



UOHSX00AFXF3

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0298/2017/VZ-26507/2017/522/PKř

Brno: 12. září 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 1. 8. 2017, jehož účastníkem je

- obviněný – Česká republika - Ministerstvo vnitra, IČO 000 07 064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, při zadávání veřejné zakázky „Rámcová smlouva o poskytování technické podpory a rozvoje aplikačního software NS-VIS“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 25. 5. 2016, přičemž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 6. 2016 pod ev. č. 516681 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 116-206985,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – Česká republika - Ministerstvo vnitra, IČO 000 07 064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – **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 „Rámcová smlouva o poskytování technické podpory a rozvoje aplikačního software NS-VIS“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 25. 5. 2016, přičemž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 6. 2016 pod ev. č. 516681 a v Úředním věstníku

Evropské unie dne 17. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 116-206985, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku z důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče – IBM Česká republika, spol. s r.o., IČO 14890992, se sídlem V Parku 2294/4, 148 00 Praha 4 – vytvořil sám obviněný v důsledku svého předchozího postupu při uzavření smlouvy o dílo č. j. ZM-162/VZ-2006 ze dne 23. 10. 2006 za účelem realizace projektu Národního vizového informačního systému (NS-VIS), přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a obviněný uzavřel dne 10. 6. 2016 s uvedeným vybraným uchazečem Rámcovou smlouvu o poskytování technické podpory a rozvoje aplikačního software NS-VIS.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – Česká republika - Ministerstvo vnitra, IČO 000 07 064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ukládá

pokuta ve výši 1 000 000 Kč (jeden milion korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – Česká republika - Ministerstvo vnitra, IČO 000 07 064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“ nebo „ZVZ“), odesláním výzvy jednomu zájemci k jednání ze dne 25. 5. 2016 (dále jen „výzva k jednání“) jednacím řízením bez uveřejnění za účelem zadání veřejné zakázky „Rámcová smlouva o poskytování technické podpory a rozvoje aplikačního software NS-VIS¹“, přičemž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 6. 2016 pod ev. č. 516681 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 116-206985 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V čl. 2 „Předmět a rozsah veřejné zakázky“ výzvy k jednání obviněný specifikoval předmět plnění jako „*poskytování technické podpory provozu a zajištění rozvoje aplikace národní součásti vizového informačního systému NS-VIS od uzavření Rámcové smlouvy do 31. 3. 2019.*“
3. V čl. 2. „Termín plnění“ bodu 2.1. přílohy č. 1 „Zadávací dokumentace“ výzvy k jednání je uvedeno, že se „*předpokládá [...] plnění po dobu 3 let v období od uzavření rámcové smlouvy do 31. 3. 2019 nebo do vyčerpání finančního limitu 200 000 000,- Kč; přesněji bude dohodnuto na jednání.*“

¹ „NS-VIS“ – národní součást vizového informačního systému

4. V čl. 2. „Předmět smlouvy“ bodu 2.1. přílohy č. 8 „NÁVRH – Rámcová smlouva“ výzvy k jednání (dále jen „návrh rámcové smlouvy“) je předmět šetřené veřejné zakázky, resp. předmět rámcové smlouvy specifikován následujícím způsobem:
„a) Poskytování technické podpory provozu aplikace národní součásti vizového informačního systému NS-VIS (dále také jen „Plnění A“);
b) Zajišťování rozvoje aplikace národní součásti vizového informačního systému NS-VIS (dále také jen „Plnění B“).“
5. V čl. 2. „Předmět smlouvy“ bodu 2.2. návrhu rámcové smlouvy je uvedeno, že *„[p]odrobná specifikace předmětu plnění je uvedena v Příloze č. 1 této Smlouvy, která rovněž obsahuje rozdělení plnění na fixní služby a variabilní služby, které Dodavatel poskytuje Objednateli na vyžádání.“*
6. Příloha č. 1 „Specifikace předmětu plnění – rozsah služeb“ návrhu rámcové smlouvy pak obsahuje podrobnou specifikaci předmětu plnění.
7. Z protokolu z jednání s uchazečem ze dne 26. 5. 2016 vyplývá, že dne 25. 5. 2016 byla k jednání vyzvána společnost IBM Česká republika, spol. s r.o., IČO 14890992, se sídlem V Parku 2294/4, 148 00 Praha 4 (dále jen „vybraný uchazeč“) a zároveň bylo se zástupci vybraného uchazeče dohodnuto, že další termín jednání bude 7. 6. 2016 v 10:00 hod. a vybraný uchazeč na něm předloží nabídku.
8. Z protokolu z jednání s uchazečem ze dne 7. 6. 2016 vyplývá, že vybraný uchazeč obviněnému doručil téhož dne nabídku, na jejímž základě komise konstatovala, že vybraný uchazeč splňuje všechny požadavky zadavatele a nabídka splňuje požadovaný předmět plnění a doporučila obviněnému uzavřít s vybraným uchazečem rámcovou smlouvu.
9. Následně obviněný dne 7. 6. 2016 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, a to nabídky vybraného uchazeče, přičemž vybraný uchazeč se dne 8. 6. 2016 vzdal práva na podání námitek.
10. Dne 10. 6. 2016 tak obviněný uzavřel s vybraným uchazečem Rámcovou smlouvu o poskytování technické podpory a rozvoje aplikačního software NS-VIS, č. j. PPR-18586-30/2015/990656 (dále jen „rámcová smlouva“).

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

11. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) získal pochybnosti o tom, zda obviněný postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem, konkrétně zda obviněný, když dne 10. 6. 2016 uzavřel s vybraným uchazečem rámcovou smlouvu na veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „JŘBU“) s odkazem na ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, nepostupoval v rozporu s § 21 odst. 2 zákona, resp. zda byly splněny zákonem stanovené podmínky pro využití tohoto druhu zadávacího řízení, neboť z dokumentace o veřejné zakázce ani z vyjádření obviněného, resp. dalších informací není zcela zřejmé, zda si „stav exkluzivity“, na který se obviněný odkazuje na existenci jediného v úvahu přicházejícího dodavatele odvolává, nevytvořil obviněný sám, a to uzavřením původní smlouvy, přičemž tento postup mohl mít rovněž i podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky a obviněný již uzavřel smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku.

12. Z výše uvedených důvodů Úřad zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S0298/2017/VZ ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
13. Pro úplnost Úřad již na tomto místě uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, že dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), je třeba s ohledem na § 112 odst. 1 tohoto zákona na dosavadní správní delikty, tedy i na správní delikty upravené zákonem, hledět jako na přestupky. Pro úplnost Úřad uvádí, že v tomto ohledu došlo taktéž ke změně odborného názvosloví, kdy pojem „správní delikt“ byl nahrazen pojmem „přestupek“. Obdobně pak lze konstatovat, že zákon o přestupcích zavádí pojem „obviněný“, kdy podle § 69 tohoto zákona se podezřelý z přestupku stává obviněným, jakmile vůči němu správní orgán učiní první úkon v řízení. Vzhledem ke skutečnosti, že předmětné správní řízení je vedeno ve věci podezření ze spáchání přestupku, je zadavatel v tomto rozhodnutí označován v souladu se zákonem o přestupcích jako obviněný. V tomto ohledu se jedná pouze o změnu odborného názvosloví nemající vliv na hmotněprávní posouzení jednání obviněného, resp. zadavatele.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

14. S ohledem na shora uvedené pochybnosti oznámil Úřad obviněnému, který je podle § 116 zákona jediným účastníkem správního řízení, dopisem č. j. ÚOHS-S0298/2017/VZ-22120/2017/522/PKř ze dne 31. 7. 2017 zahájení správního řízení z moci úřední. Správní řízení bylo dle § 113 zákona ve spojení s § 78 odst. 2 zákona o přestupcích zahájeno dnem, kdy bylo oznámení obviněnému doručeno, tj. dne 1. 8. 2017.
15. Usnesením č. j. ÚOHS-S0298/2017/VZ-22248/2017/522/PKř ze dne 1. 8. 2017 stanovil Úřad obviněnému lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, resp. byl oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.
16. Dne 3. 8. 2017 obdržel Úřad žádost obviněného o prodloužení lhůty k navržení důkazů a k podání písemného stanoviska.
17. Usnesením č. j. ÚOHS-S0298/2017/VZ-22689/2017/522/PKř ze dne 9. 8. 2017 Úřad obviněnému na jeho žádost prodloužil lhůtu k navržení důkazů a k podání písemného stanoviska.
18. Obviněný doručil Úřadu dne 15. 8. 2017 přípis označený jako „Vyjádření stanoviska zadavatele“ z téhož dne, jehož obsahem bylo vyjádření obviněného k oznámení o zahájení správního řízení.

Vyjádření obviněného ze dne 15. 8. 2017

19. Úvodem svého přípisu označeného jako „Vyjádření stanoviska zadavatele“ ze dne 15. 8. 2017 (dále jen „vyjádření obviněného ze dne 15. 8. 2017“) obviněný zrekapituloval, že při uzavření rámcové smlouvy na základě předmětné veřejné zakázky postupoval v souladu s právními předpisy a že dodržel stanovený postup pro zadání veřejné zakázky formou JŘBU dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Obviněný dále ve svém vyjádření odkazoval na skutečnosti obsažené v předchozích vyjádřeních, které doručil Úřadu před zahájením správního řízení s tím, že zrekapituloval některé podstatné skutečnosti.

20. Obviněný uvedl, že pro realizaci předmětu rámcové smlouvy byl osloven vybraný uchazeč právě z toho důvodu, že obviněný sice disponoval majetkovými autorskými právy, a to právem užít informační systém NS-VIS, avšak neměl svolení autora díla, resp. vykonavatele autorských práv k zásahu do díla, což vyplývá z článku 7 smlouvy č. j. ZM-162/VZ-2006 ze dne 23. 10. 2006 (dále jen „smlouva o dílo“ nebo „původní smlouva“), přičemž právě uvedené dle obviněného jednoznačně potvrdil znalecký posudek zpracovaný Ing. Ivanem Janouškem ze Znaleckého ústavu APOGEO Esteem, a.s., obor ekonomika a kybernetika ze dne 15. 12. 2015 (dále jen „znalecký posudek“).
21. Obviněný dále odkázal na své vyjádření ze dne 15. 6. 2017 před zahájením správního řízení (viz dále body 33. až 40. odůvodnění tohoto rozhodnutí), ve kterém detailně popsal okolnosti realizace celého projektu vzniku systému NS-VIS. Obviněný v této souvislosti zdůrazňuje, že za zvlášť podstatnou považuje skutečnost, že v době přípravy původní smlouvy o dílo na dodání NS-VIS nebylo zřejmé, jakou budoucnost, resp. životnost bude nový systém na vízový proces mít. Obviněný dále akcentuje, že tato neznalost nebyla výsledkem nedbalostního jednání zadavatele, ale výsledkem objektivních důvodů spočívajících jednak v technické složitosti celého informačního systému v rámci vízového procesu a zároveň výsledkem „*nejasného politického rozhodnutí státu, jakožto zadavatele v širším významu, zda bude mít zájem vybudovat jeden komplexní vízový systém, anebo bude později zvoleno jiné technické řešení, a jednotlivé informační systém[y] budou muset být nahrazeny.*“ Obviněný v této souvislosti dodává, že je potřeba vzít do úvahy, že přesná znalost předpokládané životnosti informačního systému je kruciólní pro posouzení vhodných smluvních podmínek pro dodání díla.“
22. V návaznosti na závěry soudního rozhodnutí sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, ze kterého dle obviněného vychází aplikace zásady ohledně nemožnosti vytvoření omezujících podmínek přímo zadavatelem, obviněný uvedl, „*že při posouzení, zda Zadavatel zavinil svým předchozím jednáním vytvoření tzv. „stavu exkluzivity“, musí být pečlivě zváženo, zda postup Zadavatele je skutečně zaviněný či pouze nešikovný.*“ Obviněný k tomu uvádí, že „*v tomto konkrétním případě, je nutné uvedený výčet doplnit o posouzení, zda postup Zadavatele byl racionální a tedy v souladu s peč[í] řádného hospodáře, kterou je Zadavatel při správě majetku vázán.*“ Dle obviněného je argumentace, že zadavatel nesmí v žádném případě zavinět existenci podmínek, na základě nichž lze postupovat v JŘBU, postupem přísně formálním, který nezohledňuje, že povinnosti vyplývající z právní úpravy zadávání veřejných zakázek jsou jenom jedny z povinností, kterými se zadavatel při své činnosti musí řídit. Obviněný má za to, že jednou z nejvýznamnějších povinností, kterou je jako zadavatel vázán, je právě povinnost péče řádného hospodáře. Úprava pravidel zadávání veřejných zakázek je v užším významu snahou státu o zajištění aplikace tohoto všeobecného pravidla při zajišťování dodávek a služeb, a proto je nutné jednotlivé povinnosti týkající se zadávání veřejných zakázek vykládat i v souladu s pravidlem povinnosti péče řádného hospodáře.
23. Dle obviněného musí být jeho jednání posouzeno i z pohledu, zda by se v dané situaci zachovala stejně i „*jiná rozumně pečlivá osoba*“. Obviněný připouští, že v původní smlouvě o dílo sice neměl zajištěna kompletní autorská práva, ale za rozhodující považuje to, že v případě informačních systémů, není získání kompletních autorských práv včetně vývojového prostředí samozřejmostí, a vždy se musí pečlivě zvažovat, zda je i ekonomicky výhodné požadovat kompletní autorská práva. Obviněný má za to, že s ohledem na dostupné

poznatky nebyl v situaci, kdy mohl jednoznačně předvídat, zda z ekonomického hlediska bude efektivní, a tedy i v souladu s péčí řádného hospodáře, zajistit výkon kompletních autorských práv za situace, kdy existence celého informačního systému NS-VIS byla značně nejistá.

24. Obviněný konstatoval, že správní řízení bylo zahájeno v souvislosti s rámcovou smlouvou uzavřenou na základě výzvy k jednání ze dne 25. 5. 2016 a nesměřuje proti původní smlouvě o dílo uzavřené v roce 2006. Obviněný v této souvislosti podotkl, že *„v roce 2016, tedy v době, kdy připravoval předmětnou Rámcovou smlouvu, byl v situaci, kdy si byl již plně vědom, že životnost informačního systému NS-VIS bude překračovat standardní životnost informačního systému, a že je nutné do budoucna zajistit jeho další technickou podporu a rozvoj s ohledem na vývoj evropské legislativy.“*
25. Obviněný dále uvedl, že aby naplnil povinnosti České republiky vyplývající z členství v Evropské unii a spočívající mimo jiné v zajištění řádného provozu NS-VIS, a zároveň se choval náležitě hospodárně, tedy v souladu se zákonnou povinností péči řádného hospodáře, za současného naplnění povinností vyplývajících ze zákona, rozhodl se postupovat právě zvoleným způsobem, a tedy uzavřít výše uvedenou rámcovou smlouvu, která je předmětem zahájeného řízení. Obviněný v této souvislosti dále poukázal, že *„základem předmětné Rámcové smlouvy je dle čl. 16 smlouvy získání možnosti výkonu kompletních autorských práv, tedy kromě práva dodané dílo užívat i právo do díla zasahovat, měnit, rozvíjet, tak[,] jak to vyplývá z aktuálních potřeb.“*
26. Obviněný zdůrazňuje, že neměl jinou možnost, jak zákonným způsobem získat požadovanou a potřebnou možnost výkonu kompletních autorských práv, než právě formou zvoleného druhu zadávacího řízení. V případě systému k NS-VIS dle obviněného s ohledem na autorská práva objektivně ani neexistuje hospodářská soutěž. To, že součástí získání požadovaných práv, a tedy obsahem rámcové smlouvy byly i další činnosti, přímo souvisí s ekonomickou stránkou a s pravidlem hospodárnosti při nakládání s majetkem státu a s problematikou ocenění autorských práv. Obviněný v této souvislosti doplnil, že *„se mu podařilo zvolit takový postup, kdy jednak získal požadovaná autorská práva s tím, že zároveň dodržel i postup pro veřejné zadávání, když autorská práva nejsou předmětem hospodářské soutěže a nebyl tak ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky a zároveň zajistil na nevyhnut[el]nou dobu řádný provoz předmětného informačního systému, tak aby Česká republika plnila povinnosti vyplývající z členství v Evropské unii.“*
27. Závěrem svého vyjádření obviněný uvedl, že od počátku postupoval v souladu se všemi právními předpisy a na základě předložených skutečností se tak nemohl dopustit přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona za nedodržení postupu stanoveného zákonem pro zadávání veřejných zakázek. Obviněný uzavírá, že forma JŘBU byla zvolena správně a že byly splněny všechny podmínky pro její užití dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
28. Na základě uvedených skutečností proto obviněný navrhl, aby Úřad vydal rozhodnutí, kterým se předmětné správní řízení ve smyslu ustanovení § 117a písm. f) zákona zastavuje.

Vyjádření obviněného před zahájením správního řízení

Vyjádření obviněného ze dne 13. 3. 2017

29. Obviněný v rámci tohoto vyjádření před zahájením správního řízení uvedl, že předmětná veřejná zakázka byla realizována v souladu s ustanoveními § 21 odst. 1 písm. d) zákona, při využití § 23 odst. 4 písm. a) zákona jako jednacím řízením bez uveřejnění s jedním dodavatelem, kterým je vybraný uchazeč, ve smyslu ustanovení § 11, § 89 a § 92 zákona, tj. s uzavřením rámcové smlouvy.
30. Obviněný dále uvedl, že vybraný uchazeč byl osloven „z toho důvodu, že Ministerstvo vnitra České republiky [...] dle uzavřené smlouvy (pozn. Úřadu – smlouvy o dílo) disponuje právem užít Národní vizový informační systém (NS-VIS), ale nemá právo do dodaného díla zasahovat a dále ho rozvíjet. MV ČR nemá k dispozici zdrojové kódy a příslušnou dokumentaci k dodanému dílu a tedy ani nemá možnost do díla zasahovat vlastními prostředky, nebo prostřednictvím třetí osoby odlišné od společnosti IBM.“
31. Obviněný v této souvislosti uvedl, že správnost způsobu zadání formou jednacím řízením bez uveřejnění potvrdil znalecký posudek zpracovaný Ing. Ivanem Janouškem ze Znaleckého ústavu APOGEO Esteem, a.s., obor ekonomika a kybernetika.
32. Závěrem vyjádření k předmětné veřejné zakázce obviněný uvedl, že „[u]zavřená Rámcová smlouva počítá s tím, že v případě[,] že dojde k realizaci ve smlouvě uvedených rozvojových aktivit, tak dojde k takovému přepracování původně dodaného díla NS-VIS, že po ukončení tohoto procesu bude možné další rozvoj a technickou podporu aplikace zajistit formou otevřeného řízení, protože MV ČR bude disponovat licencí dodané dílo nejenom užívat, ale i jej dále modifikovat a rozvíjet, a to i prostřednictvím třetích osob odlišných od společnosti IBM, viz článek 17 Rámcové smlouvy.“

Vyjádření obviněného ze dne 15. 6. 2017

33. V souvislosti s požadavkem na identifikaci konkrétních smluvních omezení, která obviněnému brání v realizaci technické podpory a rozvoje aplikace NS-VIS, obviněný uvedl, že „[o]mezení je definováno v čl. 7 smlouvy č. j. ZM-162/VZ-2006 (pozn. Úřadu – smlouvy o dílo) s názvem ‚Vlastnictví a práva z duševního vlastnictví‘“. Obviněný v této souvislosti předložil taktéž vyjádření vybraného uchazeče, dle kterého vybraný uchazeč není povinen předat obviněnému zdrojové kódy (viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí).
34. Obviněný dále uvedl, že „z technického hlediska je NS-VIS velmi složitý informační systém, který se skládá z různých komponentů, které jsou vzájemně propojeny a které ne všechny [...] byly vytvořeny dodavatelem (pozn. Úřadu – vybraných uchazečem) výlučně pro plnění předmětné smlouvy.“
35. Obviněný v souvislosti s posuzováním podmínek původní smlouvy na dodání NS-VIS zdůraznil, že „v době přípravy projektu nebylo zadavateli zřejmé, jakou budoucnost bude nový systém na vizový proces mít. To znamená, že v době přípravy nebylo možné odhadnout, zda dodané dílo NS-VIS bude aktivně využíváno pouze následující období a po vyhodnocení bude muset být realizováno nové řešení, nebo se z něho stane jeden z hlavních informačních systémů. Znalost této informace je podstatná z toho důvodu, že to, jakou má konkrétní systém životnost, ovlivňuje i smluvní podmínky související s jeho pořízením.“

36. Obviněný rovněž uvedl, že „[v]ízový proces je v české republice rozprostřen mezi několik informačních systémů. Těmi jsou zejména Cizinecký informační systém (dále jen „CIS“) v gesci Policie ČR, Vízový informační systém – národní součást (v textu zmiňovaný jako NS-VIS) v gesci Policie ČR a Vízový informační systém EVC2 v gesci Ministerstva zahraničních věcí“, přičemž „[v] době budování VIS a při přípravě původní smlouvy vstupovaly do rozhodovacího procesu tyto úvahy o finálním uspořádání systémů:

- a. [...] v době[,] kdy byl soutěžen NS-VIS[,] a při přípravě smlouvy bylo zvažováno, že v dlouhodobém horizontu by systém NS-VIS a CIS mohly splynout. Přitom jednou z variant bylo, že všechny funkcionality přebere systém CIS. Z tohoto pohledu investovat do převzetí zdrojový[ch] kódů k celému řešení a potřebného know-how na správu celého informačního systému nebylo ze strany zadavatele považováno za zdůvodnitelné z dlouhodobého hlediska.
- b. [...] v době přípravy VIS bylo snahou státu vybudovat jeden „velký“ informační systém vízových procesů, který by řešil vízovou problematiku ve státě jednotně, tedy jak pro Ministerstvo zahraničních věcí, tak pro Ministerstvo vnitra – potažmo Policii České republiky. I v tomto případě se nejevilo hospodárné a účelné investovat do získání zdrojových kódů k celému řešení, když na bezprostředně následující období po roce 2010 byl zvažován nový jednotný systém víz.
- c. Systém VIS byl zřízen Rozhodnutím Rady z 8. Června 2004 (2004/512/ES) o zřízení Vízového informačního systému (VIS) a byl na centrální úrovni budován zároveň se systémem SIS II v rámci předpokládaných synergických efektů konsorciem HP a Steria. Oba systémy byly provázeny komplikacemi, které vyústily ve výrazném zpoždění obou projektů. Původním záměrem bylo spuštění SIS II i VIS v letech 2006/2007. VIS se zpožďoval z důvodů problémů s technickým řešením a v roce 2009 ještě přibyl problém s Vízovým kodexem (Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č.810/2009 o kodexu Společenství o vízech), který částečně měnil zadání. Z politických důvodů nebyly již změny dané Vízovým kodexem zapracovány do první verze centrálního a tím ani do národního systému a VIS byl spuštěn do provozu 11. října 2011. Problémy, které provázely vývoj systému na Evropské úrovni, byly patrné již při uzavírání smlouvy na vývoj národní součásti VIS. Z tohoto hlediska nebylo zcela jisté, jakým směrem se bude v budoucnu vývoj systému ubírat. Proto byla snaha neinvestovat [...] do vývoje systému na národní straně více než bylo nezbytně nutné. Tyto závěry potvrdil další vývoj. NS-VIS měl být původně dokončen v srpnu 2008. Místo toho byl ale projekt v březnu 2010 pozastaven a znovu obnoven až na konci 1. pololetí 2011.“

37. Obviněný v této souvislosti uvedl, že v průběhu dalšího období „bylo nutné řešit rozvojové aktivity a zajištění servisních činností na dodaném informačním systému tak, aby nebyla ohrožena možnost státu udělovat víza“, přičemž obviněný dále uvedl, že „[p]ři zajišťování těchto činností zadavatel jednak musí řešit, aby nedošlo k neoprávněnému zásahu do práv třetí osoby (autorská práva) a rovněž, aby nedošlo k narušení technické integrity celého systému a byly zajištěny potřebné služby v požadované odborné úrovni.“

38. Obviněný dále uvedl, že „v případě, že informační systém je tak rozsáhl[ý] jako NS-VIS, tak z technického hlediska [...]je velmi rizikové zajišťovat služby, kterými se zajišťuje provoz

tohoto systému, jinou osobou než byl původní dodavatel, který systém vytvořil. Možnost rozvoje komplexních systémů různými dodavateli v sobě obnáší četná rizika, která vyplývají ze skutečnosti, že dodavatel, který převezme rozvoj systému po původním dodavateli, systém detailně nezná. Z toho vyplývají rizika zejména z hlediska zabezpečení chodu systému, které jsou tím vyšší, čím má být vyšší dostupnost daného systému. “

39. Obvinění upozornil na skutečnost, že „[d]le zasláního vyjádření původního dodavatele NS-VIS [...] vyplývá, že zadavatel měl snahu získat od dodavatele práva k dodanému dílu a řešit tak situaci ohledně zajišťování dalších činností souvisejících s provozem systému NS-VIS“, přičemž k tomu dodal, že „[s]ituaci ohledně autorských práv se zadavateli podařilo vyřešit až aktuálně účinnou smlouvou vedenou pod číslem jednacím PPR-18586-30/2015/0990656 ze dne 10. června 2016 (pozn. Úřadu – rámcová smlouva), kde je v čl. 14.2 výslovně uvedeno, že za splnění ve smlouvě uvedených podmínek [...] zadavatel získává dodané dílo nejenom užít, ale získá i právo zasahovat do zdrojových kódů, případně si formou otevřeného řízení zajistit potřebné služby od třetí osoby i mimo původního dodavatele, tak aby bylo co v největší míře vyhověno zákonným požadavkům na obstarávání služeb.“
40. Obviněný závěrem zdůrazňuje, že uzavřením rámcové smlouvy se zachoval jako řádný hospodář, který na jedné straně musí respektovat pravidla veřejného zadávání, volit vždy tu ekonomicky nejvýhodnější variantu a zároveň musí najít takové řešení, které z technické stránky zajistí funkčnost informačního systému, za který obviněný odpovídá.

Vyjádření obviněného ze dne 24. 7. 2017

41. Obviněný v reakci na výzvu Úřadu, aby uvedl konkrétní v úvahu přicházející alternativy možného zajištění technické podpory systému NS-VIS po ukončení plnění smlouvy, které byly z jeho pohledu zvažovány při uzavírání původní smlouvy, uvedl, že „k podpisu smlouvy [...] došlo dne 23. 10. 2006[,] a vzhledem k této skutečnosti již nebude zřejmě zjištělné, jakými úvahami se tehdejší zaměstnanci zadavatele zabývali. S ohledem k názvu čl. 7 smlouvy „Vlastnictví a práva z duševního vlastnictví“ lze mít za to, že šlo o ochranu práva z duševního vlastnictví dodavatele [...]“
42. Obviněný v souvislosti s požadavkem Úřadu na předložení konkrétních strategických či jiných koncepčních dokumentů, ze kterých bude patrné, že obviněný v době zadání původní veřejné zakázky mohl legitimně předpokládat, že systém NS-VIS bude využíván pouze „omezené období“ nikoliv dlouhodobé období, uvedl, že „k podpisu smlouvy došlo již před více než deseti lety a v současné době neexistují strategické dokumenty se skartační dobou delší než 10 let.“

Další průběh správního řízení

43. Usnesením č. j. ÚOHS-S0298/2017/VZ-23918/2017/522/PKř ze dne 17. 8. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
44. Obviněný se již dále v průběhu správního řízení nevyjádřil.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

45. 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 obviněný

dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za což mu byla uložena pokuta uvedená ve výroku II., přičemž veškeré podklady, z nichž při posouzení případu Úřad vycházel, jsou obsaženy ve správním spise vedeném pod sp. zn. S0298/2017/VZ.

46. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení obviněného

47. Úřad v úvodu posoudil otázku právního postavení Ministerstva vnitra jakožto zadavatele ve smyslu zákona.
48. Podle § 2 odst. 1 zákona za zadavatele veřejné zakázky se pro účely zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
49. Z ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) zákona plyne, že veřejným zadavatelem je mimo jiné Česká republika.
50. Ministerstvo vnitra je ústředním orgánem státní správy, jehož působnost je vymezena ust. § 12 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů. Ministerstvo vnitra 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.
51. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že Ministerstvo vnitra je veřejným zadavatelem ve smyslu ust. § 2 odst. 2 písm. a) zákona, protože se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách, a to ustanovení platná pro veřejné zadavatele.
52. Pro úplnost Úřad uvádí, že na právním postavení obviněného nic nezměnilo ani přijetí zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), neboť dle § 4 odst. 1 písm. a) ZZVZ je veřejným zadavatelem Česká republika (blíže viz předchozí obsah odůvodnění tohoto rozhodnutí).

Relevantní ustanovení právních předpisů

53. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
54. Podle § 21 odst. 1 zákona tento zákon upravuje tyto druhy zadávacích řízení
 - a) otevřené řízení (§ 27 zákona),
 - b) užší řízení (§ 28 zákona),
 - c) jednací řízení s uveřejněním (§ 29 zákona),
 - d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34 zákona),
 - e) soutěžní dialog (§ 35 zákona),
 - f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38 zákona).

55. Podle § 21 odst. 2 zákona zadavatel může 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.
56. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění zadat veřejnou zakázku 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.
57. Podle § 26 odst. 1 písm. b) zákona zadavatel zahajuje zadávací řízení odesláním výzvy o zahájení zadávacího řízení.
58. Podle § 26 odst. 2 písm. a) zákona se za výzvu o zahájení zadávacího řízení pro účely tohoto zákona považuje písemná výzva k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění.
59. Podle § 34 odst. 1 zákona v písemné výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění oznamuje zadavatel zájemci nebo omezenému počtu zájemců svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení.
60. Zadavatel se podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona dopustí přestupku tím, že 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.
61. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
62. Podle § 2 odst. 2 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), v rozhodném znění (dále jen „autorský zákon“), se za dílo podle tohoto zákona považuje též počítačový program, je-li původní v tom smyslu, že je autorovým vlastním duševním výtvořem. Databáze, která je způsobem výběru nebo uspořádáním obsahu autorovým vlastním duševním výtvořem a jejíž součástí jsou systematicky nebo metodicky uspořádány a jednotlivě zpřístupněny elektronicky či jiným způsobem, je dílem souborným. Jiná kritéria pro stanovení způsobilosti počítačového programu a databáze k ochraně se neuplatňují. Fotografie a dílo vyjádřené postupem podobným fotografii, které jsou původní ve smyslu věty první, jsou chráněny jako dílo fotografické.
63. Podle § 12 odst. 1 autorského zákona má autor právo své dílo užít v původní nebo jiným zpracované či jinak změněné podobě, samostatně nebo v souboru anebo ve spojení s jiným dílem či prvky a udělit jiné osobě smlouvou oprávnění k výkonu tohoto práva; jiná osoba může dílo užít bez udělení takového oprávnění pouze v případech stanovených tímto zákonem.
64. Podle § 12 odst. 4 autorského zákona je právem dílo užít myšleno
 - a) právo na rozmnožování díla (§ 13 autorského zákona),
 - b) právo na rozšiřování originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 14 autorského zákona),
 - c) právo na pronájem originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 15 autorského zákona),
 - d) právo na půjčování originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 16 autorského zákona),

- e) právo na vystavování originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 17 autorského zákona),
 - f) právo na sdělování díla veřejnosti (§ 18 autorského zákona), zejména
 - 1. právo na provozování díla živě nebo ze záznamu a právo na přenos provozování díla (§ 19 a 20 autorského zákona),
 - 2. právo na vysílání díla rozhlasem či televizí (§ 21 autorského zákona),
 - 3. právo na přenos rozhlasového či televizního vysílání díla (§ 22 autorského zákona),
 - 4. právo na provozování rozhlasového či televizního vysílání díla (§ 23 autorského zákona).
65. Podle § 12 odst. 5 autorského zákona se způsoby užití díla vyplývající z odstavce 4 pro účely tohoto zákona vymezují v ustanoveních § 13 až 23 autorského zákona. Dílo lze užit i jiným způsobem než způsoby uvedeny v odstavci 4.
66. Podle § 66 odst. 1 autorského zákona do práva autorského nezasahuje oprávněný uživatel rozmnoženiny počítačového programu, jestliže
- a) rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu, činí-li tak při zavedení a provozu počítačového programu nebo opravuje-li chyby počítačového programu,
 - b) jinak rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu v souladu s jeho určením, není-li dohodnuto jinak,
 - c) zhotoví si záložní rozmnoženinu počítačového programu, je-li nezbytná pro jeho užívání,
 - d) zkoumá, studuje nebo zkouší sám nebo jím pověřená osoba funkčnost počítačového programu za účelem zjištění myšlenek a principů, na nichž je založen kterýkoli prvek počítačového programu, činí-li tak při takovém zavedení, uložení počítačového programu do paměti počítače nebo při jeho zobrazení, provozu či přenosu, k němuž je oprávněn,
 - e) rozmnožuje kód nebo překládá jeho formu při rozmnožování počítačového programu nebo při jeho překladu či jiném zpracování, úpravě či jiné změně, je-li k ní oprávněn, a to samostatně nebo prostřednictvím jím pověřené osoby, jsou-li takové rozmnožování nebo překlad nezbytné k získání informací potřebných k dosažení vzájemného funkčního propojení nezávisle vytvořeného počítačového programu s jinými počítačovými programy, jestliže informace potřebné k dosažení vzájemného funkčního propojení nejsou pro takové osoby dříve jinak snadno a rychle dostupné a tato činnost se omezuje na ty části počítačového programu, které jsou potřebné k dosažení vzájemného funkčního propojení.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o veřejné zakázce

67. Výzvou k jednání ze dne 25. 5. 2016 vyzval obviněný vybraného uchazeče dle § 21 odst. 1 písm. d) zákona k jednání za účelem zadání šetřené veřejné zakázky v JŘBU a za účelem uzavření rámcové smlouvy, přičemž obviněný v této souvislosti odkázal na důvod uvedený v § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
68. Dne 10. 6. 2016 obviněný na základě provedeného JŘBU uzavřel s vybraným uchazečem rámcovou smlouvu.

69. Dle „Preamble“ rámcové smlouvy „[t]ato Rámcová smlouva je v souladu s ust. § 11 a § 89 ZVZ uzavřena na základě jednacího řízení bez uveřejnění, v režimu nadlimitní veřejné zakázky s názvem „Rámcová smlouva o poskytování technické podpory a rozvoje aplikačního software NS-VIS“ (dále též „Veřejná zakázka“) s jedním Dodavatelem“ a „[ú]čelem této Smlouvy je zajištění technické podpory provozu aplikace Národního vízového systému (dále také jen „NS-VIS“) včetně VISMAL, jeho rozvoje a nezbytného vývoje v rozsahu aplikační podpory, garance funkčnosti systému, rozvojových aktivit vynucených jak vnitřními změnami, tak požadavky vyplývajícími z členství v Evropské unii.“

70. Dále jsou v čl. 1. „Vymezení pojmů“ rámcové smlouvy obsahově vymezeny mimo jiné i tyto pojmy:

„[...] „**VIS**“ – je Vízový informační systém vybudovaný na základě Rozhodnutí Rady ze dne 8. června 2004 o zřízení Vízového informačního systému (VIS) (2004/512/ES) a Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 767/2008 ze dne 9. července 2008 o Vízovém informačním systému (VIS) a o výměně údajů o krátkodobých vízech mezi členskými státy (nařízení o VIS)[,] jehož cílem je zejména zlepšit provádění společné vízové politiky, konzulární spolupráci a konzultace mezi ústředními vízovými úřady usnadněním výměny údajů o žádostech a o souvisejících rozhodnutích mezi členskými státy, aby se usnadnila řízení o žádostech o vízum, zamezilo se současnému podávání více žádostí o víza do různých členských států („visa shopping“), usadnil se boj proti podvodům a usadnily se kontroly na hraničních přechodech na vnějších hranicích a na území členských států. VIS by měl rovněž napomáhat určení totožnosti každé osoby, která nesplňuje nebo přestala splňovat podmínky pro vstup, přítomnost nebo pobyt na území členských států, jakož i uplatňování nařízení Rady (ES) č. 343/2003 ze dne 18. února 2003, kterým se stanoví kritéria a postupy pro určení členského státu příslušného k posuzování žádostí o azyl podané státním příslušníkem třetí země v některém z členských států, a přispívat k předcházení ohrožení vnitřní bezpečnosti kteréhokoliv z členských států.

„**NS-VIS**“ – je národní součást vízového informačního systému pro ČR dodaná na základě této Smlouvy a smlouvy:

Číslo smlouvy Objednatele: ZM-162/VZ-2006

Číslo smlouvy dodavatele: CHG025N

Číslo smlouvy Objednatele: MV-78476-1/REG/6-2011

Číslo smlouvy dodavatele: CHM010P“

71. Dle čl. 2. „Předmět smlouvy“ bodu 2.1. rámcové smlouvy je předmětem rámcové smlouvy „závazek Dodavatele poskytovat Objednateli plnění specifikované touto Rámcovou smlouvou a jejími přílohami, dle podmínek a v rozsahu stanoveném touto Rámcovou smlouvou[,], resp. Prováděcí smlouvou. Objednatel bude na základě této Rámcové smlouvy zadávat veřejné zakázky, jejich předmětem bude zajištění následujícího plnění Dodavatelem:

a) Poskytování technické podpory provozu aplikace národní součásti vízového informačního systému NS-VIS (dále také jen „**Plnění A**“);

b) Zajišťování rozvoje aplikace národní součásti vízového informačního systému NS-VIS (dále také jen „**Plnění B**“).

(souhrnně dále též „plnění“).

72. V čl. 2. „Předmět smlouvy“ bodu 2.2. rámcové smlouvy je pak uvedeno, že *„[p]odrobná specifikace předmětu plnění je uvedena v Příloze č. 1 této Smlouvy, která rovněž obsahuje rozdělení plnění na fixní služby a variabilní služby, které Dodavatel poskytuje Objednateli na vyžádání.“*
73. Dle čl. 6. „Cena za plnění dle prováděcích smluv“ bodu 6.2. rámcové smlouvy *„[c]elková cena plnění dle Prováděcích smluv uzavřených dle této Rámcové smlouvy nesmí přesáhnout 165.289.256,20 Kč bez DPH [...], 200.000.000,00 Kč včetně DPH s tím, že celková cena za Plnění A nesmí přesáhnout 54.545.455,- Kč [...] bez DPH[,] 66.000.000,55 [Kč] včetně DPH a celková cena za plnění B nesmí přesáhnout 110.743.801,20 Kč [...] bez DPH[,] 133.999.999,45 [Kč] včetně DPH. Celkové ceny jednotlivých druhů plnění za celou dobu trvání této Smlouvy nesmí přesáhnout částky uvedené v Příloze č. 2 této Smlouvy, a to ani jejich jednotkovou ani celkovou výši.“*
74. Dle čl. 14. „Účinnost smlouvy, odstoupení“ bodu 14.1. rámcové smlouvy se *„[s]mlouva [...] uzavírá na dobu určitou, a to na 3 roky od uzavření Smlouvy, nebo do vyčerpání celkové ceny plnění ve výši 165.289.256,20 Kč bez DPH dle toho, která skutečnost nastane dřív.“*
75. Smluvní strany si v čl. 16 „Licence“ rámcové smlouvy sjednaly tyto licenční podmínky:
- „16.1. V případě, že předmětem plnění dle této Rámcové smlouvy[,] resp. Prováděcí smlouvy bude i plnění, které naplňuje znaky autorského díla dle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (dále jen „autorský zákon“), Objednatel je oprávněn toto dílo jako celek i jeho jednotlivé části užívat dle následující[ch] licenčních podmínek:*
- a) Objednatel má výhradní, přenosné, časově neomezené právo užít autorské dílo ke všem způsobům užití v neomezeném rozsahu. Objednatel má právo autorské dílo zpracovávat, upravovat či jinak měnit. Objednatel je oprávněn tuto výhradní neomezenou licenci poskytnout třetí osobě;*
- b) Účinek poskytnuté licence nastává okamžikem předání plnění dle této Rámcové smlouvy, do té doby je Objednatel oprávněn autorské dílo užít v rozsahu a způsobem nezbytným k provedení akceptace příslušného plnění;*
- c) V případě poskytování plnění, jehož předmětem je rozvoj aplikace[,] tzv. software vytvořený na zakázku, tedy pro účely této Smlouvy, licence se vztahuje i na autorské dílo ve zdrojovém a strojovém kódu, včetně koncepčních materiálů, a to v rozsahu, aby Objednatel sám, nebo prostřednictvím třetích osob, i mimo výše uvedeného, mohl případně převzít další rozvoj takového software vytvořeného na zakázku. Vytvořený software na zakázku bude náležitě zdokumentován a aktuální dokumentace bude při předání plnění odevzdaná na elektronickém nosiči dat;*
- d) Udělení licence nelze ze strany Dodavatele vypovědět;*
- e) Je-li součástí plnění tzv. standardní či proprietární software, u kterého Dodavatel nemůže udělit, nebo zajistit Objednateli oprávnění dle předchozích ustanovení, řídí se poskytovaná licence licenčními podmínkami dodaného softwarového produktu. Pro vyloučení pochybností Smluvní strany uvádějí, že za standardní software se nepovažuje software, který byl*

Dodavatelem nebo třetími osobami vytvořen pro účely této Smlouvy, případně takový software, kterého začlenění do poskytnutého plnění by Objednateli v budoucnu znemožnilo uskutečnit další rozvoj NS-VIS prostřednictvím 3.os. vybrané v otevřeném řízení v zadávacím řízení dle zákona o veřejných zakázkách, resp. zákona, který ho později nahradí;

f) Objednatel nemá povinnost licenci využít, Licence se poskytuje bezúplatně.

76. Z nedatované písemné zprávy zadavatele (dále jen „písemná zpráva“) vyplývá, že důvodem použití JŘBU je skutečnost, že „MV ČR disponuje pouze právem užit Národní vizový informační systém (NS-VIS), ale nemá právo do dodaného díla zasahovat a dále ho rozvíjet. MV ČR nemá k dispozici zdrojové kódy a příslušnou dokumentaci k dodanému dílu a tedy ani nemá možnost do díla zasahovat vlastními prostředky, nebo prostřednictvím třetí osoby. Těmito právy disponuje na základě uzavřené smlouvy společnost IBM Česká republika, spol. s r.o.“
77. Z formuláře Oznámení o zadání zakázky, který byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 15. 6. 2016 pod ev. č. 516681, vyplývá, že obviněný pro zadání veřejné zakázky zvolil JŘBU. V příloze D1 předmětného formuláře obviněný jako důvody k použití JŘBU označil důvody spojené s ochranou výhradních práv.

Další zjištěné skutečnosti

78. Rada Evropské unie rozhodnutím ze dne 8. 6. 2004 o zřízení Vizového informačního systému (VIS) (2004/512/ES) (dále jen „rozhodnutí Rady EU“) rozhodla o zřízení Vizového informačního systému (VIS), když uvedla, že zřizuje „[...] systém pro výměnu vizových údajů mezi členskými státy s názvem „Vizový informační systém“ (VIS), který umožní oprávněným vnitrostátním orgánům vkládat a aktualizovat vizové údaje a elektronicky je prohlížet. [...] Vizový informační systém je založen na centralizované architektuře a skládá se z ústředního informačního systému, nazývaného „Ústřední vizový informační systém“ (CS-VIS), z uživatelského rozhraní v každém členském státě, nazývaného „národní uživatelské rozhraní“ (NI-VIS), které umožní připojení příslušného ústředního vnitrostátního orgánu daného členského státu, a z komunikační infrastruktury mezi Ústředním vizovým informačním systémem a národními uživatelskými rozhraními (viz čl. 1 rozhodnutí Rady EU). V čl. 2 rozhodnutí Rady EU je dále uvedeno, že „[ú]střední vizový informační systém, národní uživatelské rozhraní v každém členském státě a komunikační infrastrukturu mezi Ústředním vizovým informačním systémem a národními uživatelskými rozhraními vytvoří Komise. Vnitrostátní infrastrukturu upraví nebo vytvoří členské státy.“
79. Obviněný uzavřel dne 23. 10. 2006 s vybraným uchazečem smlouvu o dílo, ke které byly uzavřeny následující dodatky:
- dodatek č. 1 ze dne 7. 6. 2007,
 - dodatek č. 2 ze dne 17. 8. 2007,
 - dodatek č. 3 ze dne 7. 9. 2007,
 - dodatek č. 4 ze dne 4. 12. 2007,
 - dodatek č. 5 ze dne 25. 3. 2008,
 - dodatek č. 6 ze dne 23. 5. 2008,

- dodatek č. 7 ze dne 24. 9. 2008,
 - dodatek č. 8 ze dne 7. 11. 2008,
 - dodatek č. 9 ze dne 8. 12. 2008,
 - dodatek č. 10 ze dne 14. 9. 2011,
 - dodatek č. 11 ze dne 14. 5. 2013.
80. Dle čl. 2. „Předmět smlouvy“ bodu 2.1 smlouvy o dílo je předmětem plnění *„závazek zhotovitele provést na svůj náklad a nebezpečí dodávku Národního vizového informačního systému NS-VIS ČR v souladu s požadavky a dokumenty EU a závazek objednatele toto dílo převzít a zaplatit.“*
81. Dle čl. 2. „Předmět smlouvy“ bodu 2.2 smlouvy o dílo *„[d]ílo zahrnuje vypracování analýzy, projektu a realizaci dodávky potřebných hardwarových a softwarových prostředků, včetně dokumentace, instalace, migrace dat a implementace systému, podkladů pro školení uživatelů, vytvoření školícího prostředí a vyškolení školitelů a administrátorů, vytvoření vazeb na relevantní národní systémy a propojení na centrální systém (CS-VIS) cestou národního rozhraní (NI-VIS) v souladu s požadavky objednatele a požadavky EU, souvisejícími právními dokumenty a jejich návrhy v aktualizovaném znění a s respektováním funkcionalit stávajícího MVP (pozn. Úřadu – Modernizace vizového procesu) a doplněním nových funkcionalit.“*
82. Na tomtéž místě je dále uvedeno, že podrobný popis předmětu plnění je uveden v příloze A k této smlouvě.
83. Dle čl. 5. „Cena za předmět smlouvy a způsob jejího placení“ bodu 5.1 smlouvy o dílo činí celková cena 125 755 143 Kč bez DPH a je stanovena jako cena konečná a nepřekročitelná.
84. V čl. 7 „Vlastnictví a práva z duševního vlastnictví“ smlouvy o dílo si obviněný sjednal následující podmínky:
- „7.1 Po úspěšném vykonání každé z přijímacích zkoušek pro jednotlivé fáze a úhradě příslušné ceny přechází vlastnické právo k jednotlivým položkám těchto fází a právo užívání programového vybavení, související dokumentace a materiálů, které jsou předmětem příslušné přijímací zkoušky, na objednatele. V souvislosti s licencovanými programy zhotovitele nebo jeho dodavatelů nepřechází na objednatele žádná vlastnická nebo autorská práva. [...]*
- 7.4 V případě materiálů dodaných zhotovitelem v rámci této smlouvy, které byly vytvořeny před uzavřením této smlouvy nebo nevznikly výhradně pro účely plnění této smlouvy, zhotovitel uděluje objednateli neodvolatelnou, nevýhradní licenci používat, vykonávat, reprodukovat, zobrazovat, provádět a distribuovat pouze pro vnitřní potřebu kopie tohoto materiálu. Dále zhotovitel uvede Non-IBM programy, jejichž licence objednatel obdrží spolu s dodaným programem.*
- 7.5 V případě standardního databázového software, který je součástí dodávky, získává objednatel licenci tento software užívat za podmínky, že:*
- a) bude tento databázový software užívat pouze pro svoji interní potřebu;*
 - b) nebude převádět, poskytovat či jinak předávat tento databázový software či služby s ním související na jiné fyzické či právnické osoby, neumožní sdílení ani pronájem tohoto*

databázového software za účelem jeho užívání ani nepřevéde právo na tento software na jakoukoliv jinou stranu;

c) nebude zasahovat do databázového software (pokud to nebude z důvodu zajištění stykové provozuschopnosti vyžadovat zákon), rozebírat či dekompileovat nebo duplikovat tento software, s výjimkou případů vytváření dostatečného množství jeho kopií v rámci této licence a jedné kopie každého příslušného nosiče; [...]

e) v případě ukončení smlouvy či licence k tomuto databázovému software ho přestane užívat a zničí či vrátí zhotoviteli veškeré kopie tohoto software a dokumentace; [...].

7.6 Dojde-li při plnění fáze I k vytvoření díla zhotovitelem, které je předmětem autorskoprávní ochrany podle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů autorského zákona, ve znění pozdějších předpisů, získává jeho vytvořením objednatel k takto vytvořenému dílu jako celku i k jeho jednotlivým částem neodvolatelnou, časově neomezenou a nevýhradní licenci dílo užit. Licence bude objednateli poskytnuta bezplatně.

7.7 Dojde-li při plnění fáze II až IV k vytvoření díla zhotovitelem, které je předmětem autorskoprávní ochrany podle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů autorského zákona, ve znění pozdějších předpisů, získává jeho vytvořením objednatel k takto vytvořenému dílu jako celku i k jeho jednotlivým částem neodvolatelnou, časově neomezenou a výhradní licenci dílo užit pro subjekty vízového procesu v ČR. Licence bude objednateli poskytnuta bezplatně. Zhotovitel je však oprávněn, bude-li k tomu vybrán jiným veřejným zadavatelem, užit toto dílo pro účely zajištění vstupů do NS-VIS.

7.8 Objednatel bude dále vlastníkem všech datových modelů vytvářených v rámci této smlouvy již od okamžiku zahájení jejich tvorby, a to i před jejich předáním zhotovitelem objednateli.

7.9 Zhotovitel je povinen vymezit při předání dodávek software, který je předmětem autorskoprávní ochrany podle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů autorského zákona, ve znění pozdějších předpisů, a který je pro objednatele vytvořen na objednávku. Objednatel bude vykonavatelem práv autora k takovému software. Výkon těchto práv zahrnuje i práva ke zdrojovým kódům předmětného software a jejich úpravy. Předání zdrojového kódu bude potvrzeno podepsaným předávacím protokolem.“

85. *Obviněný Úřadu dále předložil smlouvu o poskytování dodávek a servisních služeb ze dne 14. 7. 2011 (dále jen „smlouva o poskytování dodávek a servisních služeb“), kterou uzavřel s vybraným uchazečem za účelem sjednání „podmínek pro realizaci dodávek a služeb nezbytných pro úpravy Národního vízového informačního systému pro ČR [...] dodávaného na základě Smlouvy o dílo na dodávku Národního vízového informačního systému pro ČR (Číslo Smlouvy Objednatele: ZM-162/VZ-2006, Číslo Smlouvy Zhotovitele: CHG025N), dále jen „Smlouva o dílo“, a systému VIS MAIL dodaného a akceptovaného na základě Smlouvy o dílo na realizaci systému VIS MAIL (Číslo Smlouvy Objednatele: 3476/2009, Číslo Smlouvy Zhotovitele: CHK027P) na základě požadavků a zadání Objednatele písemně specifikovaných Objednatelům do data podpisu této Smlouvy.“*

86. Z dokumentace o veřejné zakázce, konkrétně z odpovědi vybraného uchazeče ze dne 23. 1. 2014 na žádost zadavatele o předání zdrojových kódů, vyplývá následující. Vybraný uchazeč zadavateli v reakci na žádost obviněného o předání zdrojových kódů s odkazem na čl. 7.9 smlouvy o dílo sděluje, že jako zhotovitel konkrétního informačního systému „*nedodal žádný software, který lze kvalifikovat jako dílo na objednávku. Systém NS-VIS se skládá z řady softwarových komponent, z nichž část vznikla již před uzavřením uvedené smlouvy o dílo a vztahuje se na ně znění čl. 7.4, a část softwarových komponent vznikla v rámci smlouvy, ale vykonavatelem majetkových autorských práv zůstává zhotovitel v souladu s odst. 7.7.*“

K oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění

87. Úřad nejprve k použití jednacího řízení bez uveřejnění obecně konstatuje, že se jedná o druh zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců, se kterými bude vyjednávat smluvní podmínky. Ačkoliv je zakázka zadávána v režimu podle zákona, je s ohledem na povahu tohoto řízení de facto podstatným způsobem omezena či zcela vyloučena hospodářská soutěž, a chybí tak ten aspekt zadávacího řízení, který by zajistil ekonomickou výhodnost pořízení předmětu plnění veřejné zakázky a rovněž omezil jakékoli nezákonné či korupční jednání. Současně lze tento druh zadávacího řízení považovat za nejméně formalizovaný a kontrolovatelný postup podle zákona.
88. K obdobnému závěru dospěl např. Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 31 Af 54/2012 – 443 ze dne 9. 4. 2013, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) sp. zn. 5 Afs 48/2013 ze dne 30. 5. 2014, v němž se mimo jiné uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění „*představuje svojí povahou výjimečný postup zadavatele, který je zadavatel oprávněn použít výlučně za naplnění zákonem taxativně stanovených podmínek. Je tomu tak zejména z toho důvodu, že pro tento druh zadávacího řízení neplatí zákonná povinnost uveřejnit jeho zahájení vůči neomezenému počtu potencialních dodavatelů. Zadavatel tedy oslovuje pouze předem určené subjekty a z povahy věci tak musí dojít k omezení hospodářské soutěže.*“ Proto je také na jednací řízení bez uveřejnění pohlíženo jako na „*nejméně transparentní druh zadávacího řízení, s nejnižší mírou vnější kontroly a hospodářské soutěže*“.
89. Jednací řízení bez uveřejnění by tak mělo být skutečně výjimečným způsobem zadání veřejné zakázky, jehož použití je vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je tak možné použít pouze v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo 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 NSS, když uvedl, že zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je „*[...] možné 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 přitom v souladu s ustálenou soudní rozhodovací praxí nutno posuzovat restriktivně, což vyplývá např. z rozsudku NSS, sp. zn.: 1 Afs 23/2012 ze dne 20. 11. 2012 nebo rozsudku Krajského soudu v Brně, sp. zn.: 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015 (podrobně viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí).

90. Úřad dále uvádí, že o použití příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost (srov. rozsudek NSS sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015). V šetřeném případě směřuje argumentace obviněného k použití ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. možnosti splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem z důvodu ochrany výhradních práv.
91. Jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je 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.
92. Úřad úvodem předesílá, že jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona 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). Zadavatel by tedy měl již 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, ale umožní realizovat předpokládaná navazující plnění bez využití jednacího řízení bez uveřejnění, např. tedy umožní plnění zadat v otevřenějších typech zadávacích řízení. V opačném případě je totiž nutné přijmout jednoznačný závěr, a sice že zadavatel byl s budoucím užitím jednacího řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky (a takové jednací řízení bez uveřejnění by pak bylo logicky nezákonné), což by vedlo v konečném důsledku k situaci, že zadavatel nevybírám dodavatele dalších veřejných zakázek v široké hospodářské soutěži, nýbrž jen „řetězí“ jednací řízení bez uveřejnění s odůvodněním, že neexistuje na trhu jiný subjekt, který by byl schopen předmět plnění dodat, ale přitom takovou situaci sám vyvolal.
93. Úřad v této souvislosti doplňuje, že s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu (srov. rozsudek NSS 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.
94. K právě uvedenému Úřad odkazuje především na rozsudek NSS 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 NSS 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“.

95. Shora uvedené restriktce vyplývají rovněž i z odstavce 50 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, s účinností ke dni 18. 4. 2016, ve kterém se uvádí, že „[...] s ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení“.
96. K uvedenému Úřad pro úplnost dodává, že i z výše citované směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 tedy vyplývá, že jednací řízení bez uveřejnění by mělo být pouze výjimečným způsobem zadávání veřejných zakázek, a to tehdy, kdy zadavatel skutečně není z objektivních důvodů schopen zajistit požadované plnění jinak, než prostřednictvím vybraného uchazeče, přičemž v žádném případě by nemělo docházet k nadužívání tohoto druhu zadávacího řízení. Přestože citovaná směrnice byla do českého právního řádu transponována až ke dni 1. 10. 2016, lze podpůrně odkázat rovněž na její znění, neboť podmínky stanovené pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění v citované směrnici se oproti podmínkám v době, kdy obviněný zahájil zadávání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle zákona, nezměnily.
97. V návaznosti na relevantní soudní judikaturu Úřad shrnuje, že je zřejmé, že použít jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze v případě důvodu ochrany výhradních práv pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele, kdy však tato exkluzivita stojí na objektivních základech a není důsledkem vlastního zaviněného postupu zadavatele, tedy pokud se zadavatel sám nepodílel na vytváření omezení, od nichž následně odvozuje možnost využití jednacího řízení bez uveřejnění. Úřad akcentuje zejména požadavek na restriktivní výklad podmínek využití JŘBU tak, aby nebyl tento druh zadávacího řízení, který z povahy věci vyvolává „škodlivé účinky na hospodářskou soutěž“, nadužíván. Právě tyto mantinely výkladu podmínek aplikace JŘBU musí reflektovat při svém posouzení okolností jednotlivých případů taktéž Úřad.
98. 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 jednacích řízení bez uveřejnění, a to, zda obviněný stav výlučnosti dodavatele sám nevytvořil.

99. Z předložené dokumentace, konkrétně z čl. 2 „Předmět a rozsah veřejné zakázky“ výzvy k jednání vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky je *„poskytování technické podpory provozu a zajištění rozvoje aplikace národní součásti vizového informačního systému NS-VIS od uzavření Rámcové smlouvy do 31. 3. 2019.“*
100. Z čl. 1. „Vymezení pojmů“ rámcové smlouvy pak vyplývá, že NS-VIS je národní součást vizového informačního systému. NS-VIS je informační systém, který byl dodán na základě původní smlouvy o dílo a následně byl rozvíjen, resp. přepracován na základě smlouvy o poskytování dodávek a servisních služeb (viz bod 85. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
101. Úřad připomíná, že o použití příslušného druhu zadávacího řízení rozhoduje vždy zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. V šetřeném případě jak z písemné zprávy, tak rovněž z formuláře o zadání veřejné zakázky uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek (viz body 76. a 77. odůvodnění tohoto rozhodnutí) je zřejmé, že jednacím řízením bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro zadání předmětné veřejné zakázky obviněný zvolil z důvodu ochrany autorských práv.
102. K tomu Úřad opětovně 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 obviněném, aby v rámci případného přezkumu jeho postupu ze strany Úřadu prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. Pouze tak může obviněný naplnit požadavek na přezkoumatelnost jeho postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti stanovené v § 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).
103. Prokázání důvodů použití jednacích řízení bez uveřejnění je tak plně na obviněném, 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 dodavatelem. V této souvislosti je rovněž možné odkázat na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-385/02 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).
104. 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 jednacím řízením 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 jednacího řízení bez uveřejnění není tedy třeba se dále podrobněji zabývat; toto obecné východisko žalovaného je oprávněné.“ (pozn. zvýraznění textu provedeno Úřadem).*

105. Dále Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 3 As 18/2015-32 ze dne 25. 11. 2015 uvedl, „[...] že smyslem daného řízení bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění. [...]“. Pojmem „dané řízení“ se v citovaném rozsudku NSS rozumí správní řízení vedené před Úřadem, jehož předmětem bylo posouzení oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, a z uvedené citace tedy jasně vyplývá, že úkolem Úřadu ve správním řízení je posoudit, zda zadavatel naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění prokázal. Ke stejným závěrům pak dospěl i Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 95/2013-74 ze dne 13. 1. 2015, který byl následně potvrzen citovaným rozsudkem NSS, a rovněž i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 93/2015 – 357 ze dne 1. 6. 2017.
106. Z výše uvedeného pak vyplývá, že důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na obviněném, jehož povinností je, aby doložil veškeré důvody, které svědčí pro naplnění podmínek § 23 zákona, v šetřeném případě konkrétně podmínek stanovených v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a objektivně tedy prokázal zákonitost svého postupu. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě přestupků 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 obviněném. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě obviněný, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem, a zvolil tedy tento druh zadávacího řízení oprávněně. Úřad dodává, 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 obviněný toto důkazní břemeno unesl. Je tedy povinností obviněného, 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 obviněného povinnost související s doložením existence objektivních důvodů k použití jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona suplovat. Úřad má tedy v šetřeném případě povinnost posoudit, zda obviněný důkazní břemeno unesl, tedy zda prokázal naplnění důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění.
107. S ohledem na argumentaci obviněného týkající se oprávněnosti použití JŘBU podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro zadání předmětné veřejné zakázky se Úřad nejprve zabýval posouzením naplnění formální stránky jednacího řízení bez uveřejnění, tj.

posouzení, zda skutečně byly dány objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení.

108. Jak z vyjádření obviněného ze dne 13. 3. 2017 (viz bod 30. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí), tak z písemné zprávy vyplývá, že důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění bylo, že *„MV ČR disponuje pouze právem užít Národní vizový informační systém (NS-VIS), ale nemá právo do dodaného díla zasahovat a dále ho rozvíjet. MV ČR nemá k dispozici zdrojové kódy a příslušnou dokumentaci k dodanému dílu a tedy ani nemá možnost do díla zasahovat vlastními prostředky, nebo prostřednictvím třetí osoby. Těmito právy disponuje na základě uzavřené smlouvy společnost IBM Česká republika, spol. s r.o.“* (pozn. Úřadu – vybraný uchazeč). Z uvedeného je tak dle obviněného zřejmé, že veřejná zakázka musela být zadána v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť vybraný uchazeč je držitelem autorských práv, tudíž provedení jakýchkoliv úprav informačního systému bez souhlasu držitele majetkových práv by mohlo znamenat porušení autorských práv.
109. S ohledem na skutkově vymezený stav v šetřeném případě bylo na obviněném, aby uvedl a doložil, resp. prokázal konkrétní výhradní práva vybraného uchazeče, jejichž existence je důvodem pro zadání veřejné zakázky formou JŘBU podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. V této souvislosti je dále nutno podotknout, že charakter takového tvrzeného a obviněným prokazovaného výhradního práva musí být takový, aby toto právo ve svém důsledku znamenalo jednoznačnou a nezpochybnitelnou nezbytnost zadání předmětné veřejné zakázky právě vybranému uchazeči. V souvislosti s možností prokázání existence výhradních práv Úřad dále odkazuje na závěry vyplývající z rozsudku NSS sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, ve kterém soud uvedl, že *„[z]adavatel musel důkladně a objektivně osvědčit, že jsou dány důvody aplikace jednacího řízení bez uveřejnění, a to např. posudkem z oboru IT a oboru práva“*.
110. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 13. 3. 2017 mimo jiné uvedl, že správnost výše uvedených závěrů obviněného a tedy způsobu zadání formou jednacího řízení bez uveřejnění potvrdil rovněž znalecký posudek (viz bod 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí), který má Úřad k dispozici. Lze potvrdit, že předmětem znaleckého posudku, který zpracoval znalec specializovaný na znaleckou činnost v oboru Ekonomika a Kybernetika, mělo být posouzení okolností relevantních pro zadání šetřené veřejné zakázky pro účely záměru uzavřít smlouvu na její realizaci v JŘBU. Úřad proto pro úplnost cituje relevantní pasáže předmětného znaleckého posudku.
111. V části 3 „Posudek“, bodu 3.1.2 „Autorský zákon“ znaleckého posudku je uvedeno, že *„[p]odle Autorského zákona, Zákon č. 121/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, § 2, odstavce 2 informační systém, který je implementován, je autorským dílem chráněným dle tohoto zákona“*. V bodu 3.1.4 „Autorská práva k NS VIS“ téhož článku znaleckého posudku je pak uvedeno následující: *„Autorská práva k dílu dodanému v rámci smluv na dodávku Národního vizového informačního systému (NS VIS) č.j. ZM-162/VZ-2006 ze dne 20. 10. 2006 a č.j. MV-78476-1/REG/6-2001 jsou upřesněna dopisem společnosti IBM Česká republika, spol. s r.o. adresovaným Policejnímu prezidiu ČR ze dne 15. října 2013. MV ČR obdržela od IBM Česká republika neodvolatelnou, časově neomezenou a vyplacenou licenci užít dané dílo, které je předmětem autorskopravní ochrany podle Autorského zákona. Veškerá práva vykonavatele autorských práv k aplikačnímu vybavení a související technické dokumentaci tedy zůstávají dle podmínek shora uvedených smluv IBM a MV ČR má pouze oprávnění*

k zásahům umožňujícím užívat uvedené dílo v rozsahu uvedené licence. Vzhledem k tomu, že součástí předmětu plnění uvedených smluv nebylo předání zdrojových kódů, znamená to, že i podpora tohoto díla ze strany MV ČR či třetí strany se může vztahovat pouze na zásahy, které lze provést bez přístupu ke zdrojovému kódu a pouze pro účely umožnění užívání díla ve smyslu § 46 Autorského zákona. Veškerý vývoj, modifikace předmětného aplikačního vybavení a jakékoliv jiné akce zasahující do zdrojového kódu je oprávněn provádět pouze vykonavatel autorských práv, v tomto případě IBM Česká republika.“

112. Dále znalecký posudek obsahuje bod 3.1.4 „Důsledky licenčních podmínek“, ze kterého vyplývá následující:

Na otázku, zda je informační systém NS-VIS autorským dílem chráněným podle autorského zákona, znalec odpověděl „ano“ a dodal, že NS-VIS je autorským dílem chráněným autorským zákonem podle § 2 odst. 2. Na otázku, zda je vybraný uchazeč držitelem, resp. vykonavatelem autorských práv k uvedenému dílu, bylo ve znaleckém posudku odpovězeno „ano“. Z další otázky a odpovědi pak vyplývá, že v rámci plnění šetřené veřejné zakázky bude dle znalce nezbytné zasahovat do díla a provádět změny tak, že bude zasahováno do autorského díla. K otázce, kdo je oprávněn v rámci plnění šetřené veřejné zakázky zasahovat do díla a provádět jeho změny, znalec uvedl, že pouze vybraný uchazeč je oprávněn zasahovat do díla a provádět jeho změny. Na další otázku, a to zda má jiný subjekt než vybraný uchazeč oprávnění zasahovat do díla a měnit ho tak, aby nedošlo k neoprávněnému zásahu do autorského díla, znalec odpověděl „*Ne, jiný subjekt než Autor nemá oprávnění zasahovat do díla a měnit ho tak, aby nedošlo k neoprávněnému zásahu do autorského díla.*“

113. Úřad k předloženému znaleckému posudku uvádí následující. Předně je nutné zdůraznit, že předmětný znalecký posudek se v žádném případě nevyjadřoval k možnému postupu obviněného ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, resp. k možnému zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Z předmětného znaleckého posudku lze dále dovodit, že dle znalce určeného obviněným je vybraný uchazeč vykonavatelem autorských práv a že s ohledem na ně je do systému NS-VIS oprávněn zasahovat pouze vybraný uchazeč. Znalec se nevěnoval dalším podmínkám pro oprávněnost použití jednacích řízení bez uveřejnění, a to zejména ve vztahu k dalším nezbytným podmínkám dle judikatury soudů (tímto má na mysli Úřad zejména to, že si stav exkluzivity nesmí zadavatel sám vytvořit), přičemž všechny podmínky musí být splněny kumulativně.

114. Dále Úřad s ohledem na výše uvedené závěry předloženého posudku konstatuje následující. Nelze přehlížet, že samotný charakter obecných „odpovědí“ znalce (z oboru Ekonomika a Kybernetika) souvisí zejména s výkladem a aplikací relevantních ust. autorského zákona. Znalec v této souvislosti podává jednoznačný názor ohledně charakteru vytvořeného díla s ohledem na omezení vyplývající z autorského zákona, dále jednoznačný výklad smluvních ustanovení mezi obviněným a vybraným uchazečem, či výklad konkrétních povinností a oprávnění obviněného v intencích uzavřené smlouvy. S ohledem na právě uvedené nelze přehlížet v zásadě „právní povahu“, nikoliv tedy odbornou „technickou“ rovinu znalcem předestřených závěrů. Úřad v tomto ohledu připomíná, že „technické závěry“ znaleckých posudků nelze směřovat s otázkami právními (obdobný závěr srov. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 16. 9. 2016). Jinými slovy, právní závěry vyplývající z posudku předloženého obviněným nelze bez dalšího považovat za relevantní znalecké tvrzení, jelikož úkolem znalce není předepisovat výklad konkrétních právních otázek.

V neposlední řadě pak taktéž nelze opomenout ani samotný fakt, že znalec Ing. Ivan Janoušek ze znaleckého ústavu pro obor Ekonomika a Kybernetika nejspíš nedisponuje právním vzděláním, byť Úřad tuto skutečnost nikterak neověřoval. Lze nicméně v této rovině uzavřít, že charakter odpovědí, které předesílá znalec, představuje převážně hodnocení právních otázek, nikoliv relevantních technických aspektů (blíže k tomu viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí).

115. Úřad nicméně v souvislosti se závěry znaleckého posudku uvádí, že z nich vyplývá, že NS-VIS je autorským dílem ve smyslu § 2 odst. 2 autorského zákona, vybraný uchazeč disponuje výhradními právy k tomuto dílu a s ohledem na autorská práva je oprávněn zasahovat do předmětného díla a provádět jeho změny pouze vybraný uchazeč.
116. Ve vztahu k závěrům znaleckého posudku, potažmo k samotné argumentaci obviněného Úřad uvádí, že s ohledem na výklad autorského zákona lze považovat existenci výhradních práv vybraného uchazeče v rovině konkrétních okolností daného případu za přinejmenším spornou otázkou, a to s ohledem na následující.
117. Předmětný systém byl vytvořen na základě smlouvy o dílo, přičemž z licenčních ujednání smlouvy o dílo vyplývá, že obviněný má právo systém NS-VIS, který je předmětem autorskopravní ochrany podle autorského zákona, užívat (podrobněji viz bod 84. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z vyjádření obviněného, jakožto i ze znaleckého posudku, na který obviněný odkazuje, vyplývá, že vybraný uchazeč disponuje výhradními právy k tomuto dílu a s ohledem na stávající licenční oprávnění není možné předmět plnění šetřené veřejné zakázky realizovat nikým jiným než vybraným uchazečem.
118. V daném případě je zřejmé, že předmětem šetřené veřejné zakázky je zásah do stávajícího systému NS-VIS, který vznikl na základě smlouvy již v roce 2006, neboť předmětem plnění dle čl. 2 „Předmět a rozsah veřejné zakázky“ výzvy k jednání je poskytování technické podpory provozu a zajištění rozvoje aplikace NS-VIS od uzavření Rámcové smlouvy do 31. 3. 2019, přičemž systém NS-VIS lze kvalifikovat jako autorské dílo ve smyslu § 2 odst. 2 autorského zákona.
119. Do forem užívání autorského díla lze zařadit jak činnosti výslovně upravené v § 12 odst. 4 autorského zákona, tak i činnosti jiné, neboť výčet uvedený v odstavci 4 tohoto ustanovení autorského zákona je s odkazem na odstavec 5 zde citovaného ustanovení pouze demonstrativní.
120. Autorský zákon dále blíže specifikuje právo užít dílo, jedná-li se o počítačový program, a to v § 66 odst. 1 autorského zákona. Obsahem předmětného ustanovení autorského je vymezení tzv. zákonné licence, s níž je spojeno právo oprávněného uživatele – osoby, která disponuje licencí k výkonu majetkového práva autora - dílo (počítačový program) užít určitými způsoby, aniž by k tomuto výkonu musela být uživateli tato práva udělena na základě smluvních ujednání. Uživatel – nabyvatel licence, tak získává tato oprávnění bez dalšího, přímo ze zákona.
121. Z ustanovení § 66 odst. 1 písm. a) autorského zákona pak vyplývá právo oprávněného uživatele rozmnožovat, překládat, zpracovávat, upravovat či jinak měnit počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu, činí-li tak při zavedení a provozu počítačového programu nebo opravuje-li chyby počítačového

programu, přičemž z obsahu předmětného ustanovení, jakož i z odborné literatury pojící se s problematikou autorskoprávní ochrany vyplývá, že se jedná o ustanovení kogentní, tzn. zákonné ustanovení zavádějící pravidlo, od něhož se účastníci smluvního vztahu nemohou odchýlit. *„Stěžejním pojmem autorského práva v souvislosti s užitím a ochranou počítačového programu je pojem oprávněný uživatel. Oprávněným uživatelem rozmnoženiny počítačového programu je zaprvé oprávněný nabyvatel rozmnoženiny počítačového programu, který má vlastnické či jiné právo k rozmnoženině počítačového programu, a to za účelem jejího využití (nikoli za účelem jejího dalšího převodu). Zadruhé je oprávněným uživatelem oprávněný nabyvatel licence nebo jiná osoba oprávněná užívat rozmnoženinu počítačového programu. Oprávněný uživatel neporušuje práva autora programu, jestliže tento program rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění, je-li to potřebné k užití programu v souladu s jeho určením, činí-li tak při zavedení a provozu počítačového programu včetně opravování chyb programu.“* (ŠTĚDRŇ, B. Ochrana a licencování počítačového programu. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 48.)

122. Současně jsou další zákonná užití oprávněného uživatele obsažena v ustanovení § 66 odst. 1 v písm. b) autorského zákona, dle kterého do autorského práva nezasahuje oprávněný uživatel rozmnoženiny počítačového programu, jestliže *„jinak rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu v souladu s jeho určením, není-li dohodnuto jinak“*, přičemž dle komentáře k autorskému zákonu (CHALOUPKOVÁ, H., HOLÝ, P.: Zákon o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským (autorský zákon) a předpisy související. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 121) je přípustné *„např. zpracování, resp. úprava spočívající ve věcné nebo obsahové aktualizaci, či jiném přizpůsobení programu směřujícím k naplnění účelu jeho užití.“* Toto ustanovení tedy již ze zákona opravňuje oprávněného uživatele mimo jiné k úpravám počítačového programu nejen v případě nezbytnosti provedení těchto úprav, ale i v případech směřujících k naplnění účelu jeho užití. Zákonná licence je v tomto případě oproti ustanovení § 66 odst. 1 písm. a) autorského zákona podstatně širší, resp. volnější, neboť s výkonem těchto uživatelských práv není spojena podmínka nezbytnosti k využití počítačového programu.
123. Úřad v této souvislosti tedy uvádí, že nelze vždy automaticky uzavřít, že z důvodu ochrany práv vyplývajících z autorského zákona byl vybraný uchazeč skutečně jediným možným dodavatelem k realizaci šetřené veřejné zakázky, když oprávnění obviněného k určitým uživatelským úpravám programu může vycházet ze zákonné licence oprávněného uživatele počítačového programu např. dle ustanovení § 66 odst. 1 písm. a) nebo b) autorského zákona, přičemž ani ze znaleckého posudku předloženého zadavatelem nevyplývá, že by tento reflektoval výše nastíněné aspekty autorského zákona.
124. Úřad dále ve vztahu ke znaleckému posudku nepřehlíží, že závěry znaleckého posudku jsou koncipovány pouze jako jednoduché odpovědi na obviněným položené otázky, přičemž absentuje jakékoliv odůvodnění těchto odpovědí, především pak z pohledu relevantních technických aspektů předmětu plnění. Dále nelze přehlížet ani tu skutečnost, že znalec zohledňuje jako zásadní skutečnost pro shledání nemožnosti zásahu do díla pouze ze sdělení „třetí strany“, resp. vybraného uchazeče, aniž by se znalec kriticky vyjádřil, zda je takové sdělení stávajícího poskytovatele služeb samo o sobě postačující, resp. aniž by znalec ověřil validitu a relevanci tohoto sdělení v rovině konkrétních technických aspektů, či při

současném zohlednění relevantních ustanovení autorského zákona, jak již bylo konstatováno výše.

125. Úřad závěrem v této souvislosti pro úplnost uvádí, že hodnocení podkladů pro rozhodnutí je věcí správního orgánu a je ovládáno zásadou volného hodnocení důkazů. Podle § 50 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, správní orgán hodnotí podklady, zejména důkazy, podle své úvahy; přitom pečlivě přihlíží ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci (srov. rozsudek NSS č. j. 1 As 84/2009 – 77 ze dne 12. 11. 2009).
126. Úřad v této souvislosti odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R403/2015/VZ-37535/2016/321/OHo ze dne 12. 09. 2016, ve kterém předseda Úřadu konstatoval, že *„[z]nalecký posudek je nutno hodnotit stejně pečlivě jako každý jiný důkaz, neboť ani on nepoživá žádné větší důkazní síly a musí být podrobován všestranné prověrce nejen právní korektnosti, ale též věcné správnosti (k tomu viz dále). Hodnotit je třeba celý proces utváření znaleckého důkazu, včetně přípravy znaleckého zkoumání, opatřování podkladů pro znalce, průběh znaleckého zkoumání, věrohodnost teoretických východisek, jimiž znalec odůvodňuje své závěry, spolehlivost metod použitých znalcem a způsob vyvozování závěrů znalce. Ponechávat bez povšimnutí věcnou správnost znaleckého posudku a slepě důvěřovat závěrům znalce, by znamenalo ve svých důsledcích popřít zásadu volného hodnocení důkazů soudem (tyto závěry lze vztáhnou bezvýjimečně též na hodnocení důkazů správním orgánem) podle svého vnitřního přesvědčení, privilegiovat znalecký důkaz a přenášet odpovědnost za skutkovou správnost soudního rozhodování na znalce; takový postup nelze ze správněprávních ani z ústavněprávních hledisek akceptovat (bližze viz náleží Ústavního soudu České republiky sp. zn. III. ÚS 299/06)“*. Předseda Úřad dále v citovaném rozhodnutí uvedl, že *„[j]e však mít třeba na paměti, že znalci se vyjadřují k odborným otázkám, o nichž si nelze ve správním řízení učinit úsudek samovolně, avšak právní hodnocení a závěry v uvedené věci činí právě až správní orgán. Je tedy na něm, aby se vypořádal s tím, která zjištění a z jakých důvodů z případně protichůdných důkazních prostředků použije. Nejde o vyslovování správnosti nebo nesprávnosti odborných stanovisek znalců, ale o hodnocení znaleckého posudku s ostatními důkazy a v řízení zjištěnými skutečnostmi (§ 50 odst. 4 správního řádu). Tím je rovněž zamezeno, aby docházelo k přenášení odpovědnosti za správnost rozhodování na znalce [...]. Znalecké posudky pak slouží jen jako jeden z mnoha (byť zde je nutné doplnit „významných“) důkazů v řízení před soudy a jinými státními orgány, přičemž teprve po jejich zhodnocení ve vzájemných souvislostech s dalšími najevo vyšlými okolnostmi lze vyvodit na jeho základě závěr o jeho použitelnosti jako podkladu pro rozhodnutí. [...]“*
127. Úřad tedy ve smyslu výše uvedených úvah podrobil závěry znaleckého posudku svému zkoumání a hodnocení, a to v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů, a dospěl k závěru, že předložený znalecký posudek nepodává komplexní odpověď na otázku ohledně existence výhradních práv vybraného uchazeče, neboť závěry znaleckého posudku nejsou opřeny o bližší zdůvodnění, které by jednoznačně svědčilo ve prospěch existence výhradních práv vybraného uchazeče (viz předchozí obsah odůvodnění tohoto rozhodnutí).
128. V neposlední řadě Úřad nepřehlídí ani ust. v čl. 7.9 původní smlouvy o dílo, ze kterého vyplývá, že v případě software vytvořeného na objednávku objednatele (tj. obviněného) bude vykonavatelem práv autora právě obviněný jako objednatel, přičemž výkon těchto práv zahrnuje mimo jiné práva ke zdrojovým kódům (srov. bod 84. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad má za to, že předmětné ust. původní smlouvy o dílo nepochybně

poskytuje určitý prostor pro to, aby obviněný nabyl konkrétní práva ke zdrojovým kódům vytvořeného software. Uvedené si uvědomoval taktéž obviněný, který se v této souvislosti obrátil na vybraného uchazeče s žádostí o předání původních zdrojových kódů. Obviněný se nicméně spokojil s vyjádřením vybraného uchazeče v tom smyslu, že vybraný uchazeč má za to, že obviněnému nedodal „žádný software, který lze kvalifikovat jako dílo na objednávku“ jelikož „[s]ystém NS-VIS se skládá z řady softwarových komponent,“ a tedy se na něj povinnosti vyplývající z čl. 7.9. původní smlouvy o dílo neaplikují (viz bod 86. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z podkladů předložených obviněným nevyplývá, že by měl obviněný jakoukoliv snahu toto vyjádření vybraného uchazeče kriticky analyzovat, podrobit bližší právní analýze, či případně domoci se konkrétních práv soudní cestou.

129. Úřad proto v rovině výše uvedeného nemůže bez dalšího jednoznačně potvrdit reálnou existenci výhradních práv, tedy jakýsi „stav exkluzivity“ vybraného uchazeče, resp. konstatovat, že by obviněný nade vši pochybnost naplnil formální podmínku použití jednacího řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Z pouhého předložení smluv a znaleckého posudku obviněným lze dle Úřadu toliko dovodit, že systém NS-VIS lze považovat za autorské dílo. Obviněný však v kontextu šetřené veřejné zakázky nijak neprokázal, že by to byl výhradně vybraný uchazeč, kdo je jediným subjektem, který může do tohoto informačního systému zasahovat. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Af 35/2015 ze dne 28. 6. 2017, v němž soud uvádí, že: „[p]ožadované zhodnocení ale nemá mít za úkol zodpovědět to, zda je určitý software autorským dílem, ale to, zda je možné realizovat zakázku jinak než výlučně zásahem do autorských práv původního dodavatele“. Úřad na tomto místě uzavírá, že nastíněnou otázku blíže nezkoumal, neboť i kdyby se snad obviněnému podařilo prokázat to, že neexistuje subjekt odlišný od vybraného uchazeče, jenž by byl oprávněn k zásahu do informačního systému (a tento zásah by přitom byl nezbytný pro plnění předmětu veřejné zakázky), nic to nemění na skutečnosti, že stav exkluzivity výhradních práv vybraného uchazeče byl způsoben konkrétním právním jednáním obviněného, pročez nemůže být tento stav oprávněným důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Tím by byl vlastně jen potvrzen stav, že pokud obviněný vytvoří podmínky v původní veřejné zakázce pro jediného dodavatele, může obviněný libovolně dlouho každou další veřejnou zakázku, kterou by bylo jinak lze na trhu široce soutěžit, pokud by neexistovaly předmětné omezující smluvní podmínky, zadat dotyčnému jedinému vybranému dodavateli v jednacím řízení bez uveřejnění. Obviněný však měl a mohl vědět o skutečnosti, že bude nezbytné do (vybraným uchazečem vytvořeného) informačního systému zasahovat (nejedná se o jednorázový informační systém) a v té souvislosti mu tedy mělo být zřejmé, že nevyhradí-li si možnost takového zásahu, bude to právě a jen vybraný uchazeč, kdo bude moci další návazná plnění související s předmětným informačním systémem realizovat (k tomu blíže dále odůvodnění tohoto rozhodnutí).
130. 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 (neboť předmět jejího plnění je se zásahem do takových práv imanentně spojen), ale je nutno zkoumat i naplnění materiální podmínky pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění, tj. zda obviněný stav výlučnosti tohoto dodavatele pro plnění veřejné zakázky sám zaviněně

nevytvořil. Aniž by tedy bylo nutno se blíže zabývat obsahem ve smlouvě o dílo sjednaného práva obviněného systém NS-VIS užívat a provádět jeho úpravy (zejména s ohledem na vymezení obsahu tohoto práva v příslušných autorskoprávních předpisech), přičemž pouze pro úplnost se Úřad vypořádal s argumenty obviněného ohledně existence výhradních práv vybraného uchazeče a naplněním formálních podmínek pro využití JŘBU za účelem zadání předmětné veřejné zakázky, Úřad konstatuje, že obviněným tvrzená autorskoprávní ochrana systému NS-VIS a z ní plynoucí nemožnost jiného dodavatele do systému zasahovat by jako oprávněný důvod pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění obstála pouze v případě, že by ji obviněný sám nezpůsobil. Z toho důvodu se Úřad dále zabýval naplněním materiální podmínky použití jednacímho řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany autorských práv, tj. posouzením, zda obviněný jím tvrzený stav, kdy veřejnou zakázku podle něj může splnit pouze vybraný uchazeč, sám nevytvořil.

131. Úřad v této souvislosti připomíná již výše citovaný rozsudek NSS sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, který přinesl odpověď na otázku, zda skutečnost, že obviněný 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 vhodné rovněž na tomto místě 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 nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.“* Závěry tohoto rozsudku taktéž korespondují se závěry rozsudku NSS sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 28. 11. 2012, v němž se soud zabýval situací, kdy byl postup obviněného při zadávání 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 jednacímho řízení bez uveřejnění.“* NSS 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 obviněný osloví jednoho konkrétního zájemce, nemohou vycházet ze stavu, kdy si obviněný nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až je následně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolává se postupu dle daného ustanovení zákona.
132. Úřad zároveň akcentuje i to, co již uvedl výše (viz bod 94. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a sice že pokud NSS 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“*.
133. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že aby bylo možno konstatovat, že obviněný, který svým jednáním při zadávání původní veřejné zakázky za účelem uzavření smlouvy o dílo 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).

134. S ohledem na uvedené závěry lze konstatovat následující. Předmětem plnění smlouvy o dílo uzavřené již dne 23. 10. 2006 s vybraným uchazečem dle čl. 2 „Předmět smlouvy“ bodu 2.1 smlouvy o dílo byla „*dodávka [a] Národního vízového informačního systému NS-VIS ČR v souladu s požadavky a dokumenty EU [...]*“. Z čl. 7 „Vlastnictví a práva z duševního vlastnictví“ smlouvy o dílo pak jednoznačně vyplývá, že si obviněný sjednal takové licenční podmínky, které mu umožní systém NS-VIS užívat (viz bod 84. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
135. Úřad dále uvádí, že rozhodnutím Rady Evropské unie ze dne 8. června 2004 byl zřízen „*systém pro výměnu vízových údajů mezi členskými státy s názvem „Vízový informační systém“ (VIS), který umožní oprávněným vnitrostátním orgánům vkládat a aktualizovat vízové údaje a elektronicky je prohlížet.*“ V čl. 1 tohoto rozhodnutí pak bylo uvedeno, že „*Vízový informační systém je založen na centralizované architektuře a skládá se z ústředního informačního systému, nazývaného „Ústřední vízový informační systém“ (CS-VIS), z uživatelského rozhraní v každém členském státě, nazývaného „národní uživatelské rozhraní“ (NI-VIS), které umožní připojení příslušného ústředního vnitrostátního orgánu daného členského státu, a z komunikační infrastruktury mezi Ústředním vízovým informačním systémem a národními uživatelskými rozhraními.*“ Povinnost zřízení Národního vízového informačního systému pak vyplývá z článku 2 rozhodnutí Rady Evropské, ve kterém bylo uvedeno, že „*vnitrostátní infrastrukturu upraví nebo vytvoří členské státy*“.
136. Úřad má za to, že obviněný již v době uzavření smlouvy o dílo jednoznačně musel předpokládat, že určitý systém v oblasti vízové politiky bude nezbytné udržovat v provozu, a to především s ohledem na povinnosti vyplývající z uvedeného rozhodnutí Rady EU. Lze se domnívat, že právě z uvedeného důvodu byla předmětem plnění původní smlouvy o dílo rovněž podpora provozu systému NS-VIS, jak je uvedeno v čl. A.7 Přílohy A smlouvy o dílo, která však byla uzavřena pouze na dobu určitou. Úřad je tedy toho názoru, že obviněný měl a mohl mít prokazatelně vědomí o potřebě budoucích aktualizací, úprav a dalšího rozvoje, neboť se jedná o systém, jenž slouží k výměně vízových údajů mezi jednotlivými členskými státy a „*jehož cílem je zejména zlepšit provádění společné vízové politiky, konzulární spolupráci a konzultace mezi ústředními vízovými úřady usnadněním výměny údajů o žádostech a o souvisejících rozhodnutích mezi členskými státy [...]. VIS by měl rovněž napomáhat určení totožnosti každé osoby, která nesplňuje nebo přestala splňovat podmínky pro vstup, přítomnost nebo pobyt na území členských států, jakož i uplatňování nařízení Rady (ES) č. 343/2003 ze dne 18. února 2003, kterým se stanoví kritéria a postupy pro určení členského státu příslušného k posuzování žádostí o azyl podané státním příslušníkem třetí země v některém z členských států, a přispívat k předcházení ohrožení vnitřní bezpečnosti kteréhokoli z členských států.*“ (viz čl. 1. „Vymezení pojmů“ rámcové smlouvy – bod 70. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
137. Obviněnému tedy již v době pořizování systému NS-VIS muselo být zřejmé, že systém NS-VIS bude užívat dlouhodobě a bude třeba provádět různé úpravy např. s ohledem na požadavky práva Evropské unie či uživatelů systému na národní straně. Obviněný proto již v době

uzavírání smlouvy o dílo mohl bez nutnosti konkrétních znalostí tuto budoucí potřebu reflektovat a způsob pořízení systému tomuto přizpůsobit (viz body 130. až 132. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Proto tedy nelze shledat, že činnosti, které jsou předmětem nyní šetřené veřejné zakázky, jsou činnosti neočekávané a vznikly v důsledku nepředvídatelných okolností.

138. Úřad v této souvislosti uvádí, že nemá-li být popřen samotný smysl zákona, nelze v projednávané věci nezohlednit skutečnost, že tento vzniklý stav, tj. překážka v podobě výhradních práv vybraného uchazeče, je důsledkem předchozího postupu obviněného při zadávání veřejné zakázky na dodávku systému NS-VIS, resp. uzavření smlouvy o dílo s vybraným uchazečem. I kdyby Úřad přistoupil na to, že dosavadní smluvní omezení neumožňují obviněnému jinou alternativu, nežli postup v JŘBU, je nutné akcentovat, že je to pouze a jedině obviněný, kdo s původním omezením výslovně souhlasil a na z jeho pohledu nepříznivé podmínky sám přistoupil i přesto, že si musel být vědom potřeby zajištění činností souvisejících s předmětem nyní šetřené veřejné zakázky z dlouhodobého hlediska.
139. Byl to tedy sám obviněný, kdo svým aktivním přístupem v zadávacím řízení za účelem uzavření smlouvy o dílo způsobil, že se dostal do situace, kdy mu (dle jeho názoru) licenční podmínky neumožňovaly zasahovat do systému NS-VIS jakožto autorského díla vybraného uchazeče.
140. V této souvislosti Úřad připomíná závěr vyplývající z judikatury, a to že *„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 následně doplňuje *„zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento stav exkluzivity vytvořil“* (srov. rozsudek sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013).
141. S ohledem na uvedené je nutno dospět k závěru, že v situaci, ve které zadavatele limitují autorko-právní ujednání s vybraným uchazečem, se zadavatel neocitl nepředvídatelně, neboť při uzavírání smlouvy o dílo si musel být vědom toho, že pro zajištění provozu a rozšíření celého systému bude nutno zadávat další veřejné zakázky, případně zabezpečit služby související s provozem systému VIS jiným způsobem tak, aby zadavatel naplnil požadavky vyplývající z práva Evropské unie. Úřad dodává, že jakkoli se formální postup obviněného může jevit jako souladný se zákonem, ve skutečnosti je takový postup obviněného postupem *in fraudem legis*, neboť je nevyhnutelným důsledkem předchozího, vědomého postupu obviněného, kdy tento si musel být vědom, že svým jednáním (jež samo o sobě nemusí být nezákonné či představovat správní delikt) vytváří podmínky pro budoucí použití jednacímho řízení bez uveřejnění.
142. Pokud obviněný argumentuje tím, že v době uzavření smlouvy o dílo nemohl „odhadovat životnost systému NS-VIS“, resp. nepředpokládal další rozvoj systému NS-VIS, a to rovněž s ohledem na „nejasné politické rozhodnutí“, zda stát bude mít zájem vybudovat jeden komplexní vizový systém nebo bude zvoleno jiné technické řešení, což je nezbytné pro posouzení vhodných smluvních podmínek pro dodání díla, Úřad uvádí následující. Úřad má za to, že ze závazků vyplývajících z členství v Evropské unii mělo být obviněnému nepochybně zřejmé, že bude muset vytvořit a dlouhodobě provozovat systém, který zajistí

propojení příslušných orgánů členských států za účelem výměny vízových údajů mezi jednotlivými členskými státy, a že zároveň bude nezbytné tento systém dlouhodobě rozvíjet a udržovat v technicky odpovídajícím stavu, aby tyto závazky České republiky vůči Evropské unii byly naplněny (což ostatně vyplývá i z vyjádření obviněného ze dne 15. 8. 2017, viz bod 25. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

143. Úřad obviněného před zahájením správního řízení vyzval k objasnění, jakým konkrétním způsobem plánoval zajišťovat činnosti, které jsou předmětem nyní přezkoumávané veřejné zakázky (především tedy technickou podporu NS-VIS) z dlouhodobého hlediska, tedy v době po ukončení plnění smlouvy o dílo, při současném vědomí smluvního omezení v čl. 7 smlouvy o dílo. Dále Úřad obviněného vyzval – v reakci na jeho tvrzení, které Úřad obdržel před zahájením správního řízení v tom smyslu, že obviněný „nepředpokládal další rozvoj systému NS-VIS“ – k předložení či označení důkazů, ze kterých by vyplývalo a bylo možné ověřit, že systém NS-VIS bude využíván pouze po omezenou dobu. Obviněný v této souvislosti uvedl, že „*k podpisu smlouvy [o dílo] došlo dne 23. 10. 2006 a vzhledem k této skutečnosti již nebude zřejmě zjistitelné, jakými úvahami se tehdejší zaměstnanci zadavatele zabývali. [...] lze mít za to, že šlo o ochranu práva z duševního vlastnictví dodavatele [...]*“. V reakci na požadavek Úřadu na označení a předložení konkrétní důkazů, pak obviněný sdělil, že „*v současné době neexistují žádné dokumenty se skartační dobou delší než 10 let*“.
144. Úřad k tomu uvádí, že z povahy věci (při zohlednění rozsáhlosti systému NS-VIS, na kterou obviněný ve svých vyjádřeních opakovaně sám upozorňuje, a jeho účelu, který je úzce navázán na závazky České republiky vůči Evropské unii) je zřejmé, že obviněný měl a mohl potřebu návazného plnění nepochybně předpokládat, přičemž na podporu opačných tvrzení obviněný neoznačil žádný důkaz, resp. svá opačná tvrzení ničím nedoložil, a tedy neprokázal, že by postupoval pouze „nešikovně,“ tj. nezaviněně.
145. Úřad dále v návaznosti na výše uvedené uvádí, že obviněný má vždy zvažovat, zda podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění jsou v nyní známém stavu naplněny. Přitom je třeba nahlížet jak na formální, tak na materiální stránku těchto podmínek. Úřad přitom zdůrazňuje, že obviněnému není vytýkán chybný postup při uzavírání původní smlouvy, ale chybný postup při vyhodnocení toho, zda jsou splněny podmínky pro zadání nyní šetřené veřejné zakázky, tedy rámcové smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění.
146. Pro úplnost Úřad v této souvislosti uvádí, že pokud by obviněný skutečně nepředpokládal zadání navazujícího plnění prostřednictvím JŘBU, přicházely pro něj v úvahu pouze dvě varianty. Jednou z nich je, že přestane systém NS-VIS bez dalšího provozovat, což je s ohledem na povinnosti vyplývající z členství v Evropské unii a význam systému NS-VIS při provádění společné vízové politiky v rámci Evropské unie prakticky vyloučené. Druhou alternativou pak je vytvoření vízového systému zcela nového, tedy tzv. „na zelené louce“, což obviněný ani v nejmenším neprokázal, přičemž Úřad má za to, že kdyby tato alternativa byla skutečně reálně zvažována, nepochybně by existovaly konkrétní koncepční či jiné strategické dokumenty související s tímto záměrem. Úřad uvádí, že obviněný v žádném případě nemůže na počátku zadání zakázky spoléhat na budoucí využití JŘBU při zajišťování činností, které jsou předmětem nyní šetřené veřejné zakázky, čili služeb souvisejících s provozem, údržbou či následným rozvojem systému, pakliže se tento systém ukáže v budoucnu jako „vyhovující“ či „v praxi ověřený“. Takovýto postup je v rozporu s právními předpisy upravujícími zadávání veřejných zakázek, a to zejména s ohledem na nesporný fakt, že v takovém případě je to

pouze obviněný – nikoliv objektivně nepředpokládaná skutečnost – kdo sám svým vlastním jednáním zavinit nastalý stav.

147. Úřad na tomto místě opakuje, že je na zadavateli, aby prokázal, že objektivním způsobem splnil podmínky pro použití JŘBU dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž tuto skutečnost musí být zadavatel schopen prokázat rovněž v rámci případného přezkumu jeho postupu ze strany Úřadu. Úřad zároveň konstatuje, že jedině tak může zadavatel naplnit požadavek na přezkoumatelnost jeho postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti stanovené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona. Uvedená povinnost zadavatele nabývá na významu právě v souvislosti s jeho postupem v zadávacím řízení formou JŘBU, neboť, jak bylo uvedeno výše, na JŘBU je nahlíženo jako na nejméně transparentní druh zadávacího řízení.
148. V šetřeném případě tedy obviněný žádným způsobem nedoložil, resp. nepředložil konkrétní důkazy na podporu svého tvrzení, že v době uzavření smlouvy o dílo bylo zvažováno, že systém NS-VIS nebude provozován dlouhodobě, resp. bude provozován pouze po omezenou dobu. Nelze mít tedy za prokázané, že pokračování v provozu stávajícího systému je výsledkem určité nahodilé, objektivně nepředpokládané situace, a že samotný obviněný v čase uzavření původní smlouvy skutečně nemohl mít jakékoliv povědomí o tom, že v budoucnu vznikne potřeba zadat další veřejné zakázky. Úřad má za to, že naopak obviněný s ohledem na výše prezentované dílčí závěry mohl a měl předpokládat nutnost zadávání dalších zakázek. Jinými slovy, v rovině závěrů vyplývajících z judikatury je nutné uvažovat v tom smyslu, že obviněný měl a mohl „s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadání navazujících zakázek.“
149. V návaznosti na právě uvedené proto nelze akceptovat ani argumentaci obviněného, že v době uzavírání smlouvy o dílo, kdy dle obviněného nebylo zcela zřejmé, prostřednictvím jakého informačního systému bude naplněna povinnost vyplývající z rozhodnutí Rady EU, by nebylo „hospodárné a účelné investovat do získání zdrojových kódů k celému řešení“ (blíže viz bod 36. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad sice připouští, že obviněný nemusel mít v době uzavírání smlouvy zcela jasnou představu o konkrétní podobě vizového systému z dlouhodobého hlediska, nicméně obratem dodává, jak již konstatoval výše, že obviněný s ohledem na povinnosti vyplývající z rozhodnutí Rady EU prokazatelně měl vědomost o tom, že musí vytvořit nějaký vizový systém a že zároveň bude nezbytné tento systém dlouhodobě rozvíjet a udržovat v technicky odpovídajícím stavu. Obviněný jednající s péčí řádného hospodáře tedy při zvažování celkové sumy vynaložených finančních prostředků nepochybně mohl uvažovat v širším kontextu. Ani ekonomický aspekt spočívající zjednodušeně řečeno v tom, že plnění bez zdrojových kódů je plnění v daném čase výhodnější, tedy levnější, z povahy věci nemůže postrádat zohlednění navazujících právních otázek. Naopak, předpoklad budoucích legálních možností, potažmo právních povinností by měl být zohledněn i při hodnocení ekonomických výhledů. Zjednodušeně řečeno, nelze uvažovat v tom smyslu, že právní stránka věci, tedy souladnost postupu obviněného se zákonem, se má „přízpůsobit ekonomickým úvahám“ obviněného, naopak, ekonomické úvahy v dlouhodobém horizontu musí reflektovat právě související právní aspekty. Uvedené pak vede k dílčímu závěru, že za situace, kdy obviněný nepochybně byl srozuměn s nutností zajištění určitého vizového systému z dlouhodobého hlediska, a tomuto dlouhodobému

hledisku nepřizpůsobil své potřeby na začátku, tedy v čase zadání původní smlouvy o dílo, nelze než toto jednání obviněného považovat přinejmenším za nedbalostní, a tedy zaviněné.

150. Jestliže tedy obviněný nehodlal vynaložit finanční prostředky na zajištění kompletních autorských práv k systému NS-VIS z důvodu nejasné doby „životnosti“ tohoto systému, nemůže se spoléhat na to, že v době uzavření rámcové smlouvy, tedy v době, kdy dle jeho vlastních slov *„si byl již plně vědom, že životnost informačního systému NS-VIS bude překračovat standardní životnost informačního systému, a že je nutné do budoucna zajistit jeho další technickou podporu a rozvoj s ohledem na vývoj evropské legislativy“*, bude moci zadat předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by přitom nepostupoval v rozporu se zákonem. Úřad v této souvislosti konstatuje, že jednacím řízení bez uveřejnění nemůže zadavatelům sloužit jako univerzální možnost pro zadávání veřejných zakázek, jež jsou spojeny s určitým stavem exkluzivity dodavatelů, který je výsledkem vědomého jednání zadavatelů, potažmo nemůže sloužit k udržování či prohlubování nevhodných smluvních vztahů s dodavateli, a tedy k vynakládání finančních prostředků v zadávacím řízení, v němž je zcela vyloučena hospodářská soutěž, a to pouze např. s odvoláním na „nejasné politické rozhodnutí“, nejasnou představu zadavatele apod. Jelikož v daném případě nebyly naplněny zákonné důvody pro postup v JŘBU, pak měl obviněný postupovat jinak, přičemž ani toliko tvrzená hospodárnost postupu nemůže nezákonnost postupu zhojit, když aprobece takového postupu by vedla k tomu, že se předmětem soutěže na roky či desítky let nestanou veřejné zakázky, které by jinak (bez původních smluvních podmínek obviněného, které vytvořily exkluzivitu rozhodného dodavatele) bylo lze v široké hospodářské soutěži soutěžit.
151. Úřad opětovně uvádí, že za situace, kdy je potřeba navazujících plnění zřejmá, případně vysoce pravděpodobná již při uzavření původní smlouvy, avšak zadavatel i přesto uzavře smlouvu zakládající exkluzivitu dodavatele, lze mít za to, že je s budoucím užitím jednacím řízení bez uveřejnění srozuměn. Pakliže zadavatel skutečně nepočítá s možností či nutností zadávání navazujících veřejných zakázek formou JŘBU, měl by mít k dispozici jiné v úvahu přicházející alternativy zajištění navazujících plnění.
152. K argumentu obviněného, že je s odkazem na rozsudek NSS sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013 nezbytné posoudit, zda postup zadavatele byl skutečně zaviněný či pouze nešikovný, Úřad nad rámec výše uvedeného doplňuje, že NSS v citovaném případě shledal, že zadavatel skutečně nepostupoval v rozporu se zákonem, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť *„původní veřejné zakázky zadával zadavatel prokazatelně, aniž by měl vědomí o tom, že v budoucnu mu vznikne potřeba zadat dotčené veřejné zakázky. [...] Stav exkluzivity [...] byl přirozenou součástí předmětu plnění, respektive neoddělitelným důsledkem toho, že v rámci předmětu plnění vznikala autorská díla [...]“*. Úřad nicméně dodává, že závěry citovaného rozsudku nelze argumentovat nepřiléhavým způsobem. Z citovaného rozsudku ostatně vyplývá konkrétní a pro potřeby jeho interpretace naprosto zásadní závěr, který zároveň vytváří limity v úvaze, kterou lze dovodit z vyjádření obviněného, a sice potřeba reflektování stavu, kdy zadavatel nemá *„vědomí o tom, že v budoucnu mu vznikne potřeba zadat dotčené veřejné zakázky“*. NSS v této souvislosti dokonce akcentuje význam této situace tím, že zadavatel *„prokazatelně neměl povědomí“*.
153. Úřad dále opětovně odkazuje na závěry vyplývající z rozsudku NSS sp. zn. 1 As 256/2015 ze dne 12. 5. 2016, ve kterém NSS jednoznačně shledal, že se nelze s úspěchem odvolávat na

nešikovnost či nevědomost zadavatele, když si tento zadavatel byl, resp. měl být vědom potřeby zadávání následných veřejných zakázek (je přitom třeba akcentovat, že tyto závěry nejsou nijak v rozporu se závěry rozsudku NSS sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, pouze dále objasňují, co lze a co nelze pokládat za – omluvitelnou – „nešikovnost“ zadavatele). V odkazovaném případě bylo dovozeno, že zadavatel s potřebou rozvoje projektu „Opencard“ jednoznačně počítal. V šetřeném případě má Úřad obdobně za to, že obviněnému muselo být od počátku jasné (viz předchozí obsah odůvodnění tohoto rozhodnutí), že vizový informační systém bude provozovat i po ukončení smlouvy o dílo uzavřené na dobu určitou s vybraným uchazečem.

154. Ve světle zásady *ignorantia iuris non excusat* je nutno konstatovat, že na rozdíl od rozsudku NSS sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013 obviněný v nyní šetřeném případě, kdy na základě původního zadávacího řízení uzavřel smlouvu o dílo s nevhodně vymezenými smluvními ujednáními týkajícími se licenčních podmínek, musel vědět a být srozuměn s tím, že svým postupem vytváří budoucí situaci, kdy na základě např. otevřené soutěže nebude možné zadat v šetřeném případě požadované činnosti jinému dodavateli než vybranému uchazeči, jak již Úřad konstatoval výše. Jiným slovy, obviněný s ohledem na výše prezentované dílčí závěry mohl a měl předpokládat nutnost zadávání dalších zakázek, přičemž za situace, kdy tyto okolnosti dostatečně nezohlednil, nemůže být toto jednání, které je nutné považovat za zaviněné, a to minimálně ve formě nedbalosti, jakkoliv zohledněno jako pouhá „nešikovnost“, která by umožňovala postup v JŘBU.
155. Obviněný v rámci své argumentace rovněž uvedl, že současně s posouzením, zda je postup zadavatele skutečně zaviněný či pouze nešikovný, je nutné rovněž posoudit skutečnost, zda postup zadavatele byl v souladu s „péčí řádného hospodáře“, přičemž podotkl, že v případě informačních systémů není získání kompletních autorských práv včetně vývojového prostředí samozřejmostí, a zadavatel musí vždy zvažovat, zda je ekonomicky výhodné požadovat kompletní autorská práva.
156. Úřad v této souvislosti pro doplnění úvah prezentovaných v bodu 149. odůvodnění tohoto rozhodnutí dodává, že otázka dodržení zásady hospodárnosti byla řešena např. i v rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř ze dne 29. 9. 2016, ve kterém předseda Úřadu uvedl, že „[...] snaha zadavatele býti „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.“ V této souvislosti pak Úřad dále odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015, ve kterém soud – příležitostně 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.“ Postup, kdy obviněný zcela vyloučí hospodářskou soutěž a zadá plnění šetřené veřejné zakázky, o kterém v čase zadání smlouvy o dílo mohl legitimně předpokládat, že nastane, formou JŘBU přímo vybranému uchazeči, lze jen stěží považovat za postup hospodárný, resp. za hospodárnější, než kdyby předmětné plnění bylo zajišťováno dlouhodobě dodavatelem vybraným např. na základě otevřeného řízení. Lze totiž mít za to, že dodavatel, který není vystaven konkurenčnímu tlaku, si může cenu za poskytnuté plnění určit takřka libovolně a může tak obviněnému

způsobit mnohem vyšší náklady, než jaké by mu vznikly, pokud by plnění poptával v otevřenějším druhu řízení. V neposlední řadě, v rovině obecného poukazu obviněného na jednání s „péčí řádného hospodáře,“ Úřad dodává, že obviněný by při těchto úvahách měl reflektovat nejen obecné argumenty, ale zejména konkrétní skutkové okolnosti, tedy sumu celkových nákladů jak na pořízení, tak na provozování systému NS-VIS. Celková hodnota dodávky v původní smlouvě o dílo představuje 125,8 mil. Kč bez DPH. Při zohlednění max. hodnoty nyní šetřené veřejné zakázky – 165 mil. Kč lze uvažovat, že na základě těchto dvou smluv bude v souvislosti se systémem NS-VIS bude vynaloženo ze státního rozpočtu cca 290 mil. Kč, z toho víc než polovina bez jakékoliv otevřené soutěže. Je tedy skutečně otázkou, zda toto jednání lze ve svém důsledku považovat za jednání s „péčí řádného hospodáře“.

157. Závěrem Úřad v souvislosti s argumentem obviněného, že uzavřením rámcové smlouvy získal požadovaná autorská práva k systému NS-VIS, uvádí, že byť tato skutečnost nikterak nezabavuje obviněného odpovědnosti za přestupek, může být promítnuta při úvahách ohledně výše pokuty (k tomu viz dále odůvodnění sankce).
158. S ohledem na vše výše uvedené Úřad uvádí, že obviněný nenaplnil materiální podmínku použití jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu ochrany výhradních práv, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil sám obviněný v důsledku svého předchozího postupu při uzavření smlouvy o dílo, přičemž toto jednání obviněného nelze považovat za pouhou „nešikovnost“, a obviněný se tedy na nutnost ochrany autorských práv vybraného uchazeče při zdůvodnění svého postupu při zadání předmětné veřejné zakázky nemůže legitimně odvolávat.
159. Úřad na tomto místě pro úplnost dodává, že jelikož obviněný v šetřeném zadávacím řízení postupoval podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení, a v mezidobí od zahájení zadávacího řízení do vydání tohoto rozhodnutí, konkrétně dne 1. 10. 2016, nabytí účinnosti ZZVZ, bylo nutno v rámci správního řízení posoudit, zda právní úprava zakotvená v ZZVZ není pro obviněného příznivější, a zda ji tudíž není nutno s ohledem na čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod na šetřený případ aplikovat.
160. 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 je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví. Tato úprava tedy příznivější oproti právní úpravě účinné v době zadání šetřené veřejné zakázky 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 pozdější příznivější právní úpravu aplikovat ani ustanovení § 222 ZZVZ týkající se změny závazků ze smlouvy.
161. Úřad na základě výše uvedených skutečností shrnuje, že obviněný zadal šetřenou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, 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 zaviněně sám obviněný v důsledku svého předchozího postupu při uzavření smlouvy o dílo, přičemž tento postup nelze považovat za toliko „nešikovný“.

162. Uvedený nezákonný postup obviněného přitom mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť použitím jednacího řízení bez uveřejnění obviněný nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacího řízení zúčastnit, resp. zcela vyřadil možnost účasti jakéhokoliv jiného uchazeče než vybraného uchazeče. Nelze vyloučit, že pokud by obviněný postupoval v souladu se zákonem a zvláštní druh zadávacího řízení (jednací řízení bez uveřejnění), který v daném případě zcela vyloučil hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku, nepoužil, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří mohli nabídnout výhodnější plnění než vybraný uchazeč.
163. 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 nezbyvá 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 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, ‚nebezpečnější‘ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.“*
164. 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 nejvhodnější 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.“*
165. Se shora uvedeným závěrem Krajského soudu v Brně vyslovil souhlas i NSS ve svém rozsudku č. j. 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.“

166. Na základě výše uvedeného tedy Úřad dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku 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 obviněný v důsledku svého předchozího postupu při uzavření smlouvy o dílo, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 10. 6. 2016 s vybraným uchazečem rámcovou smlouvu. Z toho důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. – k uložení pokuty

167. Obviněný se podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona dopustí přestupku tím, že 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.
168. Jelikož obviněný při zadávání šetřené veřejné zakázky porušil ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal 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, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 10. 6. 2016 s uvedeným vybraným uchazečem rámcovou smlouvu, spáchal přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
169. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za přestupek zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil 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 přestupek, 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
170. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
171. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. Úřad uvádí, že ke spáchání přestupku obviněným došlo uzavřením rámcové smlouvy na veřejnou zakázku, tedy dne 10. 6. 2016. Od spáchání přestupku tedy neuplynuly více než 3 roky, přičemž Úřad se o jeho spáchání logicky nemohl dovědět dříve, než byl spáchán. Z právě uvedeného plyne, že v šetřeném případě byla zachována i subjektivní lhůta 3 let nutná pro zahájení správního řízení. Obdobně

neuplynula ani promlčecí doba dle § 270 ZZVZ, která činí 5 let. Úřad konstatuje, že byly zachovány obě lhůty (jak subjektivní, tak objektivní) pro zahájení správního řízení dle zákona, jakož i dle ZZVZ, resp. neuplynula ani promlčecí lhůta dle § 270 ZZVZ ve znění účinném od 1. 7. 2017.

172. Vzhledem ke skutečnosti, že je Úřad ode dne 1. 7. 2017 povinen aplikovat v řízení o přestupku zákon o přestupcích, zabýval se Úřad opětovně v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba postupovat, a tedy posuzovat otázku týkající se uplynutí lhůt odpovědnosti za přestupek, tedy zda právní úprava zániku odpovědnosti za spáchání přestupku obsažená v ZZVZ a v zákoně o přestupcích neobsahuje pro obviněného příznivější úpravu, než jak je tato lhůta upravena v zákoně. Protože ani ZZVZ, ani zákon o přestupcích neobsahuje ustanovení, na základě kterých by odpovědnost obviněného za spáchání přestupku již zanikla, není pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ a v zákoně o přestupcích pro obviněného příznivější, a proto Úřad posoudil zánik odpovědnosti za spáchání přestupku podle zákona, a na základě uvedených skutečností konstatuje, že v šetřené veřejné zakázce nedošlo k zániku odpovědnosti obviněného za spáchání přestupku.
173. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
174. Z čl. 6. „Cena za plnění dle prováděcích smluv“, bodu 6.2. rámcové smlouvy vyplývá, že *„[c]elková cena plnění dle Prováděcích smluv uzavřených dle této Rámcové smlouvy nesmí přesáhnout 165.289.256,20 Kč bez DPH [...] 200.000.000,00 Kč včetně DPH [...]“*
175. Vzhledem ke skutečnosti, že se jedná o rámcovou smlouvu, která je uzavřena na dobu určitou, a to na 3 roky (tedy do dne 9. 6. 2019) od uzavření rámcové smlouvy, nebo do vyčerpání celkové ceny plnění ve výši 165.289.256,20 Kč bez DPH (resp. 200. mil. Kč s DPH) dle toho, která skutečnost nastane dřív, avšak dosud neuplynula doba účinnosti rámcové smlouvy, a celková cena za plnění poskytované vybraným uchazečem obviněnému na základě jednotlivých prováděcích smluv je stanovena jako maximální cena, nelze v šetřeném případě celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. Z uvedeného důvodu činí horní hranice pokuty za spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona částku ve výši 20 000 000,- Kč. Pro úplnost Úřad uvádí, že v případě, že by základem pro určení pokuty byla maximální cena předmětné veřejné zakázky uvedená ve smlouvě o dílo, činila by horní hranice pokuty částku ve výši 20 mil. Kč, a tedy, základ pro určení výše pokuty by byl de facto stejný.
176. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti přestupku, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Podle § 112 odst. 3 zákona o přestupcích na určení druhu a výměry sankce za dosavadní přestupky a jiné správní delikty se ode dne nabytí účinnosti zákona o přestupcích použijí ustanovení o určení druhu a výměry správního trestu, je-li pro pachatele výhodnější. Úřad proto rovněž přihlédne k § 37 a násl. zákona o přestupcích, neboť obsahuje širší výslovný katalog skutečností než úprava obsažená v zákoně (která je svojí povahou speciální), které je nutno při určení druhu a výměru správního trestu zvažovat

177. Podle § 37 zákona o přestupcích při určení druhu a výměry správního trestu se přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku, dále k tomu, že o některém z více přestupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky nebylo rozhodnuto ve společném řízení a dále k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem. Podle § 38 zákona o přestupcích povaha a závažnost přestupku je dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku, způsobem spáchání přestupku, okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti cit. ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
178. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná, nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti.
179. S ohledem na povahu spáchaného přestupku (viz odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí) Úřad v souladu s Hlavou VII zákona o přestupcích zohlednil při ukládání pokuty následující skutečnosti. Ke způsobu spáchání přestupku Úřad uvádí, že obviněný spáchal přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při výběru dodavatele veřejné zakázky, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když dne 10. 6. 2016 uzavřel v rámci jednacího řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku, aniž by pro daný druh zadávacího řízení byly splněny zákonné podmínky, přičemž tento postup obviněného mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.
180. Hlavním kritériem, které je dle citovaných ustanovení zákona a zákona o přestupcích rozhodné pro určení druhu a výměry správního trestu, je povaha a závažnost přestupku. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního přestupkového jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Oba uvedené právní předpisy pak demonstrativním výčtem vymezují, co lze pod pojem závažnost přestupku podřadit (význam zákonem chráněného zájmu, význam a rozsah jeho následků, způsob jeho spáchání, okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti přestupku, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující, kdy je třeba konstatovat, že katalog polehčujících a přitěžujících okolností uvedený v § 39 a § 40 zákona o přestupcích je toliko demonstrativní.
181. Úřad dále uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán také konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly

přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).

182. Z hlediska závažnosti přestupku se Úřad zabýval intenzitou narušení objektu zákonné ochrany. V šetřeném případě je tímto objektem ochrany právem chráněný zájem spočívajícího v zachování efektivní hospodářské soutěže. Právě tento právem chráněný zájem lze považovat za esenciální předpoklad hospodárného vynakládání veřejných prostředků v rámci zadávání veřejných zakázek, jelikož jak vyplývá z konstantní judikatury správních soudů či rozhodovací praxe Úřadu, prostřednictvím férové hospodářské soutěže je dosahován cíl a smysl úpravy práva veřejných zakázek, tedy efektivní vynakládání veřejných prostředků. Jinými slovy, jestliže je cílem zákona zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky a jestliže zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (k tomu blíže srov. rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008 sp. zn. 1 Afs 20/2008), je třeba jednání zadavatele, které zcela vyloučí hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku, označit za jedno z typově vůbec nejzávažnějších, blížících se situaci úplné ignorace zákona. V šetřeném případě byl konkrétním jednáním obviněného, spočívajícím v postupu v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv pro tento druh zadávacího řízení nebyly splněny podmínky, tento právem chráněný zájem ze strany obviněného nejen narušen, ale zcela popřen.
183. Z hlediska následků přestupku Úřadu nezbyvá než konstatovat, že postupem obviněného bylo tedy nedůvodné vyloučení hospodářské soutěže, resp. stav, kdy plnění v celkové hodnotě několika stovek milionů Kč, které bude hrazeno z veřejných prostředků, bylo zadáno, aniž by proběhla jakákoliv soutěž o tuto veřejnou zakázku. Obviněný tedy neumožnil účast jiných v úvahu přecházejících dodavatelů, resp. podávání nabídek, které v konkurenčním prostředí mohly vyvolat tlak na sjednanou cenu veřejné zakázky.
184. Byť jednání obviněného lze označit svým charakterem jako typově nejzávažnější, Úřad nemůže v rámci stanovení trestu (sankce) rezignovat na zohlednění těch aspektů v postupu obviněného, které by bylo možné hodnotit jako polehčující okolnosti, přičemž lze potvrdit, že zohlednění polehčujících okolností pak nepochybně vede k dosažení spravedlivého účelu trestu.
185. Jako polehčující okolnost šetřeného případu Úřad zohlednil tu skutečnost, že obviněný svým jednáním při uzavírání smlouvy na šetřenou veřejnou zakázku napravil původní příčinu, když vyjednal úpravu nevhodných smluvních podmínek upravujících autorská práva a licenční podmínky s cílem odstranění „exkluzivity“ vybraného uchazeče ve vztahu k úpravám systému NS-VIS. Tyto skutečnosti, které částečně zmírňují následky protizákonného jednání, jelikož by měly vést k možnosti uskutečnit zadávací řízení s větším počtem uchazečů, nasvědčují tomu, že se obviněný snaží předcházet dalšímu jednání v rozporu se zákonem. Obdobně pak Úřad nepřehlídí a zohledňuje ve prospěch obviněného určitou snahu, resp. kroky, které činil obviněný v roce 2014 v souvislosti se žádostí o předání zdrojových kódů, které se snažil zajistit od původně vybraného uchazeče. Úřad na tomto místě nicméně akcentuje, že této aktivitě nelze přisuzovat zásadní význam, jelikož tato snaha obviněného byla ukončena prakticky okamžitě po obdržení negativního stanoviska vybraného uchazeče.

186. Po pečlivém posouzení šetřeného případu ve všech vzájemných souvislostech, neshledal Úřad další polehčující či přitěžující okolnosti, které by měly vliv na uloženou výši pokuty.
187. Úřad ke konkrétnímu významu „závažnosti přestupku“ v šetřeném případě shrnuje, že posoudil způsob spáchání přestupku, jeho následky a intenzitu těchto následků, a dále okolnosti, za nichž byl přestupek spáchán, přičemž stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) vzhledem k vysoké intenzitě následků přestupku a přihlédnutím k okolnostem jeho spáchání označuje Úřad přestupek jako závažný.
188. Úřad ve vztahu ke způsobu stanovení výše uložené pokuty na tomto místě rovněž odkazuje na rozsudek NSS 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.“*
189. S ohledem na výše uvedené Úřad zhodnotil, zda je v daném případě na místě zohlednit i jiné sbíhající přestupky, za které již obviněnému byla uložena pokuta podle zákona. Jak již bylo uvedeno v bodě výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, ke spáchání právě projednávaného přestupku došlo dne 10. 6. 2016. Úřad ověřil, že v právě projednávaném případě je přestupek obviněného v souběhu s přestupky, o kterých bylo rozhodnuto ve výrocích I. – XII. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0440/2016/VZ-28435/2016/542/EŠu ze dne 8. 7. 2016, které byly spáchány dne 6. 5. 2016 (správní delikty uvedené ve výrocích I. – VI. citovaného rozhodnutí) a dne 27. 5. 2016 (správní delikty uvedené ve výrocích VII. – XII. citovaného rozhodnutí) a za které byla Úřadem uložena pokuta ve výši 20 000,- Kč (pravomocná rozhodnutí Úřadu jsou dostupná online na <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti.html>)
190. 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.
191. Měl-li by Úřad uložit obviněnému pokutu za uvedený přestupek a nemá-li zároveň v tomto správním řízení zákonné zmocnění zrušit předcházející „výrok o trestu“ (tj. výroky výše uvedeného rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0440/2016/VZ-28435/2016/542/EŠu ze dne 8. 7. 2016), lze absorpční zásadu ve formě uplatnění pravidel pro ukládání souhrnného trestu aplikovat pouze tím způsobem, že Úřad v rámci uložení pokuty za projednávaný přestupek zohlední předchozí uloženou pokutu za delikty, jež jsou s projednávaným přestupkem v souběhu, tj. pokutu uloženou rozhodnutím uvedeným v bodě 189. odůvodnění tohoto rozhodnutí za spáchání uvedených přestupků.

192. S ohledem na výše uvedené Úřad rekapituluje, že obviněnému uložil za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí pokutu ve výši 1 000 000,- Kč, a to při respektování absorpční zásady ve formě analogického použití institutu souhrnného trestu.
193. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť v určitém případě se pokuta – ať už uložená v jakékoli výši – může jevit jako krajně „nespravedlivá“, a to konkrétně v situaci, kdy by zcela „zmařila“ ekonomickou podstatu pachatele přestupku. Nepřípustné jsou totiž takové pokuty, jež mají likvidační charakter. V případě organizační složky státu lze uvažovat o tom, že účinek obdobný onomu „zmaření“ ekonomické podstaty daného subjektu by tu měla pokuta, která by např. byla způsobilá paralyzovat činnost takové organizační složky. Úřad dospěl k závěru, že pokuta uložená ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí není způsobilá negativně ovlivnit (ve smyslu paralýzy jeho činnosti) působení zadavatele, který je organizační složkou České republiky, neboť obviněný disponuje prostředky v řádu miliard korun. Z rozpočtu obviněného na rok 2017 zveřejněného na internetových stránkách <http://monitor.statnipokladna.cz/2017/statni-rozpocet/kapitola/314#> totiž vyplývá, že obviněný podle schváleného rozpočtu předpokládá v roce 2017 příjmy ve výši 8 119 944 tis. Kč.
194. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Má-li pokuta tyto funkce splnit, je zřejmé, že musí být natolik intenzivní, aby byla obviněným pociťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním.
195. V tomto smyslu Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele přestupku, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře obviněného, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce.
196. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační.
197. Úřad posoudil postup obviněného ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému přestupku obviněného přistoupil k uložení pokuty obviněnému ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

198. Uložená 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 obviněného.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

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

Vypraveno dne:

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