



UOHSX00AKQY0

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0309/2017/VZ-29605/2017/523/HVo

Brno: 11. října 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v řízení o přestupku zahájeném dne 4. 8. 2017 z moci úřední, jehož účastníkem je

- obviněný – Statutární město Brno, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 8. 9. 2017 MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno,

ve věci podezření ze spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, obviněným při zadávání veřejné zakázky „Rozšíření a rozvoj systému GINIS“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 16. 7. 2015, přičemž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 20. 11. 2015 pod ev. č. 526773 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 11. 2015 pod ev. č. 2015/S 227-414189,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – Statutární město Brno, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno – **se dopustil přestupku** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Rozšíření a rozvoj systému GINIS“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 16. 7. 2015, přičemž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 20. 11. 2015 pod evidenčním číslem zakázky 526773 a v Úředním věstníku Evropské unie dne

24. 11. 2015 pod ev. č. 2015/S 227-414189, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na důvody ochrany výhradních práv vybraného uchazeče, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče – společnosti GORDIC spol. s r.o., IČO 47903783, se sídlem Erbenova 2108/4, 586 01 Jihlava – vytvořil obviněný zaviněně v důsledku svého předchozího postupu souvisejícího s uzavřením smluv týkajících se předmětu plnění výše specifikované veřejné zakázky, tj. informačního systému GINIS, kdy obviněný měl a mohl mít za to, že v budoucnu bude nutné do předmětu veřejné zakázky zasahovat, čímž vznikne potřeba následného plnění souvisejícího s předmětem cit. veřejné zakázky, a zároveň obviněný neunesl důkazní břemeno ohledně tvrzené existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacím řízení bez uveřejnění podle téhož ustanovení citovaného zákona, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 6. 11. 2015 s uvedeným vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – Statutární město Brno, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

pokuta ve výši 270 000 Kč (dvě stě sedmdesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – Statutární město Brno, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 8. 9. 2017 MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno (dále jen „obviněný“ nebo též „zadavatel“) – zahájil dne 16. 7. 2015 odesláním písemné výzvy k jednání z téhož dne (dále jen „výzva“) jednacím řízením bez uveřejnění (dále také „JŘBU“) ve smyslu § 26 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) za účelem zadání veřejné zakázky „Rozšíření a rozvoj systému GINIS“, přičemž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 20. 11. 2015 pod evidenčním číslem zakázky 526773 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 11. 2015 pod ev. č. 2015/S 227-414189 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Výzva byla odeslána dodavateli GORDIC spol. s r.o., IČO 47903783, se sídlem Erbenova 2108/4, 586 01 Jihlava (dále jen „vybraný uchazeč“).
3. Podle bodu 2. výzvy bylo předmětem plnění veřejné zakázky rozšíření a rozvoj systému GINIS (dále také jen „IS GINIS“) „popsané v příloze č. 1 zadávací dokumentace.“ V uvedené příloze č. 1 zadávací dokumentace „Přehled nasazovaných aplikačních programových modulů a další

rozvoj systému, které jsou součástí díla“ je pak blíže uvedena specifikace obsahu a rozsahu předmětu plnění. Konkrétně se jedná o:

- Datový sklad – rozvoj (vývoj + implementace),
- Přestupky – rozvoj (vývoj + implementace),
- Rozšíření a customizace příkazního řízení pro MČ (vývoj + implementace),
- Rozhraní GINIS (vývoj + implementace),
- Řídící kontrola,
- Interaktivní úřad,
- Implementace dříve dodaných modulů GINIS dle požadavků Zadavatele (ÚMČ),
- Analytické práce,
- Řízení bezpečnosti,
- Expertní podpora,
- Školení,
- Maintenance systému,
- Projektová dokumentace.

Předmět veřejné zakázky je dále specifikován v zadávací dokumentaci, která je součástí výzvy a z níž vyplývá, že předmětem veřejné zakázky jsou „požadované služby a doplnění ekonomické části již implementovaného systému GINIS o další požadované moduly GINIS. Předmětem plnění je nasazení dalších modulů vybraných na základě potřeb zadavatele ve vazbě na vyhodnocení požadavků z provozu aplikací v roce 2014 včetně zajištění požadavků vyplývajících z legislativy.“

4. Lhůta pro podání nabídky byla obviněným dle bodu 7. výzvy stanovena do 23. 7. 2015 do 10:00 hodin.
5. Podle bodu 1. výzvy byla volba jednacího řízení bez uveřejnění odůvodněna takto:

„Zadavatel hodlá zadat předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění a činí proto tuto výzvu s poukazem na ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, neboť z čestného prohlášení o autorských právech k systému GINIS, které zadavateli poskytnul vyzývaný zájemce vyplývá, že společnost GORDIC spol. s r.o., je jedinou osobou oprávněnou k výkonu autorských práv k systému GINIS, který je již implementován u zadavatele, a jehož rozšíření a rozvoj je předmětem plnění této veřejné zakázky (...), a tudíž jedinou osobou, která může z důvodu zákonné ochrany autorských práv veřejnou zakázku splnit.

Skutečnost, že zájemce je jedinou osobou, která je oprávněna z důvodu ochrany autorských práv veřejnou zakázku plnit, vyplývá z toho, že

- a) *zájemce je výhradním vykonavatelem majetkových práv k celému aplikačnímu systému GINIS i k veškeré dokumentaci k tomuto aplikačnímu systému, přičemž neposkytl dále licenci či jakoukoliv podlicenci pro možnost zásahu do aplikačního systému GINIS implementovaného u zadavatele,*

- b) *zájemce neposkytl žádnému jinému subjektu právo aplikační systém GINIS u zadavatele jakkoliv podporovat, upravovat, rozšiřovat, customizovat, poskytovat upgrade či nakládat s ním jinak než uživatelským způsobem,*
- c) *zájemce na základě Dodatku č. 1 uzavřeného dne 16. 9. 2011 ke smlouvě č. 53089022 uzavřené dne 10. 6. 2008 se zadavatelem, udělil zadavateli multilicenci ke všem již dodaným a rovněž ke všem v budoucnu dodaným částem aplikačního systému GINIS.*

Zájemce je proto osobou, která je jako jediná objektivně schopna poskytnout předmět plnění dle požadavků zadavatele s plnou garancí technické kvality a záruk bezpečnosti.“

- 6. Z dokumentu „Zpráva o posouzení a hodnocení nabídky dle § 80 zákona“ ze dne 31. 8. 2015 vyplývá, že nabídka předložená vybraným uchazečem splňovala dle hodnotící komise zadávací podmínky na veřejnou zakázku.
- 7. Dne 6. 11. 2015 obviněný uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky označenou jako „Smlouvu o dílo“, č. smlouvy 5315053759 (dále jen „Smlouva o dílo“).

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

- 8. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) získal na základě dokumentů zaslaných obviněným a vlastního šetření pochybnosti o tom, zda obviněný postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem, konkrétně zda neporušil zákon tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a obviněný již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.
- 9. Z uvedeného důvodu zahájil Úřad z moci úřední správní řízení vedené pod sp. zn. S0309/2017/VZ ve věci podezření ze spáchání přestupku obviněným podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
- 10. Pro úplnost Úřad již na tomto místě pro bližší upřesnění konstatuje, 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 zákona o přestupcích na dosavadní jiné správní delikty, tedy i na správní delikty upravené zákonem, ode dne účinnosti cit. zákona o přestupcích hledět jako na přestupky podle zákona o přestupcích (pro úplnost Úřad uvádí, že v tomto ohledu došlo pouze ke změně odborného názvosloví, kdy pojem „správní delikt“ byl nahrazen pojmem „přestupek“, pozn. Úřadu). Totéž pak platí i ve vztahu k pojmu „obviněný“, kdy podle § 69 zákona o přestupcích 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 za spáchání přestupku, je zadavatel v tomto rozhodnutí označován v souladu se zákonem o přestupcích jako obviněný (i v tomto případě se jedná pouze o změnu odborného názvosloví nemající vliv na hmotněprávní posouzení jednání obviněného, resp. zadavatele, pozn. Úřadu).
- 11. Vzhledem k tomu, že obviněný ve svých vyjádřeních k nyní šetřené veřejné zakázce odkazuje na vyjádření ze dne 25. 3. 2014, jež obviněný poskytl Úřadu v rámci šetření podnětu

vedeného pod sp. zn. P120/2014/VZ, uvádí Úřad na tomto místě také obsah tohoto vyjádření.

12. Úřad na základě podnětu vedeného pod sp. zn. P120/2014/VZ ze dne 4. 2. 2014 zkoumal tyto veřejné zakázky obviněného:
 1. „Rozšíření systému GINIS“ zadávaná v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 7. 10. 2011 pod ev. č. 60064923,
 2. „Rozšíření a rozvoj systému GINIS“ zadávaná v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 29. 6. 2012 pod ev. č. 222720,
 3. „Rozšíření a rozvoj systému GINIS“ zadávaná v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 22. 7. 2013 pod ev. č. 360925.

Po provedení šetření obsahu podnětu ve spojitosti s příslušnými podklady týkajícími se v tomto bodu rozhodnutí uvedených zakázek, Úřad neshledal důvody pro zahájení řízení z moci úřední, což bylo obviněnému sděleno dopisem č. j. ÚOHS-P120/2014/VZ-11854/2014/524/MLi ze dne 10. 6. 2014.

Vyjádření obviněného ze dne 25. 3. 2014

13. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 25. 3. 2014 uvádí, že předmětem plnění tehdy šetřených veřejných zakázek bylo vždy doplnění IS GINIS o další moduly od vybraného uchazeče v rámci licence, kterou obviněný disponoval (o licenčních oprávněních obviněného dále níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí), a opakovaně v tomto vyjádření obviněný zdůrazňuje, že *„podstatný je ten aspekt, že zadavatel v rámci plnění veřejných zakázek zadávaných postupem v JŘBU vždy navazoval na existující informační systém (...), který byl pořízen, implementován a využíván na základě skupiny smluv uzavřených se společností GORDIC spol. s r.o. počínaje rokem 1998.“*
14. Obviněný uvádí, že na důvody pro využití jednacím řízení bez uveřejnění je v případě IS GINIS nutné pohlížet komplexně, tedy jako na komplex důvodů a jejich vzájemných souvislostí. Obviněný uvádí jako primární důvod autorskoprávní, a dále důvody technické a ekonomické.
15. K autorskoprávním důvodům obviněný uvádí, že IS GINIS byl u obviněného *„historicky implementován a provozován jako dílo autorské,“* a jako autorské dílo vznikl objektivně (tj. na vůli obviněného nezávisle). Obviněný je na základě uživatelské licence pouze oprávněným uživatelem IS GINIS, přičemž v souladu se zákonem č. 121/2000 Sb., o právu autorském a právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „autorský zákon“), není obviněný oprávněn v dalším rozsahu do IS GINIS jakožto autorského díla vybraného uchazeče zasahovat. Obviněný uvádí, že dodavatelskou výlučností vybraného uchazeče ve vztahu k předmětu IS GINIS, resp. jednotlivým modulům, si ověřil u vybraného uchazeče před zahájením každého JŘBU, a to přípisovými prohlášeními *„Čestné prohlášení o existenci autorských děl, kterými jsou aplikační programový systém GORDIC GINIS (ve všech jeho verzích a variantách) a aplikační*

programový systém GORDIC WIN a oprávnění tyto aplikační programové systémy šířit, nastavovat, udržovat a v případě potřeby i upravovat“ ze dne 15. 10. 2010 a 16. 4. 2013.

16. K rozsahu licenčního oprávnění obviněný uvedl, že je k IS GINIS – jakožto držitel uživatelské licence – držitelem maximálně možné míry oprávnění, jelikož vybraný uchazeč v souladu se svým obchodním modelem neposkytuje svým zákazníkům oprávnění k zásahům do IS GINIS (tj. jakkoliv podporovat, upravovat, rozšiřovat, customizovat, poskytovat upgrade či nakládat s ním jinak než uživatelským způsobem).
17. Obviněný dále uvedl, že licencí disponoval v uživatelském rozsahu již na základě v minulosti uzavřených smluv s vybraným uchazečem, a to zejména na základě „Smlouvy na realizaci rozšíření programového vybavení Magistrátu města Brna o ekonomickou část informačního systému GORDIC® a udělení podlicencí k užití dodaných programových produktů“, č. 33019028, ze dne 3. 9. 2001 (dále jen „Smlouva na rozšíření IS z roku 2001“), a „Smlouvy o komplexní podpoře provozu a užití ekonomického informačního systému Magistrátu města Brna“, č. 33029083, ze dne 20. 12. 2002. Obviněný pak uvádí, že na základě dodatku č. 1 ze dne 16. 9. 2011 ke „Smlouvě na servis vybraných počítačových programů pro Statutární město Brno“, č. 53089022, ze dne 10. 6. 2008 (dále jen „Smlouva na servis“) došlo k povýšení licence do budoucna na multilicenci, a to s ohledem na navýšení uživatelů – pracovníků obviněného, tj. Magistrátu města Brna a městských částí (k těmto smlouvám se Úřad vyjádří níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí).
18. K technickým důvodům obviněný uvádí, že rozšíření IS GINIS o nové moduly navazuje na jádro IS GINIS a jeho vazeb na externí systémy, a tedy *„celé řešení ekonomického modulu je realizováno na technologicky shodné / kompatibilní platformě, umožňující nezbytnou interoperabilitu se systémy třetích stran,“* přičemž při zadání veřejné zakázky jinému dodavateli by se obviněný vystavoval rizikům spojených s nefunkčností informačního systému.
19. Dále obviněný uvádí ekonomické důvody, jež ovšem souvisí s neúspěšnou implementací informačního systému SAP (dále jen „IS SAP“) dodávaného společností IDS Scheer ČR, s.r.o., IČO: 62908901, se sídlem Vídeňská 55, 639 00 Brno (dále jen „společnost IDS Scheer ČR, s.r.o.“)¹, na základě otevřeného řízení na veřejnou zakázku „Agendový informační systém města Brna“, přičemž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 14. 9. 2007 pod ev. č. 50021849. Společnost IDS Scheer ČR, s.r.o. měla za úkol začlenit do Agendového informačního systému města Brna (dále jako „AISMB“) komponenty dalších informačních systémů obviněného. Jelikož se však tuto implementaci nepodařilo v plném rozsahu dokončit, obviněný se rozhodl využít existujících licenčních oprávnění k IS GINIS a provedl reimplementaci modulů IS GINIS.
20. Obviněný v souvislosti s ekonomickými důvody uvádí, že pokud rozšiřuje IS GINIS o jednotlivé moduly, postupuje nejehospodárnějším způsobem a zároveň tím zabezpečuje komplexní plynulý chod příslušných ekonomických agend, což si nechal prověřit i analýzami (o těchto analýzách obviněného dále níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí). Obviněný dále uvádí, že vzhledem k tomu, že potom, co se AISMB ukázal jako nefunkční a nákladné řešení, by

¹ Tato společnost zanikla sloučením se společností SOFTWARE AG, s.r.o., IČO 45796238, se sídlem Na příkopě 958/25, 110 00 Praha 1, dne 1. 9. 2011. Společnost SOFTWARE AG, s.r.o. zanikla dne 13. 1. 2014 v důsledku vnitrostátní fúze sloučením se společností itelligence, a.s., IČO 26718537, se sídlem Hlinky 505/118, 603 00 Brno.

budování zcela nového jádra ekonomického informačního systému a jednotlivých modulů „na zelené louce“ opět přineslo zvýšené náklady, ztrátu dosavadních investic (resp. jejich duplicitu, zejména pokud by již pořízené a platné licence od vybraného uchazeče přestaly být využívány), a dále „*vysoké investiční a personální náklady, což by bylo v přímém rozporu se zákonnou povinností města (zadavatele) postupovat s péčí řádného hospodáře.*“

21. Obviněný Úřadu předložil v souvislosti s výše uvedeným dokument označený jako „Studie rozvoje AISMB na platformě SAP“ ze dne 17. 3. 2010, související s předmětným IS SAP dodávaným společností IDS Scheer ČR, s.r.o., jež „*posoudil tehdy aktuální stav implementace a formuloval klíčové nedostatky a problémy doposud provedené implementace společně s návrhem na postup pokračujícího řešení se stávajícím dodavatelem, společností IDS Scheer ČR, s.r.o.*“.
22. Dále obviněný Úřadu poskytl materiál označený jako „Posouzení budoucí nákladovosti informačních systému SAP a GINIS v rámci statutárního města Brna (analýza TCO)“, na jiných místech vyjádření označován jako „metodika TCO“ (dále jen „metodika TCO“) z období červen 2011. Jedná se o analytický materiál, ve kterém je posuzována budoucí nákladovost IS SAP a IS GINIS v rámci statutárního města Brna, jehož cílem bylo stanovit reálný obraz nákladů příštích období za úplné vlastnictví informačních systémů v prostředí obviněného.
23. Dále obviněný uvádí, že jeho jednání při nakládání s veřejnými prostředky bylo vedeno snahou o účelnost, hospodárnost a efektivnost, v souvislosti s čímž odkazuje na zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o finanční kontrole“), který splnění těchto požadavků vyžaduje.
24. Obviněný taktéž odkazoval na zákon č. 111/2009 Sb., o základních registrech, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o informačních systémech veřejné správy“), a zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů, ve znění pozdějších předpisů, na základě kterých dovozuje, že bez rozvoje IS GINIS by nebyl schopen zajistit plnění svých zákonných povinností, jelikož prostřednictvím IS GINIS obviněný zabezpečuje „*veškeré rozpočtové, účetní a daňové povinnosti statutárního města a jeho městských částí*“.
25. Obviněný dále v cit. vyjádření uvedl, že se při posuzování zadávání předmětné veřejné zakázky řídil i relevantní judikaturou, která dle něj legitimuje použití jednacního řízení bez uveřejnění v šetřeném případě, a to rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2010, č. j. 62 Af 61/2010-332 a na něj navazujícím rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53. Obviněný z posledně jmenovaného rozsudku mj. cituje: „*Hospodárnost, efektivnost a účelovost vynakládání veřejných prostředků by byla (...) popřena, neboť žalobce by musel znovu poptávat a znovu platit plnění, které má, je funkční a žalobce je využívá. Postupem (...) by sice byla zajištěna hospodářská soutěž a konkurenční prostředí, nicméně by se tak dělo v přímém rozporu s požadavkem na hospodárné, efektivní a účelné vynakládání veřejných prostředků.*“
26. Dále obviněný Úřadu poskytl dokument označený jako „Rozsah funkcionalit ekonomického modulu“. Tento nedatovaný dokument je srovnáním rozsahu funkcionalit IS GINIS v době před zavedením implementace IS SAP a po jeho ukončení. Obviněný chtěl tímto srovnáním

demonstrovat, že veřejnými zakázkami šetřenými na základě podnětu pod sp. zn. P120/2014/VZ nezaváděl zcela nový ekonomický modul, ale pouze rozšiřoval stávající IS GINIS.

27. Dále obviněný Úřadu předložil dokument označený jako „Informační koncepce“ ze dne 31. 8. 2011. Jedná se o dokument, jenž je obviněný dle svých slov povinen naplňovat ve smyslu zákona o informačních systémech veřejné správy a vyhlášky č. 529/2006 Sb., o požadavcích na strukturu a obsah informační koncepce a provozní dokumentace a o požadavcích na řízení bezpečnosti a kvality informačních systémů veřejné správy (vyhláška o dlouhodobém řízení informačních systémů veřejné správy), ve znění pozdějších předpisů, jehož účelem dle jeho obsahu bylo *„identifikovat a dokumentovat informační systémy veřejné správy, jejich stav, aktuálnost, potenciál a záměry do budoucna, definovat dlouhodobé cíle a konkrétní požadavky týkající se jednak kvality, jednat bezpečnosti dat, služeb a technických a programových prostředků, a popsat zásady a postupy řízení ISVS.“*
28. Obviněný také Úřadu předložil materiál označený jako „Informační strategie“ ze dne 6. 12. 2011, a to na roky 2011 - 2014. Tento dokument vznikl s aplikací metodiky TCO, a předpokládal *„řešení s integrační platformou (...) založenou na využití těch nejlepších komponent, a to jak z pohledu funkčního a technického, tak i z hlediska ekonomického.“* Jedním ze strategických úkolů podle tohoto dokumentu bylo sjednotit informační systém v rámci statutárního města Brna.
29. Ve svém vyjádření obviněný dále uvádí, že záměrné vytvoření podmínek znemožňujících budoucí zadávání veřejných zakázek v otevřeném řízení ze strany obviněného je vyloučeno tím, že produkty od vybraného uchazeče byly obviněnému dodány již na základě smluvních plnění od roku 1998, přičemž souběžně s tímto probíhala snaha o implementaci jiného informačního systému (AISMB), který se po letech ukázal jako ne *„zcela funkční, plně provozuschopný a připravený k plnohodnotnému zajištění činnosti zadavatele“*, a tak bylo dle slov obviněného *„přirozené, že se (...) vrátil k rozvoji původního informačního systému GINIS, jehož funkcionality byly simultánně po celou dobu i nadále využívány“*. Obviněný zde zdůrazňuje, že ***„výhradní práva autorská (stav jisté exkluzivity dodavatele) o své vůli, vědomě či samoučelně nevytvořil (tento stav je přirozený v oblasti komplexní[ch] dodávek a služeb informačních systémů při navazujícím rozvoji existujícího systému).“***
30. Dále obviněný uvedl, že z důvodu procesní opatrnosti zveřejnil podle ust. § 146 odst. 2 zákona oznámení o záměru uzavřít smlouvu prostřednictvím formuláře „Oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante“². Absenci reakce trhu na zveřejnění tohoto formuláře obviněný vnímal jako potvrzení faktu, že vybraný uchazeč je jediným oprávněným subjektem, který může poskytnout příslušné plnění.
31. Obviněný má za to, že důkladně a objektivně osvědčil, že jsou dány důvody aplikace jednacích řízení bez uveřejnění, a má za to, že jeho potřebu na využívání IS GINIS nelze zajistit jinak, než rozvojem existujícího IS GINIS jako autorského díla vybraného uchazeče, jelikož žádný jiný subjekt nebyl oprávněn realizovat předmět veřejné zakázky způsobem, kterým by nedocházelo k zásahu do autorských práv vybraného uchazeče.

² Formulář „Oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante“ zveřejněný ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 9. 2011, ev. č. 60064923.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

32. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel (obviněný).
33. Zahájení řízení o přestupku oznámil Úřad obviněnému dopisem ze dne 4. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0309/2017/VZ-22556/2017/523/HVo, ve kterém Úřad seznámil obviněného se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí, a uvedl popis skutku, o kterém má být v řízení rozhodováno, a jeho předběžnou právní kvalifikaci.
34. Dne 4. 8. 2017, kdy bylo oznámení o zahájení řízení o přestupku doručeno obviněnému, bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 78 odst. 2 zákona o přestupcích zahájeno řízení z moci úřední ve věci podezření ze spáchání přestupku obviněným.
35. Usnesením ze dne 7. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0309/2017/VZ-22565/2017/523/HVo, pak Úřad stanovil obviněnému lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a zároveň mu stanovil lhůtu k předložení veškerých smluv uzavřených s vybraným uchazečem od roku 1998 týkajících se pořízení, jakož i veškerého dalšího plnění souvisejícího s IS GINIS, jež obviněný od vybraného uchazeče přijal. Úřad zvolil tento časový úsek s ohledem na vyjádření obviněného ze dne 25. 3. 2014, ve kterém uvádí, že IS GINIS si pořídil v roce 1998 (viz bod 13. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
36. Úřad také stanovil lhůtu vybranému uchazeči k předložení týchž smluv (jako uvedených v předcházejícím bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí) usnesením ze dne 9. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0309/2017/VZ-22955/2017/523/LSt.
37. Ke zjištěním Úřadu uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení zaslal obviněný vyjádření ze dne 14. 8. 2017, které bylo doručeno Úřadu téhož dne prostřednictvím datové schránky. Téhož dne obviněný předal osobně na podatelnu Úřadu přílohy uvedené ve vyjádření zadavatele na CD nosiči společně s listinným protokolem o předání těchto příloh včetně jejich seznamu.
38. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0309/2017/VZ-23962/2017/523/HVo ze dne 17. 8. 2017 obviněného opětovně vyzval k předložení smluv, na jejichž základě byl IS GINIS pořízen, implementován a využíván, a dalších smluv, týkajících se pořízení, jakož i veškerého dalšího plnění souvisejícího s IS GINIS, jež obviněný přijal od vybraného uchazeče, a to do uzavření smlouvy č. 33019014 z roku 2001, jelikož obviněný do této doby Úřadu poskytl pouze smlouvy uzavřené od roku 2001.
39. Dne 18. 8. 2017 pak obviněný na základě usnesení uvedeného v předchozím bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí předal osobně na podatelnu Úřadu kopie cit. usnesením požadovaných smluv.
40. Dne 23. 8. 2017 podal vybraný uchazeč rozklad proti usnesení č. j. ÚOHS-S0309/2017/VZ-22955/2017/523/LSt ze dne 9. 8. 2017 prostřednictvím svého právního zástupce JUDr. Martina Klimo, advokáta, ev. č. ČAK 09514, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno (dále jen „rozklad vybraného uchazeče“). Plná moc ze dne 11. 8. 2017, na základě které cit. právní zástupce vybraného uchazeče v řízení o rozkladu zastupoval, byla Úřadu doručena prostřednictvím datové schránky dne 25. 8. 2017. O podaném rozkladu vybraného uchazeče rozhodl Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0309/2017/VZ-25136/2017/523/HVo ze dne 29. 8. 2017 ve smyslu ust. § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), tak, že mu vyhověl a napadené rozhodnutí zrušil, neboť

důvod vydání napadeného usnesení pominul, když předmětné listiny měl Úřad již k dispozici od obviněného, přičemž zrušením napadeného usnesení nemohla být obviněnému (jakožto jedinému účastníku řízení o přestupku) způsobena újma.

41. Úřad usnesením ze dne 24. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0309/2017/VZ-24727/2017/523/HVo, stanovil obviněnému lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Obviněný se ve výše uvedené lhůtě, jakož ani do vydání tohoto rozhodnutí, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.
42. Dne 21. 9. 2017 Úřad obdržel od obviněného plnou moc ze dne 8. 9. 2017, na základě které obviněného ve správním řízení zastupuje MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno.
43. Vzhledem ke skutečnosti, že obviněný ve vyjádření ze dne 14. 8. 2017 odkazuje na svůj přípis „Vyjádření k podnětu ve vazbě na veřejnou zakázku s názvem „Rozšíření a rozvoj systému GINIS“ ke sp. zn. P0116/2017/VZ“ ze dne 13. 3. 2017, č. j. MMB/115763/2017, který Úřadu zaslal v rámci šetření prováděného před zahájením řízení o přestupku (dále jen „vyjádření obviněného ze dne 13. 3. 2017“), uvádí Úřad na tomto místě taktéž obsah tohoto vyjádření obviněného.

Vyjádření obviněného ze dne 13. 3. 2017

44. Ve svém vyjádření ze dne 13. 3. 2017 obviněný odkázal na vyjádření ze dne 25. 3. 2014 a na již poskytnuté dokumenty v rámci šetření podnětu pod sp. zn. P120/2014/VZ. Za důvody pro zvolení jednacího řízení bez uveřejnění – stejně jako ve vyjádření ze dne 25. 3. 2014 – obviněný označil důvody autorskoprávní, technické a ekonomické.
45. K předmětné veřejné zakázce obviněný uvedl, že jejím účelem bylo „*zajistit rozvoj stávajících, implementaci a nasazení dalších navazujících aplikačních programových modulů, tzn. další rozvoj existujícího informačního systému GINIS, subsystému GINIS EKO, poskytnutí podpory pro užití implementovaného produktu a zajištění jeho inovace, a to v období 2015 a 2016.*“ a dále, že „*[p]ředmětem plnění veřejné zakázky tedy byla čtvrtá fáze implementace systému GINIS, která spočívala v dalším rozšiřování dříve zakoupených multilicencí modulů (městské části města Brna zavádějí jednotlivé součásti systému postupně, zejména podle svých kapacitních možností).*“.
46. Obviněný uvádí, že dodavatelskou výlučnost vybraného uchazeče ve vztahu k předmětu IS GINIS, resp. jednotlivým modulům, si ověřil u vybraného uchazeče přípisem nazvaným „*Čestné prohlášení o existenci autorského díla aplikační programový systém GORDIC GINIS (ve všech jeho verzích a variantách) a oprávnění tento programový systém šířit, nastavovat udržovat a v případě potřeby i upravovat*“ ze dne 17. 4. 2015 (dále jen „čestné prohlášení vybraného uchazeče“).
47. Dále obviněný uvádí, že průběžně ověřuje existenci výhradních práv vybraného uchazeče, a zjišťuje, zda není možné poskytnutá práva dále rozšířit tak, aby plnění veřejné zakázky mohlo být zajištěno jiným způsobem. V této souvislosti odkazuje obviněný na svoji žádost adresovanou vybranému uchazeči ze dne 9. 2. 2016 a odpověď vybraného uchazeče ze dne 22. 2. 2016.

48. Dále obviněný uvádí, že „[j]akékoli jiné řešení (nákup dílčích subsystémů od jiného dodavatele) by nebylo technicky a provozně slučitelné,“ a že by obviněný neobdržel „v čase existující potřeby řešení s garancí technické kvality (funkčnosti) a záruk bezpečnosti.“
49. Obviněný také uvedl, že to, že své potřeby zajišťuje prostřednictvím jednoho rozvíjeného systému, nepovažuje v oblasti IT za přístup nikterak neobvyklý.

Vyjádření obviněného ze dne 14. 8. 2017

50. V tomto vyjádření obviněný opakuje argumenty již uvedené ve svých předešlých vyjádřeních ze dne 13. 3. 2017 a 25. 3. 2014, a na tato vyjádření včetně již poskytnutých materiálů odkazuje.
51. Nad rámec uvedeného obviněný ve svém vyjádření ze dne 14. 8. 2017 uvádí, že již v minulosti Úřad šetřil jiné veřejné zakázky obviněného týkající se IS GINIS (již dříve v odůvodnění tohoto rozhodnutí zmíněný podnět pod sp. zn. P120/2014/VZ) přičemž Úřad na základě šetření tohoto podnětu „dospěl k závěru, že použití jednacního řízení (...) dle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona (...) bylo oprávněné, resp. Úřad neshledal důvody pro zahájení správního řízení“. Dále obviněný uvedl: „Jelikož principy a důvody rozvoje IS GINIS zůstávají totožné i v právě šetřené věci, obviněný žádá Úřad, aby ve smyslu zásady legitimního očekávání (...) bylo Úřadem náležitě vysvětleno, v jakém kontextu se měly změnit okolnosti případu oproti v minulosti prováděným šetřením, pokud má nadále platit, že při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nemohou vznikat nedůvodné rozdíly“ a dále, že obviněný o uvedené vysvětlení žádá z důvodu, aby „Úřadu mohl řádně poskytnout další příslušná stanoviska a důkazy,“ s tím, že „[p]okud se do přístupu Úřadu promítly nové skutečnosti a přístupy, obviněný by s těmito měl být řádně seznámen (...), aby v plném rozsahu mohl využít práv účastníka řízení,“ (k uvedenému blíže v bodech 163. až 165. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
52. Závěrem obviněný ve svém vyjádření navrhuje, aby byl jako důkaz zpracován znalecký posudek, případně byl proveden výslech obviněného „[p]ro případ, že by Úřad některý ze shora uvedených aspektů považoval za nezbytné dále ověřit za účelem zjištění stavu věcí, o kterém nepadají důvodné pochybnosti (...), tedy zejm. k potvrzení skutečnosti, že IS GINIS je autorským dílem (...)“ (Úřad se tímto zabývá v bodech 161-162. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

53. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření obviněného a na základě vlastního zjištění rozhodl ve výroku I. tohoto rozhodnutí tak, že se obviněný dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za což mu byla uložena pokuta uvedená ve výroku II. tohoto rozhodnutí; veškeré podklady, z nichž při posouzení případu Úřad vycházel, jsou přitom obsaženy ve správním spise vedeném pod sp. zn. S0309/2017/VZ. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K postavení obviněného jako zadavatele

54. Podle § 2 odst. 1 zákona za zadavatele veřejné zakázky se pro účely zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
55. Z ustanovení § 2 odst. 2 písm. c) zákona plyne, že veřejným zadavatelem je mimo jiné územní samosprávný celek.
56. Podle čl. 99 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších ústavních zákonů, se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky. Podle § 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích, ve znění pozdějších předpisů, platí, že obec je základním územním samosprávným společenstvím občanů; tvoří územní celek, který je vymezen hranicí území obce.
57. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že obviněný je veřejným zadavatelem ve smyslu ust. § 2 odst. 2 písm. c) zákona, protože se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách, a to ustanovení platná pro veřejné zadavatele.
58. Pro úplnost Úřad uvádí, že na právním postavení obviněného nic nezměnilo ani přijetí zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), neboť dle § 4 odst. 1 písm. d) ZZVZ je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek (blíže viz předchozí obsah odůvodnění tohoto rozhodnutí).

Relevantní ustanovení zákona

59. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
60. 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).
61. 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.
62. 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.
63. Podle § 26 odst. 1 písm. b) zákona zadavatel zahajuje zadávací řízení odesláním výzvy o zahájení zadávacího řízení.

64. 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.
65. 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.
66. Podle § 2 odst. 2 autorského zákona se za dílo podle tohoto zákona považuje též počítačový program, je-li původní v tom smyslu, že je autorovým vlastním duševním výtvozem. Databáze, která je způsobem výběru nebo uspořádáním obsahu autorovým vlastním duševním výtvozem a jejíž součásti 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.
67. 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.
68. 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).
69. 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 užít i jiným způsobem než způsoby uvedenými v odstavci 4.
70. 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.

- 71. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel 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.
- 72. 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.
- 73. Podle § 112 odst. 1 zákona o přestupcích, se na přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona hledí jako na přestupky podle tohoto zákona.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o veřejné zakázce a dalších podkladů

- 74. Obviněný ve svých vyjádřeních uvedl, že produkty od vybraného uchazeče byly obviněnému dodány již na základě smluvních plnění od roku 1998, přičemž nejstarší smlouva, kterou obviněný Úřadu v předmětném řízení poskytl, byla „Smlouva o dílo“, č. 33989043, kterou obviněný uzavřel dne 15. 5. 1998 s vybraným uchazečem na dobu určitou do 31. 12. 1998 (dále jen „Smlouva z roku 1998“).
- 75. Dle čl. II. „Předmět smlouvy“ Smlouvy z roku 1998 je předmětem smlouvy užívání programového vybavení „Účetnictví a rozpočet“ (dále také jen „UCR“) odběratelem, a „*provádění aktualizací UCR, vypracování a vedení metodiky, základní zaškolení obsluhy, dokumentace pro zpracování na počítačích třídy PC dodavatelem u odběratele a v jeho rozpočtových organizacích.*“

76. Dle čl. III. 2. písm. d) až f) „Práva a povinnosti smluvních stran“ Smlouvy z roku 1998 je obviněný povinen:
- d) *„zabránit nelegálnímu šíření „UCR“ a úmyslnému poškození dodaného programového vybavení, jeho zpřístupnění třetí osobě bez souhlasu dodavatele, neprovádět zpětné analýzy, dekompile a modifikace programového produktu a analýzy výkazových výstupů,*
 - e) *používat „UCR“ pro plnění vlastních úkolů v rámci MMB a organizací dle příl. č. 1 a to pouze v objemu dohodnutém touto smlouvou,*
 - f) *vytvořit záložní kopii „UCR“ pro archivní účely a k nahrazení „UCR“ při jeho znehodnocení nebo zničení“.*
77. Z licenčních ujednání v čl. III. odst. 3 Smlouvy z roku 1998 vyplývá, že obviněný má právo kopii díla (modul „UCR“) užívat.
78. Dle čl. IV. Smlouvy z roku 1998 byla cena předmětu smlouvy za rok 1998 v celkové výši 78 540 Kč včetně DPH.
79. Dle čl. VII. 3) „Zvláštní ujednání“ Smlouvy z roku 1998 lze na každý další rok upravovat dohodou podmínky programové údržby „UCR“ včetně cen.
80. Dle čl. VII. 4) Smlouvy z roku 1998 „Zvláštní ujednání“: *„Součástí předmětu plnění není předání projektové dokumentace ani zdrojových forem projektu. Toto bude odběrateli dodáno pouze v případě zániku dodavatelské firmy.“*
81. Dne 3. 9. 2001 obviněný uzavřel s vybraným uchazečem Smlouvu na rozšíření IS z roku 2001, na kterou odkazuje obviněný ve svém vyjádření ze dne 25. 3. 2014 (bod 17. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Na základě této smlouvy disponoval obviněný licencemi k užití převážně většiny programových produktů od vybraného uchazeče (konkrétně vyjmenovány v příloze č. 2 cit. smlouvy), jež obviněný užíval minimálně do doby vydání tohoto rozhodnutí. V preambuli cit. smlouvy je uvedeno, že obviněný vybraného uchazeče vyzval k rozšíření ekonomického informačního systému obviněného na základě smluvního vztahu mezi nimi o dodávce a udržování programového vybavení pro ekonomické agendy obviněného, tedy UCR.
82. Dle čl. 3 Smlouvy na rozšíření IS z roku 2001 je předmětem plnění této smlouvy provedení analýzy a návrhu způsobu rozšíření ekonomického informačního systému obviněného, dodání a instalace programových produktů specifikovaných v příloze č. 2 této smlouvy, asistence při zkušebním provozu, školení a převedení nevýhradních podlicencí k provozování a užití dodaných produktů v souladu s ustanoveními této smlouvy.
83. Dle čl. 5 Smlouvy na rozšíření IS z roku 2001 je celková cena za plnění předmětu této smlouvy 1 714 075 Kč bez DPH (1 799 778,75 Kč vč. DPH).
84. Dle čl. 9. Smlouvy na rozšíření IS z roku 2001 vybraný uchazeč prohlašuje, že *„jím dodané produkty (...) jsou objednateli poskytnuty se souhlasem příslušných autorů a tvůrců, a že je oprávněn s nimi nakládat.“*
85. Dle čl. 8.1 Smlouvy na rozšíření IS z roku 2001 *„[k] přechodu vlastnického práva k věcem materiální povahy ze zhotovitele na objednatele dojde na základě zaplacení ceny dle čl. 5*

smlouvy. U nevýhradních podlicencí se stává objednatel pouze uživatelem, po zaplacení celkové sjednané ceny za udělení nevýhradních podlicencí.“ V případě záležitostí v této smlouvě výslovně neupravených je pak v cit. smlouvě odkazováno na ustanovení obchodního zákoníku v rozhodném znění.

86. Dne 10. 6. 2008 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem Smlouvu na servis, a dne 16. 9. 2011 pak dodatek č. 1 k cit. smlouvě. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 25. 3. 2014 uvedl, že tímto cit. dodatkem došlo k rozšíření licence na multilicenci s ohledem na navýšení uživatelů (viz bod 17. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
87. Dle čl. 5 Smlouvy na servis byla celková měsíční cena 450 000 Kč bez DPH.
88. Licenční podmínky v dodatku č. 1 Smlouvy na servis jsou upraveny následovně:
- „3.8 Poskytovatel uděluje licenci ke stávajícím produktům GORDIC a produktům GINIS specifikovaným ve Smlouvě a dále k softwarovým produktům Poskytovatele dodaným v souladu se zákonem o zadávání veřejných zakázek Objednateli od 1. 9. 2011 do 31. 8. 2016 (dále vše dohromady jen „Produkty GORDIC a GINIS“), a to v rozsahu časově a množstevně neomezeném (dále jen „multilicence“). Objednatel je oprávněn užívat Produkty GORDIC a GINIS v rámci udělené multilicence.*
- 3.9 Smluvní cena za poskytnutí uvedené multilicence ke stávajícím produktům GORDIC a produktům GINIS specifikovaným ve Smlouvě byla uhrazena na základě Smlouvy na realizaci rozšíření programového vybavení MMB o ekonomickou část informačního systému GORDIC a udělení podlicencí k užití dodaných programových modulů č. 33019028 ze dne 3. 9. 2001 (tj. Smlouva na rozšíření IS z roku 2001, pozn. Úřadu). Multilicence k softwarovým produktům Poskytovatele dodaným v souladu se zákonem o zadávání veřejných zakázek Objednateli od 1. 9. 2011 do 31. 8. 2016 je udělena bezplatně.“*
89. Jak již bylo v odůvodnění tohoto rozhodnutí uvedeno, dne 6. 11. 2015 na základě jednacího řízení bez uveřejnění provedeného s odkazem na § 23 odst. 4 písm. a) zákona uzavřel obviněný s vybraným uchazečem Smlouvu o dílo na předmět v tomto správním řízení přezkoumávané veřejné zakázky.
90. Podle čl. III. „Předmět Smlouvy“ Smlouvy o dílo jsou předmětem plnění veřejné zakázky: *„služby a doplnění již implementovaného systému GINIS o další moduly vybrané na základě potřeb Objednatele a vyhodnocení provozu aplikací v roce 2014, včetně zajištění požadavků vyplývajících z legislativy,“* s tím, že podrobně je předmět Smlouvy obsažen v příloze č. 2 Smlouvy o dílo.
91. Dle čl. II. 4. Smlouvy o dílo vybraný uchazeč prohlašuje, že v souladu s autorským zákonem je oprávněn vykonávat majetková práva k dílu – programovým produktům, jejichž poskytnutí obviněnému je mimo jiné předmětem Smlouvy, a že je oprávněn k rozšiřování tohoto díla ve formě rozmnoženiny.
92. Celková hodnota plnění činí dle čl. VII. bodu 1. „Cena“ Smlouvy o dílo částku 8 868 000 Kč bez DPH (10 730 280 Kč s DPH).
93. Ukončení plnění veřejné zakázky bylo dle čl. VI. bodu 2. „Termín plnění“ Smlouvy o dílo stanoveno na 31. 3. 2016.

94. V licenčních podmínkách, jež jsou upraveny v čl. IX. „Převod vlastnictví a převod práv k užití Produktů dodaných Zhotovitelem“ Smlouvy o dílo, vybraný uchazeč prohlašuje, že na základě dodatku č. 1 ke Smlouvě na servis poskytl obviněnému neomezenou licenci na veškeré moduly implementované na základě Smlouvy o dílo. Dále je v cit. článku Smlouvy o dílo uvedeno, že obviněnému nevznikají k dodaným programovým produktům na základě Smlouvy o dílo jiná práva, než ta, která jsou uvedena ve Smlouvě o dílo a v dodatku č. 1 ke Smlouvě na servis, tedy, že vybraný uchazeč *„tímto poskytuje práva k užití na všechny Zhotovitelem dodané a v rámci plnění vytvořené Produkty (s důrazem na programové Produkty), které mají povahu autorského díla a současně se na ně nevztahuje multilicence udělená na základě Dodatku č. 1 ke Smlouvě č. 53089022 na servis vybraných počítačových programů pro statutární město Brno uzavřené mezi Objednatelem a Zhotovitelem.“*
95. Důvody, pro které mohla být předmětná veřejná zakázka plněna pouze konkrétním dodavatelem (tj. vybraným uchazečem), obviněný uvedl v příloze D2 formuláře „Oznámení o zadání zakázky“ jako spojené s ochranou výhradních práv. Důvody technické nebo umělecké v příslušném formuláři neuvedl.
96. Úřad má kromě Smlouvy z roku 1998 a Smlouvy o dílo k dispozici následující smlouvy uzavřené mezi obviněným a vybraným uchazečem mezi lety 1998 až 2015 týkající se IS GINIS, které obviněný poskytl na základě výzvy Úřadu ze dne 7. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0309/2017/VZ-22565/2017/523/HVo a ze dne 17. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0309/2017/VZ-23962/2017/523/HVo:
1. „Smlouva o dílo“ uzavřená dne 22. 3. 1999, č. 33999026, za rok 1999 celková výše ceny 91 300 Kč bez DPH,
 2. „Smlouva o dílo“ uzavřená dne 17. 5. 2000, č. 33009015, za rok 2000 celková výše ceny 94 140 Kč bez DPH,
 3. „Smlouva o dílo“ uzavřená dne 17. 5. 2000, č. 33009016, za rok 2000 celková výše ceny 27 100 Kč bez DPH,
 4. „Smlouva o dílo“ uzavřená na dobu určitou do 31. 12. 2001, č. 33019014, za rok 2001 celková výše ceny 94 140 Kč bez DPH,
 5. „Smlouva o dílo“ uzavřená na dobu určitou do 31. 12. 2001, č. 33019015, za rok 2001 celková výše ceny 27 100 Kč bez DPH,
 6. Smlouva na rozšíření IS z roku 2001,
 7. „Smlouva na dodávku kopie programového produktu, převod práv k jeho užití na nabyvatele a na poskytování služeb k tomuto produktu“ uzavřená dne 12. 12. 2002, č. 33028088, celková cena 47 550 Kč bez DPH,
 8. „Smlouva o dílo“ uzavřená dne 27. 6. 2002, č. 33029043, celková cena 94 440 Kč bez DPH,
 9. „Smlouva o dílo“ uzavřená dne 27. 6. 2002, č. 33029044, celková cena 27 100 Kč bez DPH,
 10. Smlouva o podpoře provozu a užití IS GINIS, celková cena pro rok 2003 se skládá z udržovacího poplatku 454 523 Kč bez DPH a cen za jednotlivé dílčí plnění

dle požadavků Objednatele, celková cena nesmí přesáhnout částku 2 000 000 Kč bez DPH³,

11. „Smlouva o užívání programového vybavení Účetnictví a rozpočet firmy Gordic spol. s r.o.“ uzavřená dne 6. 5. 2003, č. 53039018, včetně dodatku č. 1 ze dne 12. 1. 2004, č. 5303901801, a dodatku č. 2 ze dne 22. 4. 2004, č. 5303901802, celková cena za rok 94 440 Kč bez DPH,
12. „Smlouva o dílo“ uzavřená dne 6. 5. 2003, č. 53 03 9019, včetně dodatku č. 1 ze dne 5. 1. 2004, č. 5303901901 a dodatku č. 2 ze dne 22. 4. 2004, č. 5303901902, celková cena za rok 27 100 Kč bez DPH,
13. „Smlouva o užívání programového vybavení EMA – Evidence majetku a SKL – Sklady firmy Gordic spol. s r.o.“ uzavřená dne 24. 6. 2004, č. 53049065, včetně dodatku č. 1 uzavřeného dne 17. 5. 2006, č. 53 04 9 065, celková cena za rok 10 937,50 Kč bez DPH,
14. „Smlouva o komplexní podpoře provozu a užití ekonomického informačního systému Statutárního města Brna“ uzavřená dne 21. 12. 2004, č. 53049130, celková cena se skládá z udržovacího poplatku – pro rok 2004 ve výši 606 815 Kč bez DPH, pro rok 2005 ve výši 606 815,00 Kč bez DPH, a cen za jednotlivé dílčí plnění dle požadavků objednatele,
15. „Smlouva o komplexní podpoře provozu a užití ekonomického informačního systému Statutárního města Brna“ uzavřená dne 3. 5. 2006, č. 53069012, celková cena se skládá z udržovacího poplatku – 840 105 Kč bez DPH a cen za jednotlivé dílčí plnění dle požadavků objednatele,
16. „Smlouva o komplexní podpoře provozu a užití ekonomického informačního systému a sociálních dávek statutárního města Brna“ uzavřená dne 26. 6. 2007, č. 53079016, celková cena se skládá z udržovacího poplatku – 840 105 Kč bez DPH a cen za jednotlivé dílčí plnění dle požadavků objednatele,
17. Smlouva na servis,
18. „Smlouva o dílo“ uzavřená dne 3. 10. 2011, č. 53110504263, celková cena 10 200 000 Kč bez DPH,
19. „Smlouva o dílo“ uzavřená dne 15. 6. 2012, č. 5312022937, celková cena 12 484 000 Kč bez DPH,
20. „Smlouva o dílo“ uzavřená dne 2. 10. 2013, č. 5313053727, celková cena 10 860 000 Kč bez DPH,
21. „Smlouva o dílo“ uzavřená dne 1. 10. 2014, č. 5314053357, celková cena 4 697 700 Kč bez DPH.

97. Z předložených smluv uvedených v bodu č. 96. odůvodnění tohoto rozhodnutí vyplývá, že jejich předmětem bylo užívání programového modulu „Účetnictví a rozpočet“ a provádění

³ U výpočtu cen za jednotlivá dílčí plnění se dle smlouvy použije platný ceník dodavatele (v případě prodeje licencí k produktům GINIS), a hodinové sazby uvedené v příloze smlouvy. Totéž platí pro výpočty cen u smluv uvedených pod body č. 11, 14, 15, 16.

jeho aktualizací, vypracování a vedení metodiky, základní zaškolení obsluhy (smlouvy uvedené pod body č. 1, 2, 4, 8, 11), komplexní zabezpečení programového vybavení UCR a zabezpečení nevalidovaných vstupů do sumarizační verze UCR (smlouvy uvedené pod body č. 3, 5, 9, 12), analýza a návrh způsobu rozšíření IS GINIS, dodávka a instalace programových produktů, asistence při zkušebním provozu, vyškolení pracovníků (smlouvy uvedené pod body č. 18, 19, 20, 21), dodávka kopií programových modulů (smlouvy uvedené pod body č. 7, 13), zajištění údržby a aktualizace vybraných počítačových programů, resp. zajištění podpory, údržby a rozvoje IS GINIS (smlouvy uvedené pod body č. 10, 14, 15, 16).

98. Co se týče způsobu upravení licenčních podmínek ve smlouvách uvedených v bodu č. 96. odůvodnění tohoto rozhodnutí, Úřad uvádí následující:

- licenční ujednání u smluv uvedených pod body č. 1, 2, 4, a obdobně pod body č. 8, 11 jsou upravena jako ve Smlouvě z roku 1998,
- u smlouvy pod bodem č. 7 a obdobně u smlouvy pod č. 13 jsou licenční podmínky upřesněny tak, že obviněný *„[b]ude dodanou kopií programového produktu (...) v jednom časovém okamžiku provozovat pouze na vlastních výpočetních systémech v počtu uvedeném v příslušném dodacím listu nebo daňovém dokladu, (...) nebude kopii poskytovat za jakýmkoliv účelem třetím subjektům. (...) nebude nakládat s kopií neoprávněným způsobem, který směřuje k porušení autorských práv a kterým je jakákoliv modifikace dodané kopie, použití jakýchkoliv částí nebo i celé dodané kopie k užití v jiných aplikacích, bez písemného ujednání s Poskytovatelem, provádění zpětného překladu kopie za účelem použití řešení v ní uvedených.“* U smlouvy pod bodem č. 7 je uvedeno navíc prohlášení vybraného uchazeče, že *„má s autorem (resp. spoluautory) programového produktu, k užití jehož kopie Nabyvatelem touto smlouvou svoluje, uzavřenou licenční smlouv[ou] ve smyslu ustanovení § 46 a následujících autorského zákona, jejímž předmětem je udělení oprávnění k výkonu práva užívat programový produkt formou jeho rozmnožování a následným pronájmem těchto rozmnoženin – kopií programového produktu, licence je autorem (spoluautory) Poskytovateli udělena jako výhradní a v důsledku toho je poskytovatel jediným subjektem oprávněným poskytovat kopii i veškeré služby s ní související.“*,
- ve smlouvě uvedené pod bodem č. 14, a obdobně u smluv uvedených pod body č. 15 a 16 jsou licenční podmínky upraveny tak, že vybraný uchazeč *„výslovně prohlašuje, že je oprávněným nositelem autorských práv k dodávanému software, a že není třetí osoby, která by oprávněně uplatňovala vůči objednateli práva vyplývající z užívání dodaného software. Zhotovitel odpovídá objednateli za škodu, kterou by mu způsobil nesprávností nebo nepravdivostí tohoto prohlášení.“* A dále, že *„Objednatel je oprávněn užívat předmět smlouvy po neomezeně dlouhou dobu. Objednatel je oprávněn užívat bezplatně předmět smlouvy i po ukončení platnosti a účinnosti této smlouvy.“*,
- u smlouvy uvedené pod bodem č. 18 a obdobně u smluv uvedených pod body č. 19, 20 a 21 je pak odkazováno na dodatek č. 1 Smlouvy na servis, na základně kterého poskytl vybraný uchazeč obviněnému *„neomezenou licenci na veškeré moduly implementované na základě této smlouvy.“* a dále, že *„Zhotovitel tedy tímto poskytuje práva k užití na všechny Zhotovitelem dodané a v rámci plnění vytvořené produkty*

(s důrazem na programové produkty), které mají povahu autorského díla a současně se na ně nevztahuje multilicence udělená na základě Dodatku č. 1 ke Smlouvě č. 53089022 na servis vybraných počítačových programů pro Statutární město Brno uzavřené mezi Objednatelem a Zhotovitelem.“ a „Objednateli nevznikají k dodaným programovým produktům jiná práva než ta, která jsou uvedena ve Smlouvě a v dodatku č. 1 ke Smlouvě č. 53089022 na servis vybraných počítačových programů pro Statutární město Brno uzavřené mezi Objednatelem a Zhotovitelem.“

99. V souvislosti s výhradním majetkovým právem vybraného uchazeče obviněný poskytl také čestné prohlášení vybraného uchazeče, kde vybraný uchazeč prohlašuje, že předmětný systém je souborným autorským dílem a zároveň dílem zaměstnaneckým, dále že je k předmětnému systému výhradním vykonavatelem majetkových práv, a dále že má výhradní právo předmětný systém „**rozšiřovat** (za úplaty dodávat kopie a poskytovat licence k užití) ke všem jeho budoucím uživatelům“, a „**nastavovat, udržovat a v případě potřeby i upravovat.**“.
100. Obviněný dále poskytl svou žádost o sdělení adresovanou vybranému uchazeči ze dne 9. 2. 2016 (obsahem žádosti byly otázky, zda je vybraný uchazeč stále výhradním vykonavatelem autorských majetkových práv v rozsahu služeb údržby, podpory, rozšíření a rozvoje IS GINIS, zda tyto práva vybraný uchazeč poskytl třetí osobě, zda může obviněný sám pro vlastní potřebu s IS GINIS nakládat jinak než uživatelským způsobem, a pokud ne, zda není vybraný uchazeč ochoten licenci v cit. rozsahu poskytnout, a dále bylo obsahem žádosti i sdělení, že odpověď vybraného uchazeče bude „*výchozí podklad pro určení postupu a způsobu zadání veřejné zakázky na servisní podporu systému GINIS*“), a dále odpověď vybraného uchazeče na tuto cit. žádost ze dne 22. 2. 2016. V odpovědi vybraný uchazeč uvádí, že je „*jedinou oprávněnou osobou k výkonu autorských práv (výhradním vykonavatelem majetkových práv autorských) v rozsahu služeb údržby, podpory, rozšíření a rozvoje*“ IS GINIS, a že licenční oprávnění v takovém rozsahu nezamýšlí udělit jiné osobě, ani obviněnému.
101. Obviněný dále Úřadu jako součást dokumentace poskytl dokument Odboru městské informatiky ze schůze Rady města Brna zn. R7/026 konané dne 16. 6. 2015 označený jako „*Rozšíření a rozvoj systému GINIS – výzva k podání nabídek; zadávací dokumentace*“, jehož součástí je i důvodová zpráva (dále jen „*důvodová zpráva z dokumentu Odboru městské informatiky*“), jenž zdůvodňuje volbu jednacím řízení bez uveřejnění mj. následovně: „*Systém GINIS je velmi rozsáhlý a vnitřně integrovaný a jeho implementace v podmínkách statutárního města Brna je dlouhodobý proces. Není možné jej realizovat během jednoho rozpočtového roku a proto je nutné na každý rok uzavírat smlouvu novou aktualizovanou podle reálné situace a postupu prací. Proto bude v rámci výběrového řízení oslovena pouze společnost Gordic [spol. s r.o.], v souladu s ustanovením § 21 odst. 1 písm. d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť předmět plnění může být z důvodu ochrany autorských práv, plněn pouze společností, která vlastní autorská práva k předmětné aplikaci.*“

Právní posouzení Úřadem

102. V šetřeném případě obviněný zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Jednací řízení bez uveřejnění podle tohoto

ustanovení zákona je přitom zadavatel oprávněn využít tehdy, pokud příslušná veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů, z uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

103. Úřad obecně uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je výjimečný způsob zadání veřejné zakázky, kdy je zakázka sice zadávána v režimu podle zákona, ale vzhledem k povaze tohoto řízení je hospodářská soutěž vyloučena a chybí tak ten aspekt zadávacího řízení, který má zajistit ekonomickou výhodnost pořízení předmětu plnění veřejné zakázky a rovněž omezit jakékoli nezákonné či korupční jednání. Současně je tento druh zadávacího řízení postupem podle zákona nejméně formalizovaným a kontrolovatelným.
104. Uvedené potvrzují i závěry Krajského soudu v Brně vyslovené např. v 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“*.
105. Jednací řízení bez uveřejnění by tedy mělo být skutečně krajním řešením tam, kde není jinak možné zajistit plnění požadované zadavatelem, a v žádném případě by nemělo docházet k jeho nadužívání. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění lze uskutečnit pouze v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není, resp. by nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, typicky v otevřeném řízení. V totožném duchu se vyjádřil v rozsudku ze dne 11. 1. 2013 sp. zn. 5 Afs 42/2012 i Nejvyšší správní soud, když uvedl, že zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je *„[m]ožné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 zákona.“* Otázku splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je proto v souladu s ustálenou soudně rozhodovací praxí nutné posuzovat restriktivně, což vyplývá např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 23/2012, ze dne 20. 11. 2012 nebo z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 95/2013, ze dne 13. 1. 2015.
106. Jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona tedy lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv využít pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele, kdy tato neexistence však stojí na objektivních základech a **není důsledkem vlastní činnosti zadavatele** (spočívající např. v předchozím uzavření smluv či nezajištění nezbytných práv). Úřad konstatuje, že zadavatel musí při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky (na základě které pořizuje určité plnění) posoudit

potřebu budoucích (navazujících) plnění a v případě existence takové potřeby uzavřít takovou smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli a umožní realizovat tato předpokládaná navazující plnění bez využití jednacích řízení bez uveřejnění, např. tedy umožní plnění zadat v otevřenějších druzích zadávacích řízení. V opačném případě by totiž zadavatel byl s budoucím užitím jednacích řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky (a takové jednacích řízení bez uveřejnění by pak bylo logicky nezákonné).

107. Úřad v této souvislosti dále uvádí, že s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013) je třeba od tohoto zaviněného vytvoření stavu exkluzivity odlišovat situaci, kdy zadavatel budoucí plnění předpokládat nemohl a uzavřel smlouvu zakládající exkluzivitu jednoho dodavatele, tj. situaci, kdy by uzavření smlouvy v jiném znění, tj. např. při požadavcích na širší licenční oprávnění, bylo dle aktuálně dostupných vědomostí zadavatele nevhodné (příčemž 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.
108. K právě uvedenému Úřad odkazuje především na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013 sp. zn. 5 Afs 42/2012, na který ve svých vyjádřeních odkazuje i obviněný, a ve kterém soud jednoznačně uvedl, že *„[j]ednacích řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit“*. Pokud pak Nejvyšší správní soud v témže rozsudku uvedl, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážit, *„zda postup zadavatele je skutečně zaviněný či pouze nešikovný“*, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky, odkazuje Úřad na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015 sp. zn. 62 Af 112/2013, podle kterého *„citované argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného ‚zavinění‘ půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem, kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadávání navazujících zakázek.“*
109. Je tak zřejmé, že použít jednacích řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa nebo náhrada, a dále, jestliže neexistence soutěže není výsledkem jednání (či opomenutí) zadavatele, tedy pokud platí, že se zadavatel sám nepodílel na vytváření omezení, od nichž následně odvozuje možnost využití jednacích řízení bez uveřejnění.
110. Z pohledu posouzení postupu obviněného v případě šetřené veřejné zakázky je tedy s ohledem na výše uvedené nutné posoudit jednak naplnění „formální“ stránky jednacích řízení bez uveřejnění, tj. zda byly dány objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacích řízení (autorskoprávní či technické), je však nutné posoudit rovněž „materiální“

podmínku pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, a to, zda obviněný stav výlučnosti vybraného uchazeče sám nevytvořil.

111. Z obviněným předložené dokumentace vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je zajištění podpory a rozvoje ekonomického informačního systému obviněného od vybraného uchazeče, nazvaného GINIS, který byl u obviněného vytvořen na základě Smlouvy z roku 1998 a Smlouvy na rozšíření IS z roku 2001 (dále jen „původní smlouvy“), přičemž tento systém byl v průběhu následujících let udržován a rozvíjen na základě dalších dílčích smluv s vybraným uchazečem (viz bod č. 96. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
112. O použití příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Z dokumentů, které jsou součástí dokumentace o veřejné zakázce, a to konkrétně z výzvy ze dne 16. 7. 2015, z důvodové zprávy z dokumentu Odboru městské informatiky (viz bod 100. odůvodnění tohoto rozhodnutí), jakož i z přílohy D2 formuláře „Oznámení o zadání veřejné zakázky“ uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek (viz bod 95. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a dále z vyjádření zadavatele ze dne 14. 8. 2017 a ze dne 13. 3. 2017 vyplývá, že jednací řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona zadavatel pro zadání veřejné zakázky zvolil z důvodu ochrany autorských práv.
113. Obviněný ve svých vyjádřeních ze dne 14. 8. 2017 a ze dne 13. 3. 2017 navíc uvedl, že pro předmětnou veřejnou zakázku zvolil jednací řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona nejen z důvodu ochrany autorských práv, ale i z důvodů technických a ekonomických.
114. Úřad uvádí, že aplikace ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. Je na zadavateli, aby v rámci případného přezkumu jeho postupu ze strany Úřadu prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. Pouze tak může zadavatel naplnit požadavek na přezkoumatelnost jeho postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti stanovené v ust. § 6 odst. 1 zákona (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 5. 2007 ve věci sp. zn. 31 Ca 166/2005 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, sp. zn. 5 Afs 131/2007).
115. Prokázání důvodů použití jednacího 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 dodavateli. 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 jednacího řízení bez uveřejnění „*musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává [...]*“ (viz články č. 19 a č. 20 rozsudku). Z této premisy dále vychází i konstantní tuzemská judikatura, ze které je možno odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3. 10. 2013, kde soud k použití jednacího řízení bez uveřejnění uvádí, že „*použití jednacího 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 jednací řízení bez uveřejnění, jak plyne z rozsudku Soudního dvora ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02 (Komise proti Itálii). Přestože se v této věci Soudní dvůr nevyjadřoval ke stavu skutkově totožnému, jaký je ve věci právě posuzované, plyne z něj, že ustanovení (směrnic), která umožňují výjimky z pravidel zadávání veřejných zakázek (a za takovou výjimku v dané věci Soudní dvůr považoval právě ‚odklon‘ od přísnějšího postupu formou jednání bez uveřejnění), musí být vykládána restriktivně, **přitom důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává (tj. zadavatel).** [...] Potřebou restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění není tedy třeba se dále podrobněji zabývat; toto obecné východisko žalovaného je oprávněné“ (pozn. – zvýraznění textu provedeno Úřadem). V této souvislosti Úřad dále odkazuje na rozsudky Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015 a sp. zn. 62 Af 93/2015 ze dne 1. 6. 2017 a též na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, ve kterém soud mj. uvedl, že „smyslem daného řízení bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění“. Pojmem „dané řízení“ se v citovaném rozhodnutí Nejvyššího správního soudu rozumí správní řízení vedené před Úřadem, jehož předmětem bylo posouzení oprávněnosti použití 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.*

116. Z výše uvedeného vyplývá, že důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na obviněném, jehož povinností je, aby doložil, že jednací řízení bez uveřejnění bylo v okamžiku zahájení zadávání veřejné zakázky jedinou možnou variantou, a že předmět takto zadané zakázky nemohl být zadán v jiném druhu zadávacího řízení, které je oproti jednacímu řízení bez uveřejnění z podstaty transparentnější. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě správních deliktů leží na správním orgánu, který musí zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na obviněného. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě obviněný, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem.
117. Úřad se tak v šetřeném případě zabýval otázkou, zda obviněný unesl důkazní břemeno a prokázal, že zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona bylo v souladu se zákonem, přičemž na základě níže uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že obviněný důkazní břemeno v šetřeném případě neunesl.
118. Pokud jde o obviněným tvrzenou existenci objektivních důvodů pro použití řízení bez uveřejnění spočívajících v nutnosti ochrany autorských práv, Úřad uvádí následující.
119. V daném případě je předmětem šetřené veřejné zakázky zásah do stávajícího ekonomického informačního systému obviněného provozovaného vybraným uchazečem již od roku 1998, který byl dále provozován, spravován a rozvíjen na základě dalších smluv, které obviněný v mezidobí od uzavření Smlouvy z roku 1998 do uzavření Smlouvy o dílo uzavřel s vybraným uchazečem. Předmětem plnění šetřené veřejné zakázky jsou zejména úpravy a aktualizace

tohoto systému a jeho rozšíření, přičemž předmětný systém byl na základě Smlouvy z roku 1998 vytvořen pro účetnictví a rozpočet obviněného (tj. modul „UCR“), a na základě jeho dalšího vývoje došlo k rozšíření IS GINIS o další moduly. IS GINIS lze přitom nepochybně kvalifikovat jako autorské dílo ve smyslu § 2 odst. 2 autorského zákona. Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015 ovšem uvedl, že *„[p]ožadované zhodnocení [možnosti zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění] 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“*.

120. Z licenčních ujednání Smlouvy z roku 1998 vyplývá, že obviněný má právo kopii díla užívat a je povinen zabránit zpřístupnění díla třetí osobě bez souhlasu vybraného uchazeče. Dále je obviněný povinen neprovádět zpětné analýzy, dekompile a modifikace programového produktu a analýzy výkazových přístupů. Dle Smlouvy z roku 1998 není součástí předmětu plnění předání projektové dokumentace ani zdrojových forem projektu (k tomu viz bod 80. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Pro úplnost Úřad uvádí, že ze smluv, které uzavřel obviněný s vybraným uchazečem v mezidobí od uzavření Smlouvy z roku 1998 a Smlouvy o dílo (podrobněji bod 96. odůvodnění tohoto rozhodnutí), které se týkají rozšíření, aktualizace nebo podpory IS GINIS, nevyplývá širší oprávnění týkající se práva užívat a upravovat předmětný systém, než jaké bylo sjednáno ve Smlouvě z roku 1998.
121. Ve vyjádření obviněného a ve výzvě je uvedeno, že při volbě jednacím řízení bez uveřejnění obviněný vycházel z předloženého čestného prohlášení vybraného uchazeče, ze kterého vyplývá, že vybraný uchazeč má výhradní majetková práva k IS GINIS s tím, že nemá vůli poskytnout obviněnému jiná licenční oprávnění než stávající, přičemž s odkazem na tato ujednání není možné předmět šetřené veřejné zakázky, spočívající v úpravě a aktualizaci IS GINIS, s ohledem na autorskoprávní omezení vyplývající z autorského zákona, realizovat nikým jiným než vybraným uchazečem.
122. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53, uvedl, že *„zadavatel musel důkladně a objektivně osvědčit, že jsou dány důvody aplikace jednacím řízení bez uveřejnění,“* a že tyto objektivní důvody musí skutečně existovat. Zde Úřad považuje za vhodné uvést následující výňatek z odůvodnění rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 35/2015 ze dne 28. 6. 2017: *„Pokud žalobce posoudil jím uzavřené smlouvy sám a na základě vlastního posouzení dospěl k závěru o možnosti uzavřít navazující zakázku v JŘBU, tak se nemůže jednat o objektivní posouzení stavu, neboť to nutně předpokládá součinnost třetí osoby, která není součástí původní zakázky a nemá proto žádný zájem na určitém konkrétním výsledku a ani není u ní důvod zpochybňovat nezájem analýzy.“* Obviněný při posuzování možnosti uzavřít předmětnou veřejnou zakázku v JŘBU vycházel toliko ze smluv s vybraným uchazečem a vybraným uchazečem poskytnutého čestného prohlášení. Obviněný tedy nepostupoval při zadávání předmětné veřejné zakázky na základě nějakého podkladu, který by zpracovala třetí osoba, jež by neměla zájem na určitém konkrétním výsledku. Lze se tudíž domnívat, že obviněný objektivně neosvědčil, že jsou dány důvody aplikace jednacím řízení bez uveřejnění.
123. Dále Úřad uvádí, že do forem užívání 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.

124. Autorský zákon blíže specifikuje právo užít dílo, jedná-li se o počítačový program v § 66 odst. 1 autorského zákona. Obsahem předmětného ustanovení autorského zákona 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.
125. 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.“* (ŠTĚDRŮŇ, B. Ochrana a licencování počítačového programu. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 48.).
126. 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.
127. 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.

128. 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 vší pochybnost naplnil formální podmínku použití jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Z pouhého předložení smluv, čestného prohlášení vybraného uchazeče a odpovědí vybraného uchazeče na žádost obviněného ze dne 22. 2. 2016 obviněným lze dle Úřadu toliko dovodit, že IS GINIS lze považovat za autorské dílo. Obviněný však v kontextu šetřené veřejné zakázky nijak objektivně neprokázal, že by to byl výhradně vybraný uchazeč, kdo je jediným subjektem, který může do tohoto informačního systému zasahovat (viz bod 122. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad však na tomto místě zdůrazňuje, 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 IS GINIS (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 zaviněným právním jednáním obviněného, pročež nemůže být tento stav oprávněným důvodem pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Tím by byl vlastně jen potvrzen stav, že pokud zadavatel vytvoří podmínky v původní veřejné zakázce pro jediného dodavatele, může následně libovolně dlouho každou další veřejnou zakázku, kterou by bylo jinak lze na trhu široce soutěžit, pokud by neexistovaly předmětné omezující 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 vytvořených) informačních systémů zasahovat (z předmětu původních smluv neplyne, že by se jednalo o jednorázové či jednoúčelové informační systémy s dočasným použitím) 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 IS GINIS realizovat.
129. Jak již Úřad uvedl, z judikatury citované v odůvodnění tohoto rozhodnutí jednoznačně vyplývá, že při posuzování naplnění podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona je nezbytné vždy zkoumat nejen to, zda objektivně existují výhradní práva svědčící konkrétnímu dodavateli, s ohledem na něž není možno veřejnou zakázku zadat jinému subjektu, ale je nutno zkoumat i naplnění materiální podmínky pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění, tj. zda obviněný stav výlučnosti tohoto dodavatele pro plnění veřejné zakázky sám – zaviněně – nevytvořil. Aniž by tedy bylo nutno se blíže zabývat obsahem původních smluv, sjednaného práva obviněného IS GINIS užívat a provádět jeho úpravy (zejména s ohledem na vymezení obsahu tohoto práva v příslušných autorskoprávních předpisech), Úřad konstatuje, že obviněným tvrzená autorskoprávní ochrana IS GINIS a z ní plynoucí nemožnost jiného dodavatele do systému zasahovat by jako oprávněný důvod pro použití jednacím řízení bez uveřejnění obstála pouze v případě, že by ji obviněný sám zaviněně nezpůsobil. Z toho důvodu se Úřad dále zabýval naplněním materiální podmínky použití jednacím 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.
130. K materiálním podmínkám použití jednacím řízení bez uveřejnění k veřejným zakázkám týkajících se IS GINIS obviněný uvedl, že stav „exkluzivity“ vybraného uchazeče je přirozený

důsledek komplexních dodávek a služeb při navazujícím rozvoji IS GINIS, a záměrné vytvoření podmínek znemožňujících budoucí zadávání veřejných zakázek v otevřeném řízení ze strany obviněného vylučuje skutečnost, že mu jsou produkty vybraným uchazečem dodávány od roku 1998, a zároveň snahou o implementaci IS SAP (více bod 29. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

131. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, který přinesl odpověď na otázku, zda skutečnost, že zadavatel stav exkluzivity způsobil sám, je či není při posouzení naplnění podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona relevantní. Z citovaného rozsudku považuje Úřad za vhodné přímo citovat, že *„jednací 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 situací dostupnými právními prostředky změnit.“* Závěry tohoto rozsudku taktéž korespondují se závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 28. 11. 2012, v němž se Nejvyšší správní soud zabýval situací, kdy byl postup zadavatele veřejné zakázky zatížen vadou již při tvorbě nedokonalé a nepodložené projektové dokumentace a dospěl k závěru, že *„...předvídatelnou nedokonalostí projektové dokumentace a nemožností na jejím základě dokončit původní předmět díla nelze následně zhojit zadáním prací pomocí jednacího řízení bez uveřejnění.“* Nejvyšší správní soud také odkázal na dřívější rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 3/2002 ze dne 5. 11. 2002, v němž soud konstatoval, že okolnosti, které by mohly odůvodňovat postup, kdy zadavatel osloví jednoho konkrétního zájemce, nemohou vycházet ze stavu, kdy si zadavatel nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až je následně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolává se postupu dle daného ustanovení zákona.
132. Nejvyšší správní soud dále zdůraznil, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážit, *„[z]da postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný“*, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky, přičemž dle rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015: *„[c]itované 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 vyplývá, že aby bylo možno konstatovat, že obviněný, který svým jednáním při zadávání původní veřejné zakázky vytvořil exkluzivní postavení dodavatele původní veřejné zakázky, postupoval pouze „nešikovně“, muselo by v daném případě dojít k tomu, *„aby zadavatel prokazatelně neměl vědomí o tom, že v budoucnu vznikne potřeba zadat další veřejné zakázky“* (rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015).
134. K uvedenému Úřad uvádí, že již z okolností, že předmětem plnění Smlouvy z roku 1998 uzavřené dne 15. 5. 1998 s vybraným uchazečem bylo užívání dodaného programového vybavení Účetnictví a rozpočet, je evidentní, že nelze dojít k závěru, že obviněný

prokazatelně nemohl mít vědomí o potřebě budoucích velmi častých aktualizací, úprav či doplnění tohoto systému. Obviněnému muselo být již tehdy zřejmé, že předmětný systém bude užívat dlouhodobě a bude provádět např. s ohledem na legislativní změny jisté úpravy, jelikož se nejednalo o jednorázový či jednoúčelový informační systém s dočasným užitím, čemuž odpovídá i ustanovení čl. III. bod 1. Smlouvy z roku 1998, dle něhož je vybraný uchazeč povinen „[a]ktualizovat dodané programové vybavení dle legislativních změn a obecně závazných předpisů a to tak, aby tyto změny byly kompatibilní s celostátním zpracováním (...) a v takovém termínu, aby neohrozily zpracování u odběratele“. Skutečnosti, že UCR nebude mít jednoúčelový charakter odpovídá i to, že jej užívalo celkem 27 územních městských částí (viz příloha č. 1 Smlouvy z roku 1998), jejichž zaměstnanci museli minimálně absolvovat určité zaškolení pro práci s předmětným systémem. Obviněný si tedy již v době pořízení programového vybavení od vybraného uchazeče měl být vědom potřeby jeho dalšího rozvoje, aktualizací, rozšíření či úprav a situaci, kdy musel jakékoliv další úpravy zadávat výhradně vybranému uchazeči, tedy vytvořil zaviněně.

135. V předpokladu, že si obviněný musel být vědom potřeby dalšího rozvoje předmětu Smlouvy z roku 1998 již při jejím uzavření, Úřad utvrzuje i ujednání pod čl. VII. bod 3) Smlouvy z roku 1998, které uvádí: „*Na každý další rok lze upravovat dohodou podmínky programové údržby ,UCR' včetně cen*“. V daném případě tedy neplatí, že by se jednalo o úpravy, které by nebylo možno v době uzavírání Smlouvy z roku 1998 rozumně očekávat, že nastanou. Obviněnému mělo být zřejmé, že pokud si nevyhradí možnost zasahovat do IS GINIS, bude to právě a jen vybraný uchazeč, kdo bude moci další návazná plnění související s IS GINIS realizovat, a vzhledem k tomuto měl obviněný již v době uzavírání Smlouvy z roku 1998, popř. dalších navazujících smluv týkajících se IS GINIS, na tuto budoucí potřebu myslet a způsob pořízení programového vybavení tomuto přizpůsobit.
136. Obviněný dále s vybraným uchazečem uzavřel Smlouvu na rozšíření IS z roku 2001, na základě které disponoval obviněný licenci k užití převážné většiny programových produktů od vybraného uchazeče, jež užíval minimálně do doby vydání tohoto rozhodnutí. Ani v tomto případě nelze dojít k závěru, že by si obviněný prokazatelně nemohl být vědom budoucí potřeby rozvoje, aktualizace a rozšíření předmětu této smlouvy. Obviněnému mělo být nejpozději při uzavírání této smlouvy zřejmé, že informační systém bude užívat dlouhodobě a měl si být vědom budoucí potřeby jeho rozvoje, aktualizace a rozšíření, jelikož předmět smlouvy nebyl charakteru jednorázového ani jednoúčelového s dočasným užitím. Tuto povahu předmětu smlouvy dokazuje jeho rozsáhlost (viz příloha č. 2 smlouvy se specifikací programových produktů), povaha činnosti dodaných programových produktů, nutnost zaškolení pracovníků obviněného, jakož i délka časového intervalu pro přípravu projektu před spuštěním ostrého provozu rozšířeného systému, tj. 4 měsíce (viz příloha č. 1 smlouvy s návrhem harmonogramu rozšíření informačního systému). Obviněný si však ani v této smlouvě nevyhradil možnost zasahovat do dodávaného systému, ač si měl být vědom potřeby jeho dalšího rozvoje, rozšíření či úprav, a to nejpozději při uzavírání smlouvy, a tak situaci, kdy musel jakékoliv další úpravy zadávat výhradně vybranému uchazeči, vytvořil zaviněně.
137. V rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013 je dále uvedeno, 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“, což zcela nepopíratelně potvrzuje dílčí závěr Úřadu, že obviněný nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když postupoval tak, že zadal šetřenou veřejnou zakázku s odkazem na existenci výhradních práv vybraného uchazeče.

138. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že materiální stránka podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu ochrany výhradních práv nebyla v posuzovaném případě splněna, a obviněný se tedy na nutnost ochrany výhradních práv vybraného uchazeče při zdůvodnění svého postupu při zadání veřejné zakázky nemůže účinně odvolávat.
139. Obviněný ve svých vyjádřeních mj. uvedl, že je nutno na důvody zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění pohlížet jako na komplex důvodů autorskoprávních, technických a ekonomických, a jejich vzájemných souvislostí. Ač ve výzvě, v příloze D2 formuláře k oznámení zadání zakázky a v důvodové zprávě dokumentu Odboru městské informatiky uvedl, že důvodem volby jednacího řízení bez uveřejnění byla ochrana výhradních práv vybraného uchazeče, a ač by měl mít obviněný vědomost o existenci důvodů pro jednací řízení bez uveřejnění (z povahy věci) ještě před zadáním zakázky v tomto druhu řízení (viz rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 35/2015 ze dne 28. 6. 2017), namítá obviněný též důvody technické a ekonomické, a proto se Úřad dále vyjádří též k těmto námitkám obviněného.
140. Jak již bylo opakovaně zmíněno výše, je to právě obviněný, který je povinen nade vší pochybnost prokázat objektivní existenci jediného dodavatele schopného plnit veřejnou zakázku, přičemž obviněný k oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění u předmětné veřejné zakázky uvedl i důvody technické. Ve svém vyjádření ze dne 14. 8. 2017, kde opakuje tvrzení z vyjádření ze dne 25. 3. 2014, obviněný uvedl, že *„úprava či rozšíření IS GINIS o nové funkcionality vychází z existujícího jádra ekonomického systému GINIS a jeho vazeb na externí systémy, když celé řešení je realizováno na technologicky shodné / kompatibilní platformě, umožňující nezbytnou interoperabilitu se systémy třetích stran,“* přičemž obviněný ve vyjádření ze dne 13. 3. 2017 uvádí, že *„[j]akékoli jiné řešení (nákup dílčích subsystémů od jiného dodavatele) by nebylo technicky a provozně slučitelné,“* a že by obviněný neobdržel *„v čase existující potřeby řešení s garancí technické kvality (funkčnosti) a záruk bezpečnosti.“* Tato svá tvrzení však již nikde nerozvádí, naopak pouze opakovaně uvádí, že případné plnění jiným dodavatelem by mohlo vést k vytvoření významných rizik spojených s nefunkčností IS GINIS. Obviněný tak ani neuvádí, jaká konkrétní rizika a technické obtíže v souvislosti s fungováním informačního systému vyplývají z realizace předmětů plnění šetřené veřejné zakázky jiným dodavatelem než vybraným uchazečem, přičemž tyto skutečnosti nevyplývají ani z dokumentace veřejné zakázky, resp. z podkladů, které obviněný Úřadu předložil.
141. Současně obviněný musí v řízení před Úřadem prokázat, že z hlediska technického opravdu neexistoval v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky. Jak již bylo uvedeno výše, obviněný však žádné konkrétní důkazy, které by mohly být posuzovány, v řízení před Úřadem nepředložil. S ohledem na tuto skutečnost Úřad uvádí, že povinnost zjištění skutkového stavu věci Úřadem se s ohledem na přenos důkazního

břemene v souvislosti s doložením naplnění podmínek opravňujících použití jednacím 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 ohledně doložení existence objektivních důvodů k použití jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona suplovat. Úřad má tedy v šetřeném případě povinnost posoudit, zda obviněný unesl důkazní břemeno, tedy zda prokázal naplnění důvodů pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž jak vyplývá, z výše uvedeného, obviněný důkazní břemeno v tomto smyslu neunesl, neboť konkrétní technické důvody obviněný nesdělil, a neprokázal tak, že by předmětnou veřejnou zakázku nemohl realizovat jiný dodavatel.

142. Úřad tak dospěl k závěru, že technické důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění nebyly obviněným doloženy, a obviněný tak neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť svá tvrzení nijak nedoložil.
143. Dále obviněný uvádí, že jeho jednání při nakládání s veřejnými prostředky bylo vedeno snahou o účelnost, hospodárnost a efektivnost, v souvislosti s čímž odkazuje na zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o finanční kontrole“), který splnění těchto požadavků vyžaduje, a dále, že si *„analýzami ověřil skutečnost, že v daném případě postupuje nejehospodárnějším postupem, pokud rozšiřuje funkcionality existujícího (...) IS GINIS o jednotlivé moduly zabezpečující komplexní plynulý chod příslušných ekonomických agend.“* Obviněný si tímto postupem dle svých slov *„chrání doposud provedené investice do struktury IS, přičemž předchozí IS se bohužel ukázal jako nefunkční a nákladné řešení a budování zcela nového jádra ekonomického informačního systému a jednotlivých modulů „na zelené louce“ by opět přineslo zvýšené náklady, ztrátu dosavadních investic (mj. na vzájemnou integraci rozdílných rozhraní) a po technické stránce výrazná rizika vzájemné nekompatibility.“* Obviněný dále uvádí, že jeho tvrzení vychází z *„provedených šetření, zejména z Posouzení budoucí nákladovosti informačních systémů SAP a GINIS v rámci statutárního města Brna (tj. z již Úřadu poskytnuté analýzy TCO), studie rozvoje AISMB na platformě SAP, informační koncepce, informační strategie, rozsahu funkcionalit ekonomického modulu a prohlášení o existenci autorských práv dodavatele GORDIC.“*
144. Pokud obviněný argumentuje hospodárností, účelností či efektivností plnění předmětné veřejné zakázky, nejedná se o totožné důvody, jako o nemožnost plnění jiným dodavatelem z důvodů, jež pro použití jednacím řízení bez uveřejnění uvádí zákon podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
145. K odkazu obviněného na ekonomickou výhodnost setrvat v pokračování odebírání plnění od vybraného uchazeče a povinnost postupovat s péčí řádného hospodáře, Úřad odkazuje na 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 jednacím 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 – příléhavě 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 uzavření původních smluv 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 IS GINIS. Na základě smluv obviněného s vybraným uchazečem od roku 1998 bude v souvislosti se systémem IS GINIS vynaloženo přes 60 mil. Kč. Je tedy skutečně otázkou, zda toto jednání lze ve svém důsledku považovat za jednání s „péčí řádného hospodáře“, nehledě na to, že obviněný nemá s vybraným uchazečem ve Smlouvě o dílo upraveno, zda v případě zániku či neschopnosti plnit ze strany dosavadního dodavatele dojde k předání zdrojových kódů, popř. k jinému rozšíření licenčních oprávnění k předmětu šetřené veřejné zakázky. I za této situace by tedy mohl být zadavatel nucen přistoupit k „budování“ zcela nového informačního systému „na zelené louce“, a tím pádem by mohlo dojít ke ztrátě všech dosavadních investic obviněného do IS GINIS.

146. K Metodice TCO, Studii rozvoje AISMB na platformě SAP, Informační koncepci, Informační strategii a Rozsahu funkcionalit ekonomického modulu, tj. dokumentům, na které obviněný ve svých vyjádřeních k šetřené veřejné zakázce pouze obecně odkazuje jako na podklady ke svému tvrzení o oprávněnosti použití jednacímho řízení bez uveřejnění, aniž by uvedl, co konkrétně mají prokazovat, a jejichž bližší obsah je uveden pouze ve vyjádření obviněného ze dne 25. 3. 2014, Úřad opakuje, že se jedná o materiály, které obviněný poskytl Úřadu v souvislosti s šetřením podnětu pod sp. zn. P120/2014/VZ týkajícím se jiných veřejných zakázek obviněného v rozsahu tehdy namítaných skutečností, přesto však ani v případě zadání posuzované veřejné zakázky neprokazují důvod pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění. Přesto se k uvedeným materiálům Úřad blíže vyjádří níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí.
147. V rámci Informační strategie ze dne 6. 12. 2011 bylo navrženo celkem 19 strategických projektů na dosažení cílů na období 2012 až 2014 (přičemž k zadání nyní šetřené veřejné zakázky došlo až o rok později), přičemž konkrétní způsoby, jak daných cílů dosáhnout, v tomto dokumentu uvedeny nejsou, tím spíš zde nebylo uvedeno doporučení ani povinnost obviněného zadat předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči.

148. Informační koncepce ze dne 31. 8. 2011, která je dle svého obsahu platná 5 let, tj. do 20. 10. 2016, definuje konkrétní cíle a požadavky týkající se informačních systémů veřejné správy. Ani z tohoto dokumentu však nevyplývá doporučení ani povinnost obviněného zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči, nehledě na to, že jak tento dokument ve svém úvodu sám uvádí, se nejedná o dokument „v čase neměnný“.
149. Rozsah funkcionalit ekonomického modulu jakožto nedatovaný dokument obsahuje toliko srovnání rozsahu funkcionalit IS GINIS v době před implementací IS SAP dodávaného společností IDS Scheer ČR, s.r.o., a po jeho ukončení. Tímto dokumentem dle vyjádření ze dne 25. 3. 2014 obviněný chtěl demonstrovat, že svým postupem „rozvíjel již funkční řešení“, a že realizace jedné z veřejných zakázek v rámci šetření podnětu pod sp. zn. P120/2014/VZ „*neznamenala implementaci zcela nového ekonomického modulu.*“ Úřad konstatuje, že skutečnost, že zadavatel rozšiřuje již existující řešení, nemůže být sama o sobě bez dalšího považována za oprávněný důvod pro použití jednacím řízení bez uveřejnění (podrobněji se k těmto otázkám vyjádřil Úřad již výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí).
150. Studie rozvoje AISMB na platformě SAP z roku 2010 se výlučně zabývá IS SAP dodávaným společností IDS Scheer ČR, s.r.o., a není zde nijak posuzován IS GINIS, pročež ani tento dokument ve vztahu k přezkoumávané veřejné zakázce nepředstavuje relevantní podklad. Vzhledem k tomu, že rovněž tímto dokumentem obviněný chtěl demonstrovat rozšiřování již existujícího řešení, odkazuje Úřad na závěry učiněné výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí.
151. Metodika TCO obsahuje porovnání budoucí nákladovosti dvou informačních systémů pro obviněného, a to IS SAP a IS GINIS, přičemž při zpracovávání nákladovosti IS GINIS vycházel obviněný z dat, jež mu poskytl vybraný uchazeč. Úřad u metodiky TCO odkazuje na své rozhodnutí ze dne 23. 5. 2014, ve věci vedené pod sp. zn. S0604/2013, jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 11. 6. 2015, sp. zn. R0188/2014, ve kterém Úřad uvedl, že „*jakkoliv odborně provedená analýza či odborný posudek nemůže plnohodnotně nahradit soutěž mezi dodavateli podle zákona, neboť pouze takový způsob výběru nejvhodnější nabídky zcela naplňuje zásady uvedené v § 6 zákona. K uvedenému Úřad dodává, že podobná analýza či posudek mohou také stěžejně nahradit konkrétní cenové nabídky uchazečů, které mohou být v rámci konkurenčního boje sníženy na nepředpokladatelnou úroveň. Současně je nutné dodat, že právě oblast informačních technologií je specifická svým turbulentním vývojem, přičemž nelze proto akceptovat názor, že ekonomicky zaměřená analýza je schopna předvídat a vyhodnotit veškeré technologické vývojové trendy v dané oblasti, které mohou mít zásadní cenotvorný význam.*“ V této souvislosti Úřad dále odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R173/2014/VZ-13930/2015/321/IPs ze dne 11. 6. 2015, v němž dovodil, že pokud zadavatel vytvořením stavu exkluzivity vyloučil možnost zadání zakázky v zadávacím řízení, jež by umožnilo řádnou soutěž o zakázku a tím i možnost více nabídek s potenciálně lepší nabídkovou cenou, stal se zcela závislým na jednom dodavateli, jenž si pak následně může určovat cenu všech dalších plnění, která na původní zakázku navazují. Takové jednání nemůže být dle závěru rozhodnutí předsedy Úřadu označeno za hospodárné.
152. Úřad v souvislosti ekonomickou výhodností dále odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 18/2015 – 32 ze dne 25. 11. 2015, ve kterém je uvedeno, že „*zásada hospodárnosti nemůže mít automaticky aplikační přednost před splněním striktních*

zákonných podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, a to zvláště tehdy, pokud stěžovatel nemá k dispozici důkladný ekonomický rozbor svědčící takové výhodnosti.“. Metodika TCO se omezuje na porovnání pouze dvou informačních systémů, nereflexuje tudíž potenciálně širší relevantní trh, a nedá se tedy ani považovat za důkladný ekonomický rozbor svědčící o výhodnosti IS GINIS.

153. Ekonomická stránka předmětné zakázky tedy sama o sobě nemůže být důvodem pro využití jednacího řízení bez uveřejnění a jakkoli odborně provedená analýza či odborný posudek nemůže plnohodnotně nahradit chování soutěžitelů na volném trhu. V daném případě navíc obviněný hospodárnost svého postupu prostřednictvím ekonomické analýzy či jiného relevantního podkladu nedoložil. V daném případě tedy není možné posoudit rozpor požadavku na zajištění konkurenčního prostředí s požadavkem na hospodárné, efektivní a účelné vynakládání veřejných prostředků. „Ekonomičnost“, resp. hospodárnost obviněným provedeného řešení, tedy zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči bez soutěže, je tedy v tomto případě zcela v rovině tvrzení obviněného, které není žádným způsobem doloženo.
154. Obviněný dále ve svém vyjádření odkazoval na „*relevantní judikaturu, která legitimuje použití JŘBU v daném případě*“, tj. na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2010, č. j. 62 Af 61/2010-332, a na něj navazující rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53, v souvislosti s tím, že z těchto rozsudků dle obviněného vyplývá legitimnost možnosti dále rozvíjet informační systém, který podléhá autorskoprávní ochraně a jehož autor svým zákazníkům neposkytuje jiná, než uživatelská oprávnění. K tomu Úřad uvádí, že na rozdíl od tehdy posuzované věci se v nyní šetřeném případě v rámci veřejné zakázky nejednalo o plnění, u kterého nebylo možné očekávat, že v budoucnu nastane, nebo plnění, které by vzniklo objektivně nezávisle na vůli obviněného. V šetřeném případě tak na rozdíl od tehdy posuzované věci nelze učinit závěr, že obviněný nemohl v době uzavírání původních smluv požadovat širší licenční ujednání či zdrojový kód, respektive si vyhrazovat práva, o kterých nevěděl, zda v budoucnu nastanou, jelikož s ohledem na vše výše uvedené se v případě šetřené veřejné zakázky nejednalo o nepředvídatelné plnění.
155. K obviněným uváděným důvodům použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona tak Úřad shrnuje, že obviněný neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, jak bylo výše Úřadem uvedeno, neboť zadavatelem uváděné technické důvody jsou toliko jeho tvrzením bez předložení podkladů svědčících o tomto tvrzení. Pokud jde o obviněným tvrzenou existenci výhradních práv vybraného uchazeče k IS GINIS a autorskoprávní ochranu dle autorského zákona, Úřad uvádí, že obviněný nenaplnil materiální podmínku použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, jelikož nelze dojít k závěru, že „stav exkluzivity“ vybraného uchazeče nezpůsobil, neboť, jak bylo výše vyloženo, již při uzavírání původních smluv musel prokazatelně vědět, že provedení činností, které jsou předmětem šetřené veřejné zakázky, bude v budoucnu potřebovat. Konečně lze též uzavřít, že ani obviněným tvrzená ekonomická výhodnost setrvat v pokračování odebírání plnění od vybraného uchazeče nebyla prokázána, přičemž však sama o sobě ani nemůže být oprávněným důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.

156. K potencialitě vlivu nezákonného postupu obviněného 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.“
157. 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 díkce ‚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.“
158. Se shora uvedeným závěrem Krajského soudu v Brně vyslovil souhlas i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 4 As 61/2016-38 ze dne 28. 6. 2016, když konstatoval, že v případě, kdy správní orgán (Úřad) shledá, že „se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu (...) Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem (...), že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“
159. Ve světle právě uvedeného Úřad konstatuje, že pokud zadavatel vyloučil při zadání předmětné veřejné zakázky jakoukoli soutěž, při jejímž zachování by mohly být v případném

zadávacím řízení podány další nabídky, které by mohly vést k výhodnějším podmínkám plnění pro zadavatele, než při „přímém“ zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči, má z povahy věci potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky již toto rozhodnutí zadavatele vyloučit jakoukoli otevřenou soutěž o předmět plnění veřejné zakázky, neboť nabídka vybraného uchazeče nebyla vystavena jakékoli konkurenci.

160. Pro úplnost Úřad dále uvádí, že dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti ZZVZ. Úřad se proto v souladu s čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod (dále jen „Listina“) zabýval otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba jednání obviněného posuzovat. V této souvislosti lze uvést, že jednání obviněného je přestupkem podle obou právních předpisů [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona, § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ], přičemž obviněnému by při ukládání sankce podle ZZVZ hrozila stejně vysoká pokuta [srov. ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona a ust. § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ] jako podle právní úpravy aplikované v šetřeném případě. Co se týče merita vedeného správního řízení, tzn. posouzení splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tak ani v tomto ohledu není ZZVZ právní úpravou příznivější, neboť § 63 odst. 3 ZZVZ 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. Úprava obsažená v ZZVZ tedy stanovuje pro možnost využití jednacím řízení bez uveřejnění obdobné podmínky, jako § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Jelikož se v šetřeném případě jedná o „nové“ plnění, na jehož předmět byla uzavřena samostatná smlouva, tzn. nedošlo ke „změně smlouvy“, nelze v šetřeném případě jako případnou pozdější příznivější právní úpravu aplikovat ani § 222 ZZVZ. Za tohoto stavu věci není podle Úřadu pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ pro obviněného příznivější, a proto jednání obviněného Úřad posuzoval v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny podle právní úpravy účinné v době spáchání přestupku. Závěrem v této souvislosti lze uvést, že uplatnění výše uvedeného principu v rámci správního trestání vyplývá rovněž z judikatury Nejvyššího správního soudu konkrétně pak např. z rozsudku č. j. 5 Afs 68/2011-99 ze dne 21. 3. 2012, v jehož rámci Nejvyšší správní soud dovedl povinnost správních orgánů zabývat se dodržením ústavního principu povinnosti použít pozdější právní úpravu, pokud je pro obviněného příznivější (obdobně též i rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2012 – 48 ze dne 12. 4. 2013).
161. K návrhu obviněného, aby byl jako důkaz zpracován znalecký posudek, případně byl proveden výslech obviněného „[p]ro případ, že by Úřad některý ze shora uvedených aspektů považoval za nezbytné dále ověřit za účelem zjištění stavu věci, o kterém nepanují důvodné pochybnosti (...), tedy zejm. k potvrzení skutečnosti, že IS GINIS je autorským dílem (...)“, Úřad uvádí, že by k objasnění skutkového stavu ohledně splnění podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění nijak nepřispěly, nehledě na to, že povinnost zjištění skutkového stavu věci Úřadu se s ohledem na obrácené důkazní břemeno v souvislosti s doložením podmínek opravňujících použití jednacím řízení bez uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda obviněný toto důkazní břemeno unesl či nikoli. Úřad tedy nerezignuje na svoji povinnost zjistit úplný skutkový stav věci, avšak nemůže za obviněného povinnost ohledně dokladu existence objektivních důvodů k použití jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona suplovat, přičemž v tomto duchu odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 2. 9. 2016, č. j. ÚOHS-R27/2015/VZ-36585/2016/321/MMI. Úřad má tedy v šetřeném případě povinnost posoudit, zda obviněný

unesl důkazní břemeno, tedy zda prokázal naplnění důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, protože není možné po Úřadu požadovat zajištění podkladů o oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, zvláště pak měl-li by ideálně těmito podklady obviněný disponovat již před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Obviněný přitom návrh na vyhotovení znaleckého posudku navíc formuloval tak, že znalecký posudek má prokázat, zda byly podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění splněny. Návrh byl tedy nejen velmi obecný, ale navíc směřoval i k posouzení právní otázky, kterou má povinnost posoudit Úřad a spadá výlučně do kompetence Úřadu. Úřad proto předmětnému návrhu obviněného nevyhověl a navrhaný důkaz znaleckým posudkem ani výsledkem pro jejich nadbytečnost neprovedl.

162. Úřad v souvislosti s výše uvedeným odkazuje i na rozhodnutí předsedy Úřadu, č. j. R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř, ze dne 29. 9. 2016, v němž předseda Úřadu uvedl následující:

„Co se týče údajné rezignace Úřadu na zjišťování stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti ve smyslu § 3 správního řádu, uvádím následující. Není sporu o tom, že je správní řízení zpravidla ovládáno zásadou vyšetřovací a zásadou materiální pravdy. Avšak skutečnost, že správní řád připouští možné výjimky z předmětné zásady, vyplývá i ze samotného znění § 3 správního řádu, kde sice je stanovena povinnost správního orgánu postupovat tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu, avšak to tehdy, nevyplývá-li ze zákona něco jiného. Proto je-li ve správním řádu výslovně zakotvena povinnost správních orgánů (potažmo tedy i Úřadu) postupovat v souladu se zásadou materiální pravdy, neznamená to, že z tohoto pravidla není přípustná výjimka, resp. že toto pravidlo nemůže být relevantním právním předpisem či judikaturou správních soudů modifikováno či oslabeno. Tak se tomu stalo i v právě posuzované věci v souvislosti s prokazováním důvodů pro oprávněné uplatnění § 23 zákona. Uvedené pak odůvodňuje potřeba omezit používání tohoto druhu zadávacího řízení na mimořádné případy, a to v zájmu zachování co nejvíce transparentní hospodářské soutěže. S odkazem na již výše prezentované mohu i tuto námitku zadavatele, spočívající v tvrzené rezignaci Úřadu na zjišťování stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti, jako nedůvodnou odmítnout.“

163. K žádosti obviněného, obsažené v jeho vyjádření ze dne 14. 8. 2017, na vysvětlení, v jakém kontextu se měly změnit okolnosti případu oproti v minulosti prováděným šetřením, Úřad sděluje, že důvody zahájení řízení byly komplexně sděleny v oznámení o zahájení řízení č. j. ÚOHS-S0309/2017/VZ-22556/2017/523/HVo ze dne 4. 8. 2017. Z tohoto sdělení jednoznačně vyplývá vymezení předmětu řízení, citace relevantních ustanovení příslušných právních předpisů, zejm. pak v souladu s ust. § 78 odst. 3 zákona o přestupcích popis skutku, o kterém má být v řízení rozhodováno, a jeho předběžnou právní kvalifikaci. Vzhledem k uvedenému nemůže být obviněný nijak krácen na svých subjektivních právech, neboť má možnost se ke všem relevantním skutečnostem vyjádřit a Úřad mu nijak nebrání využít práv účastníka řízení.
164. K podezření obviněného, zda není porušována zásada legitimního očekávání, Úřad nad rámec výše uvedeného uvádí, že legitimní očekávání, jakožto vyjádření obecnějšího požadavku právní jistoty, je spojeno se správní praxí, kterou si vytvoří konkrétní správní orgán tam, kde mu zákon dává prostor pro správní uvážení, a správní praxi společně

s legitimním očekáváním adresátů zakládá pouze ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost správního orgánu. Uvedené plyne např. z usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006-132, v němž je uvedeno, že „[p]rincip vázanosti správního orgánu vlastní správní praxí, jestliže se taková praxe vytvořila, vyplývá ze zásady zákazu libovůle a neodůvodněně nerovného zacházení (viz čl. 1 věta první Listiny základních práv a svobod). Tento ústavní princip, jenž musí veřejná správa respektovat, je vyjádřen i na úrovni podústavního práva v § 2 odst. 4 in fine správního řádu (č. 500/2004 Sb.).“ Dle ust. § 2 odst. 4 správního řádu je právo na legitimní očekávání upraveno tak, že správní orgán dbá na to, aby „[p]ři rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly.“ Nejvyšší správní soud v cit. usnesení dále uvádí, že „[s]právní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů. Takovou praxí je správní orgán vázán. Jen taková správní praxe je doplněním psaného práva a je způsobilá modifikovat pravidla obsažená v právní normě.“ Nejvyšší správní soud pak ve svém rozhodnutí ze dne 22. 7. 2016, č. j. 5 As 21/2016-56 uvádí: „Zároveň je ale nutno vzít v úvahu, že ne každé rozdílné posuzování obdobných situací musí být nutně libovůlí a neodůvodněně nerovným zacházením. Odchýlit se od určité správní praxe, jež se případně vytvořila, totiž správní orgán může, avšak zásadně pouze pro futuro, z racionálních důvodů a pro všechny případy, kterých se praxí zavedený postup správního orgánu dotýká.“

165. K výše uvedenému Úřad uvádí, že šetření podnětu směřujícího na odlišné zakázky obviněného s časovým odstupem tří let, které Úřad ukončil nezahájením řízení v této věci, nelze považovat za ustálenou, jednotnou a dlouhodobou činnost Úřadu, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů, a tudíž toto jednání Úřadu nemohlo založit u obviněného legitimní očekávání. Takové očekávání může u adresátů zakládat pouze ustálená, jednotná a dlouhodobá správní praxe Úřadu, která reflektuje platnou legislativu, dosavadní judikaturu a rozhodovací praxi Úřadu v předchozích srovnatelných případech a která se navenek projevuje pravomocnými rozhodnutími, které na základě ust. § 123 zákona Úřad průběžně uveřejňuje dálkovým přístupem na svých oficiálních stránkách.
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 v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 16. 7. 2015, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
167. Z výše uvedených důvodů rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K uložení pokuty

168. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel 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.
169. Jelikož obviněný při zadávání šetřené veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 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 ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž tento postup obviněného mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel s vybraným uchazečem Smlouvu o dílo, dopustil se přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jak je blíže uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

170. 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. 2017 i § 270 odst. 3 ZZVZ. Podle § 270 ZZVZ ve znění účinném od 1. 7. 2017 činí (objektivní) promlčecí doba taktéž 5 let.
171. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích počíná promlčecí doba 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.
172. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. Úřad uvádí, že ke spáchání přestupku obviněným došlo uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku dne 6. 11. 2015. Od spáchání přestupku tedy neuplynuly více než tři 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.
173. 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.
174. Celková hodnota plnění dle čl. VII. 1. „Cena“ Smlouvy o dílo činí 10 730 280 Kč s DPH.
175. 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 odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona. Z výše uvedeného vyplývá, že za spáchání přestupku dle výroku č. I. tohoto rozhodnutí činí horní hranice pokuty částka 1 073 028 Kč.

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. Hlavním kritériem, které je dle citovaných ustanovení zákona a přestupkového zákona 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.
179. Pokud jde o význam neurčitého právního pojmu „závažnost přestupku“, 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).
180. V posuzovaném případě je v užším smyslu objektem přestupku zákonem chráněný zájem, aby pro použití zvoleného druhu zadávacího řízení – jednacího řízení bez uveřejnění, jakožto procesního postupu směřujícího k zadání veřejné zakázky, byly splněny zákonem stanovené podmínky a jeho neoprávněným použitím nedocházelo k omezování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Objektem přestupku je v širším smyslu zákonem chráněný zájem, aby k situaci, kdy je veřejná zakázka zadána fakticky bez jakékoli

hospodářské soutěže, tedy nejméně transparentním způsobem, jaký zákon umožňuje, docházelo pouze výjimečně a toliko za splnění přísných, zákonem stanovených podmínek, zejména pak v situaci, kdy neexistuje žádná jiná varianta (přičemž tuto situaci zadavatel nesmí zavinit).

181. Úřad z hlediska způsobu spáchání přestupku uvádí, že ke spáchání přestupku obviněným došlo uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku s (předem) vybraným uchazečem, aniž by pro daný druh zadávacího řízení (které de facto spočívá v prostém výběru konkrétního dodavatele bez jakékoli soutěže) byly splněny zákonem stanovené podmínky.
182. Následkem přestupku je skutečnost, že soutěž o veřejnou zakázku v tomto případě fakticky neprobíhala, a nemusel tak být vybrán uchazeč s nejnižší nabídkovou cenou. Vybraný uchazeč tedy nebyl v souvislosti s předmětem šetřené veřejné zakázky zadán v jednacím řízení bez uveřejnění vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky. Úřad konstatuje, že nezákonné vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, jehož hlavním cílem je právě zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže.
183. Jako polehčující okolnost Úřad částečně hodnotí skutečnost, že obviněný průběžně kontroluje dodavatelskou výlučnost vybraného uchazeče ve vztahu k předmětu IS GINIS, a ověřuje podmínky, za nichž je vybraný uchazeč případně ochotný obviněnému poskytnout licenci k samostatné údržbě, podpoře a rozvoji IS GINIS přímo obviněným, popřípadě s právem obviněného udělit podlicenci třetímu subjektu. Jako přitěžující okolnost Úřad však zohlednil skutečnost, že plnění veřejné zakázky na základě Smlouvy o dílo bylo sjednáno téměř 19 let od uzavření Smlouvy z roku 1998, přičemž tak Úřad nemůže přehlédnout nevyužitý časový úsek, ve kterém se obviněný mohl pokusit stávající právní vztah týkající se IS GINIS mezi ním a vybraným uchazečem upravit, a to v krajní situaci případně i tak, že by přistoupil k uzavření smlouvy s jinou osobou.
184. 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 jako závažný.
185. Vzhledem ke všemu shora uvedenému Úřad konstatuje, že obviněnému uložil za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí pokutu ve výši 270 000,- Kč, která odpovídá závažnosti spáchaného přestupku a všem dále hodnoceným skutečnostem.
186. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, 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 pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z rozpočtu Statutárního města Brna na rok 2017 zveřejněného na jeho internetových stránkách (<https://www.brno.cz/sprava-mesta/dokumenty-mesta/rozpocet/rozpocet-mesta-brna/souhrnny-rozpocet-statutarniho-mesta-brna-na-rok-2017/>) vyplývá, že obviněný podle schváleného rozpočtu předpokládá v roce 2017 příjmy ve výši 11 505 893 000 Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze s ohledem

na výši finančních prostředků, jimiž obviněný v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

187. 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.
188. 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.
189. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační.
190. 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.
191. 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 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. 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

MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, Jakubská 121/1, 602 00 Brno

Vypraveno dne

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