nutnost ochrany autorských práv vybraného uchazeče při zdůvodnění svého postupu při zadání veřejné zakázky nemůže účinně odvolávat.
98. K argumentaci zadavatele týkající se skutečnosti, že na základě informací Ministerstva financí České republiky v době uzavření Původní smlouvy vycházel z předpokladu, že předmětný systém nebude dlouhodobě využíván, a z tohoto důvodu si v licenčních ujednáních k systému IRAP nevyhradil ustanovení, která by mu umožňovala jeho následné úpravy, Úřad předně uvádí, že s ohledem na to, že již v Původní smlouvě si zadavatel výslovně zakotvil, že určité činnosti, které následně zadal vybranému uchazeči v jednacím řízení bez uveřejnění, mu bude vybraný uchazeč v budoucnu poskytovat, nedává tato argumentace smysl. Pokud zadavatel při uzavření Původní smlouvy požadoval od vybraného uchazeče závazek k poskytování určitých činností po ukončení zkušebního provozu systému, pak zjevně již v tomto okamžiku věděl, že po ukončení zkušebního provozu bude minimálně tyto činnosti vyžadovat, a nemůže tedy argumentovat tím, že nepředpokládal, že systém nebude dlouhodobě využíván. Úřad dodává, že zadavatel ani nepředložil žádné konkrétní důkazy, které by prokazovaly, že jím uváděné informace od Ministerstva financí České republiky opravdu obdržel, a tedy ani ve vztahu k tomuto dílčímu argumentu neunesl důkazní břemeno.
99. Dle Úřadu tak nelze akceptovat ani argumentaci zadavatele, že by bylo v době uzavírání Původní smlouvy „neúčelné, neekonomické a neefektivní“, jestliže by si zadavatel vyhrazoval práva, o kterých neví, zda v budoucnu nastanou, jelikož v případě šetřené veřejné zakázky se jedná o činnosti, jejichž budoucí poskytování vybraným uchazečem si zadavatel sjednal již v Původní smlouvě, tedy prokazatelně o tom, že potřeba jejich provedení nastane, věděl, resp. o činnosti, u kterých měl s ohledem na jejich povahu důvodně očekávat, že jejich potřeba nastane.
100. K argumentaci zadavatele o ekonomičnosti jeho postupu Úřad dále uvádí, že postup, kdy zadavatel od uzavření Původní smlouvy na vytvoření systému IRAP opakovaně uzavírá s vybraným uchazečem smlouvy týkající se provozování a úprav systému, lze jen stěží považovat za postup ekonomický, resp. ekonomičtější, než kdyby předmětné služby byly zajišťovány dlouhodobě dodavatelem vybraným např. na základě otevřeného řízení. Úřad v této souvislosti dále odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 18/2015 – 32, ve kterém je uvedeno, že „... *důkazní břemeno, pokud jde o prokázání naplnění podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, svědčí zadavateli (stěžovateli), proto nelze důvodně požadovat po správních orgánech či krajském soudu, aby se nad rámec podkladů předložených stěžovatelem zabývaly „porovnáním ekonomických výdajů stěžovatele na pořízení nového programového vybavení“. Nejvyšší správní soud se pak ztotožňuje se závěry krajského soudu i v tom smyslu, že zásada ekonomičnosti nemůže mít automaticky aplikační přednost před splněním striktních zákonných podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, a to zvláště tehdy, pokud stěžovatel nemá k dispozici důkladný ekonomický rozbor svědčící takové výhodnosti.“. Ekonomická stránka předmětné zakázky tedy sama o sobě nemůže být důvodem pro využití jednacího řízení bez uveřejnění a jakkoli odborně provedená analýza či odborný posudek nemůže plnohodnotně nahradit chování soutěžitelů na volném trhu. V daném případě*

navíc zadavatel hospodárnost svého postupu prostřednictvím ekonomické analýzy či jiného relevantního podkladu nijak nedoložil.

101. K argumentu zadavatele, že vyloučení použití jednacímho řízení bez uveřejnění v šetřené veřejné zakázce by pro něj znamenalo nutnost pořídit „vždy dané plnění opakovaně a zcela nově“, čímž by došlo ke znehodnocení již vynaložené investice, což by bylo dle zadavatele extrémně nevhodné, Úřad odkazuje kromě výše citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 18/2015 – 32 též na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015, ve kterém soud – přílehuvě i na posuzovaný případ – uvedl: *„Tu soud také poznamenává, že sama zásada hospodárnosti, nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacímho řízení bez uveřejnění zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže“*. Z uvedeného vyplývá, že nelze akceptovat takový postup zadavatele, při kterém by ve jménu zásady hospodárnosti docházelo k diskriminaci určitého okruhu uchazečů a omezování hospodářské soutěže. Obdobný závěr pak vyplývá z rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř ze dne 29. 9. 2016, v jehož rámci předseda Úřadu mimo jiné konstatoval, že *„snaha zadavatele být „dobrým hospodářem“ je zcela souladná s obecnými principy ovládající jeho hospodaření s veřejnými finančními prostředky, avšak zcela neudržitelná jako opora pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění.“*
102. K zadavatelem citovanému rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013 Úřad uvádí, že na rozdíl od tehdy posuzované věci se v nyní šetřeném případě v rámci veřejné zakázky nejednalo o plnění, u kterého nebylo možné očekávat, že v budoucnu nastane, nebo plnění, které by vzniklo objektivně nezávisle na vůli zadavatele, resp. o plnění, které by nebylo spjato se samotnou „životností“ předmětného systému. V šetřeném případě tak na rozdíl od tehdy posuzované věci nelze učinit závěr, že zadavatel nemohl v době uzavírání Původní smlouvy požadovat širší licenční ujednání či zdrojový kód, respektive si vyhrazovat práva, o kterých nevěděl, zda v budoucnu nastanou, jelikož s ohledem na vše výše uvedené se v případě šetřené veřejné zakázky nejednalo o nepředvídatelné plnění.
103. K zadavatelem uváděným důvodům použití jednacímho řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona tak Úřad shrnuje, že zadavatel neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacímho řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, jak bylo výše Úřadem uvedeno. Pokud jde o zadavatelem tvrzenou existenci výhradních práv vybraného uchazeče k systému IRAP a autorskoprávní ochranu dle autorského zákona, Úřad uvádí, že zadavatel nenaplnil materiální podmínku použití jednacímho řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, jelikož nelze dojít k závěru, že „stav exkluzivity“ vybraného uchazeče nezpůsobil, neboť, jak bylo výše vyloženo, již při uzavírání Původní smlouvy musel prokazatelně vědět, že provedení činností, které jsou předmětem šetřené veřejné zakázky, bude v budoucnu potřebovat.
104. Úřad na tomto místě pro úplnost dodává, že jelikož zadavatel v šetřeném zadávacím řízení postupoval podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném ke dni zahájení zadávacímho řízení, a v mezidobí od zahájení zadávacímho řízení do vydání tohoto rozhodnutí, konkrétně dne 1. 10. 2016, nabyt účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), bylo nutno v rámci správního řízení posoudit, zda právní úprava zakotvená v ZZVZ není pro zadavatele příznivější, a zda ji tudíž není nutno s ohledem na čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod na šetřený případ aplikovat. Pokud jde o podmínky pro možnost

zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tyto ZZVZ upravuje v § 63, který stanoví, že jednacím řízení bez uveřejnění může být zadavatelem použito mj. v případě, kdy veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž, či v případě, že je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví. Tato úprava tedy příznivější oproti právní úpravě účinné v době uzavření Smlouvy o podpoře není. Úřad současně dodává, že jelikož v daném případě byla na základě jednacím řízení bez uveřejnění uzavřena (samostatná) smlouva, která nemění Původní smlouvu, nelze na šetřený případ jako případnou příznivější právní úpravu aplikovat ani ustanovení § 222 ZZVZ.

105. Úřad na základě výše uvedených skutečností shrnuje, že zadavatel zadal šetřenou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv a z důvodů technických, ačkoliv k tomu nebyly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, když důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil sám zadavatel v důsledku svého předchozího postupu při uzavření Původní smlouvy a současně zadavatel neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč.
106. Uvedený nezákonný postup zadavatele přitom mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť použitím jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacím řízení zúčastnit, resp. zcela vyřadil možnost účasti jakéhokoliv jiného uchazeče než vybraného uchazeče. Nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a zadával veřejnou zakázku v jiném, otevřenějším, druhu zadávacím řízení, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří mohli nabídnout výhodnější plnění než vybraný uchazeč.
107. K potencialitě vlivu nezákonného postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012, kde soud uvedl, že *„[p]ro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbytvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou. [...] K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat“*. Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že *„v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „...nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.“* Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že *„pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZZVZ, přitom k porušení ZZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.“*

108. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „z dikce ‚podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit‘ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu [...]. Již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.“
109. Se shora uvedeným závěrem Krajského soudu v Brně vyslovil souhlas i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 4 As 61/2016-38 ze dne 28. 6. 2016, když konstatoval, že v případě, kdy správní orgán (Úřad) shledá, že „se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu (...) Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem (...), že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“
110. Na základě výše uvedeného tedy Úřad dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného vytvořil sám zadavatel v důsledku svého předchozího postupu při uzavření Původní smlouvy a současně zadavatel neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč přičemž výše uvedený tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 30. 9. 2014 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Z toho důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **K výroku II. rozhodnutí – uložení sankce**

111. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
112. Jelikož zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu, dopustil se spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
113. Podle § 121 odst. 3 zákona (ve znění zákona účinném do 5. 3. 2015) odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.



114. Podle § 121 odst. 3 zákona (účinném od 6. 3. 2015) odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán. Totožně upravoval dobu, ve které dochází k zániku odpovědnosti za správní delikt, od 1. 10. 2016 do 30. 6. 2016 i § 270 odst. 3 ZZVZ. Podle § 270 ZZVZ ve znění účinném od 1. 7. 2017 činí (objektivní) promlčecí doba taktéž 5 let.
115. V návaznosti na čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod Úřad konstatuje, že v případě správního trestání je nutné zohlednit případnou pozdější příznivější právní úpravu pro zadavatele. Jak vyplývá z výše uvedeného, podle právní úpravy účinné ke dni spáchání správního deliktu činila délka objektivní a subjektivní lhůty pro zánik odpovědnosti za správní delikt 10 a 5 let. Pozdější právní úprava délku těchto lhůt zkrátila na 5 a 3 roky, a současná právní úprava stanoví (objektivní) promlčecí dobu v délce 5 let.
116. Správní delikt dle výroku I. tohoto rozhodnutí byl spáchán uzavřením Smlouvy o podpoře dne 30. 9. 2014 a správní řízení bylo zahájeno dne 30. 6. 2017, tedy ve lhůtě kratší než 3 roky. Pokud vyjdeme z logického předpokladu, že Úřad se o spáchání správního deliktu mohl dozvědět nejdříve v den, kdy k jeho spáchání došlo, a současně správní řízení ve věci tohoto správního deliktu bylo Úřadem zahájeno ve lhůtě kratší než 3 roky, pak je zřejmé, že k uplynutí subjektivní (ani objektivní) lhůty pro zánik odpovědnosti za správní delikt nedošlo ani z pohledu právní úpravy účinné ke dni spáchání správního deliktu, ani z pohledu právních úprav pozdějších. Z tohoto pohledu tak není pozdější právní úprava pro zadavatele příznivější.
117. V daném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž cena veřejné zakázky činila 2 798 125 Kč vč. DPH.
118. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona. Z výše uvedeného vyplývá, že za spáchání správního deliktu dle výroku č. I. tohoto rozhodnutí činí horní hranice pokuty částku 279 812,50 Kč.
119. Úřad ve vztahu ke způsobu stanovení výše uložené pokuty na tomto místě rovněž odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 As 245/2015 – 33 ze dne 16. 8. 2016, v němž je mimo jiné konstatováno následující: *„Podle § 35 trestního zákona se při postihu souběhu trestných činů ukládá úhrnný nebo souhrnný trest. Tyto tresty „představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: cit. dílo, str. 301). Z téhož ustanovení pak plyne zásada uložení shodného trestu za sbíhající se trestné činy bez ohledu na to, zda je o těchto činech vedeno společné řízení (§ 20 odst. 1 trestního řádu) či ne. Při ukládání úhrnného i souhrnného trestu soud vychází ze stejných zásad. Z hlediska trestního práva tedy nehraje roli, kdy všechny sbíhající se trestné činy vyjdou najevo, tato skutečnost nesmí být pachateli ani ku prospěchu, ani na újmu. Je zřejmé, že pro trestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale naopak je zcela nezbytné použití absorpční zásady, tedy vzájemné posouzení veškerých souvisejících trestních sazeb.“*
120. S ohledem na výše uvedené provedl Úřad šetření, zda je v daném případě namístě zohlednit i jiné sbíhající se delikty, za které již zadavateli byla uložena pokuta podle zákona. Ke spáchání právě projednávaného správního deliktu došlo dne 30. 9. 2014. Úřad konstatuje,

že v právě projednávaném případě je správní delikt zadavatele uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí v souběhu s následujícími delikty:

- s delikty, o kterých bylo Úřadem rozhodnuto ve výrocích I. – II. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0290/2015/VZ-15436/2015/532/ZČa ze dne 22. 6. 2015, které byly spáchány dne 17. 12. 2012 a 13. 9. 2013;
- s deliktem, o kterém bylo Úřadem rozhodnuto ve výroku I. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0431/2015/VZ-26356/2015/532/Mon ze dne 4. 9. 2015, který byl spáchán dne 21. 10. 2014;
- s delikty, o kterých bylo Úřadem rozhodnuto ve výrocích I. – III. příkazu č. j. ÚOHS-S0406/2016/VZ-22821/2016/523/MKv ze dne 27. 5. 2016, které byly spáchány dne 21. 10. 2013 (správní delikty uvedené ve výroku I. a II. citovaného rozhodnutí) a 7. 10. 2014 (správní delikt uvedený ve výroku III. citovaného rozhodnutí).

(veškerá pravomocná rozhodnutí Úřadu jsou dostupná online na <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti.html>).

121. S ohledem na výše uvedené Úřad přikročil k uplatnění institutu souhrnného trestu způsobem, který se Úřadu jeví v oblasti správního práva jako jediný možný, kdy nevzniká riziko, že by se Úřad jako správní orgán dopustil nedodržení zásady legality zakotvené v článku 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.
122. Pokud by měl Úřad uložit zadavateli pokutu za všechny uvedené delikty a nemá-li zároveň v tomto správním řízení zákonné zmocnění zrušit předcházející „výroky o trestu“ (tj. výroky uvedené v bodě 120 odůvodnění tohoto rozhodnutí), lze absorpční zásadu ve formě uplatnění pravidel pro ukládání souhrnného trestu aplikovat pouze tím způsobem, že Úřad v rámci uložení sankce za projednávané správní delikty zohlední předchozí uložené pokuty za delikty, jež jsou s projednávaným deliktem v souběhu, tj. pokuty uložené rozhodnutími uvedenými v bodě 120 odůvodnění tohoto rozhodnutí za spáchání správního deliktu.
123. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, přičemž zákon demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Při zvažování závažnosti správního deliktu pak Úřad zohlednil následující skutečnosti.
124. Ke způsobu spáchání správního deliktu Úřad uvádí, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při výběru dodavatele veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když dne 30. 9. 2014 uzavřel v rámci jednacích řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku, aniž by pro daný druh zadávacího řízení byly splněny zákonem stanovené podmínky, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Vybraný uchazeč nebyl v souvislosti s předmětem veřejné zakázky zadané v jednacím řízení bez uveřejnění vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky. Úřad konstatuje, že nezákonné vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, jehož hlavním cílem je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže.

Následkem postupu zadavatele došlo zcela k vyloučení hospodářské soutěže, neboť v důsledku nezákonného postupu zadavatele došlo k zadání předmětné veřejné zakázky přímo vybranému uchazeči.

125. Jako přitěžující okolnost Úřad zohlednil skutečnost, že plnění veřejné zakázky na základě Smlouvy o podpoře bylo sjednáno téměř 17 let od uzavření Původní smlouvy, přičemž tak Úřad nemůže přehlédnout nevyužitý časový úsek, ve kterém se zadavatel mohl pokusit stávající právní vztah týkající se systému IRAP mezi ním a vybraným uchazečem upravit.
126. Úřad ale také nepřehlídí a s odkazem na Vyjádření zadavatele ze dne 10. 7. 2017 ve prospěch zadavatele zohledňuje jeho snahu napravit současný nežádoucí stav rozhodnutím nadále nepokračovat v podpoře současného systému IRAP (čemuž Úřad rozumí jako rozhodnutí nadále v souvislosti s tímto systémem nezadávat veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění) a zadat novou veřejnou zakázku v otevřeném řízení.
127. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako „nespravedlivá“. Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z internetové stránky <http://monitor.statnipokladna.cz/2017/statni-rozpocet/kapitola/317#>, konkrétně z rozpočtu zadavatele na rok 2017 vyplývá, že zadavatel pro rok 2017 disponuje s příjmy v celkové výši 11 287 038 tis. Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
128. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Je tedy třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů proto Úřad uložil pokutu v dolní polovině možné sazby ve výši 80 000 Kč, přičemž ji posoudil vzhledem k souvislostem případu jako dostačující a možnostem zadavatele přiměřenou.
129. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
130. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Rozklad se podává

s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Mojmír Florian

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda

**Obdrží**

Česká republika - Ministerstvo pro místní rozvoj, Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha

**Vypraveno dne**

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