UOHSX00AK2N7

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0320/2017/VZ-27861/2017/521/JRo Brno: 25. září 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, v řízení o přestupku zahájeném dne 10. 8. 2017 z moci úřední, jehož účastníkem je

- obviněný – Česká republika - Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1 – Nové Město,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona obviněným při zadávání veřejné zakázky „Technická podpora IS VEMA 2016“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k podání nabídky odeslané dne 15. 3. 2016, přičemž oznámení o zadání veřejné zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 8. 7. 2016 pod ev. č. zakázky 641918 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 133-240696,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – Česká republika - Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1 – Nové Město – se dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Technická podpora IS VEMA 2016“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k podání nabídky odeslané dne 15. 3. 2016, přičemž oznámení o zadání veřejné zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 8. 7. 2016 pod ev. č. zakázky 641918 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 133-240696, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku z důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23

odst. 4 písm. a) citovaného zákona, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče – Vema, a.s., IČO 26226511, se sídlem Okružní 871/3a, 638 00 Brno – byl zaviněně vytvořen předchozím postupem právního předchůdce obviněného, kterým byla Česká republika - Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha – Malá Strana – při uzavření kupní smlouvy č. 92/260 ze dne 17. 12. 1992 na programové vybavení EKOS/VEMA, který si potřeby budoucích návazných plnění souvisejících s předmětem původních smluv musel být vědom, a proto obviněný nemohl citovanou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na důvod ochrany výhradních práv vybraného uchazeče zadat, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 24. 6. 2016 s uvedeným vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – Česká republika - Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1 – Nové Město – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ukládá

pokuta ve výši 750 000 Kč (sedm set padesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – Česká republika - Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1 – Nové Město (dále jen „zadavatel“ nebo „obviněný“) – zahájil písemnou výzvou k jednání ze dne 15. 3. 2016 (dále jen „výzva“) dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), jednací řízení bez uveřejnění za účelem zadání veřejné zakázky „Technická podpora IS VEMA 2016“ (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Výzva byla odeslána dodavateli Vema, a.s., IČO 26226511, se sídlem Okružní 871/3a, 638 00 Brno (dále jen „vybraný uchazeč“). Z výzvy vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je: *„zajištění základní údržby a služby technické a konzultační podpory. Podrobná specifikace zadání VZ je uvedena v Příloze A Výzvy.“*

3. Předmět veřejné zakázky je dále specifikován ve Smlouvě o dílo na zajištění služeb servisní podpory a hot-line, číslo: 2016/046 (viz níže), z jejíhož článku 2. „PŘEDMĚT PLNĚNÍ“ vyplývá, že *„[p]ředmětem Smlouvy jsou tato dílčí plnění:*

2.1.1 Servisní podpora a hot-line - zahrnující údržbu veškerého aplikačního programového vybavení Vema a související dokumentace, aktualizace aplikačního programového vybavení Vema ve vazbě na legislativní změny související s obecně právními předpisy, a to nejpozději do data nabytí jejich účinnosti, poskytování servisních prací zahrnujících řešení problémů s provozem programového vybavení, školení uživatelů, odborná poradenská, konzultační a metodická pomoc.

Specifikace programového vybavení je obsažena v Příloze č. 1 této Smlouvy a specifikace servisní podpory a hot-line je obsažena v Příloze č. 2 této Smlouvy.

2.2 Zhotovitel se zavazuje zajistit, že veškeré vlastnosti Programového vybavení[] budou po celou dobu platnosti a účinnosti této Smlouvy odpovídat obecně platným právním předpisům ČR a platným standardům pro systémy veřejné správy."

4. Obviněný rozhodl o výběru nabídky vybraného uchazeče a přidělení veřejné zakázky tomuto uchazeči. Podrobnější informace k výběru je dále uvedena v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 1. 6. 2016, které bylo vybranému uchazeči doručeno téhož dne.

5. Dne 24. 6. 2016 obviněný uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky označenou jako „Smlouva o dílo – zajištění služeb servisní podpory a hot-line, číslo: 2016/046" (dále jen „Smlouva o dílo"). Oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 8. 7. 2016 pod ev. č. zakázky 641918 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 133-240696.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad") získal pochybnosti o tom, zda obviněný postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem, konkrétně zda 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.

7. Z výše uvedených důvodů Úřad zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S0320/2017/VZ ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

8. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel (obviněný).

9. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání přestupku oznámil Úřad obviněnému přípisem ze dne 10. 8. 2017 č. j. ÚOHS-S0320/2017/VZ-23095/2017/521/JRo, ve kterém seznámil obviněného se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí.

10. Správní řízení bylo zahájeno podle § 113 zákona ve spojení s § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích"), dne 10. 8. 2017, tj. dnem, kdy bylo oznámení o zahájení řízení o přestupku doručeno zadavateli.

11. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0320/2017/VZ-23153/2017/521/JRo ze dne 10. 8. 2017 obviněnému stanovil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.

12. Dne 14. 8. 2017 obdržel Úřad přípis obviněného z téhož dne, kterým obviněný Úřad požádal o prodloužení lhůty stanovené usnesením Úřadu č. j. ÚOHS-S0320/2017/VZ-23153/2017/521/JRo ze dne 10. 8. 2017.

13. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0320/2017/VZ-23547/2017/521/JRo/OPi ze dne 16. 8. 2017 obviněnému prodloužil lhůtu stanovenou usnesením č. j. ÚOHS-S0320/2017/VZ-23153/2017/521/JRo ze dne 10. 8. 2017.

14. Zadavatel doručil Úřadu dne 24. 8. 2017 přípis č. j. 87382/17/7500-40176-050509, označený jako „Vyjádření stanoviska v řízení o přestupku ohledně veřejné zakázky ‚Technická podpora IS VEMA 2016´“ z téhož dne, jehož obsahem bylo vyjádření zadavatele k oznámení o zahájení správního řízení (viz body 22. až 24 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

15. Úřad v této souvislosti uvádí, že zadavatel se ve fázi šetření před zahájením správního řízení vyjádřil v přípisech ze dne 13. 3. 2017 a 25. 7. 2017.

Vyjádření obviněného ze dne 13. 3. 2017

16. Obviněný v rámci specifikace informačního systému VEMA uvedl, že se jedná o personální informační systém, jenž slouží ke správě zaměstnaneckých údajů a byl používán již od roku 1992 Ministerstvem financí České republiky (dále jen „Ministerstvo financí“) s tím, že tento systém včetně souvisejících smluvních vztahů byl převzat obviněným k okamžiku vzniku obviněného ex lege k 1. 1. 2011 (blíže viz bod 23. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel zdůrazňuje, že předmětná veřejná zakázka navazuje na zakázku IT řešení zavedeného v době, kdy obviněný neexistoval, a tudíž nemohl předchozí Ministerstvem financí založený stav exkluzivity ovlivnit. Kromě toho obviněný uvádí, že postup v rámci jednacího řízení bez uveřejnění byl vždy napřed konzultován společně s nadřízeným orgánem a současně podléhal oznámení vůči vládě České republiky. Za účelem vzájemné koordinace při rozvoji služeb ICT[1] byla na základě usnesení vlády ze dne 24. 11. 2014 zřízena Rada vlády pro informační společnost (RVIS), která od 1. 1. 2015 připomínkuje připravovaná zadávací řízení, včetně jednacích řízení bez uveřejnění, kdy použití předmětného jednacího řízení bez uveřejnění nebylo RVIS zpochybněno.

17. Obviněný uvádí, že v roce 2014 zahájil otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky na dodání nového informačního personálního systému, ovšem toto zadávací řízení bylo posléze rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S0040,0163/2015/VZ-14147/2015/522/PKř ze dne 12. 6. 2015 ve správním řízení zahájeném na návrh společnosti Vema, a.s., zrušeno (v následném řízení o rozkladu bylo prvostupňové rozhodnutí Úřadu potvrzeno předsedou Úřadu). Dle vyjádření obviněného musel obviněný do doby skončení správního řízení zajistit funkčnost personálního informačního systému se stávajícím dodavatelem v rámci jednacího řízení bez uveřejnění, neboť v dané době nebyla jiná možnost náhrady požadovaného plnění.

18. Dále obviněný argumentuje tím, že předmětný informační systém je chráněn autorským právem, kdy majetková autorská práva svědčící dodavateli (společnosti Vema, a.s.) nebyla z jeho strany nikdy postoupena, tudíž s ohledem na toto výhradní právo k systému není možné zadat veřejnou zakázku jinak než v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť na trhu neexistuje jiný dodavatel, který by disponoval příslušnými právy. Obviněný uvádí, že zadáním předmětné veřejné zakázky v otevřeném řízení by došlo k porušení autorského zákona. Obviněný dodává, že v minulosti vedl jednání se společností Vema, a.s., za účelem postoupení majetkových autorských práv, což ovšem společnost Vema, a.s., odmítla (uvedené dokládá Zápis z jednání mezi zástupci obviněného a společností Vema, a.s., ze dne 13. 10. 2015).

Vyjádření obviněného ze dne 25. 7. 2017

[1] Pozn. Úřadu: ICT je zkratka oboru informačních a komunikačních technologií z anglického názvu Information and Communication Technologies.

19. Obviněný mj. uvádí, že podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění byly splněny a odkazuje na dokumentaci k veřejné zakázce a své předchozí vyjádření ze dne 13. 3. 2017. Obviněný uvádí, že předmětem veřejné zakázky jsou služby (zejm. servisní podpora, údržba a aktualizace), které lze poskytovat pouze subjektem, který je oprávněn zasahovat do zdrojového kódu informačního systému. Obviněný uvádí, že je pouhým uživatelem informačního systému, do kterého nemůže zasahovat, protože by tak zasáhnul do autorského díla. Informační systém VEMA je ve své standardní podobě běžně prodávaný software a nejedná se o software vytvořený pouze pro potřeby finanční (daňové) správy, z toho důvodu společnost Vema, a.s., oprávnění zasahovat do informačního systému svým objednatelům (zákazníkům) neuděluje.

20. Obviněný dále uvádí (v tomto rozsahu znovu opakuje své předchozí vyjádření), že původní kupní smlouvu č. 92/260 ze dne 17. 12. 1992 uzavíralo Ministerstvo financí, a tudíž obviněný nemohl mít na nastavení původní smlouvy a práv v ní obsažených vliv. Obviněný posléze v prvních letech své existence přistoupil k zajištění personálního informačního systému prostřednictvím pokračování v užívání již zavedeného systému.

21. Obviněný dodává, že získání vlastního systému včetně zdrojových kódů by bylo neúměrně nákladné, proto se obviněný rozhodl doposud zajišťovat informační systém pro personální agendu cestou customizace běžné dostupného komerčního softwaru. Obviněný uvádí, že takto nepostupoval účelově, aby obcházel zákon o veřejných zakázkách tím, že bude využívat jednací řízení bez uveřejnění. Konstatuje, že zadání předmětné veřejné zakázky společnosti Vema, a.s., je přirozeným a logickým vyústěním užívání informačního systému VEMA a že v jednání obviněného ani jeho právního předchůdce (Ministerstvo financí) nelze hledat úmysl k vytvoření stavu exkluzivity pro společnost Vema, a.s., ale vždy se jednalo o zajištění fungování informačního systému pro personální agendu. Toto vyjádření uzavírá obviněný tvrzením, že na postup obviněného při zadávání šetřené veřejné zakázky je nutno pohlížet z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, kdy udržování dosavadního stavu do okamžiku zavedení nově připravovaného řešení je z tohoto pohledu jediné možné řešení.

Vyjádření obviněného ze dne 24. 8. 2017

22. Obviněný v rámci svého stanoviska k řízení o přestupku uvádí, že si nedokáže vysvětlit, jak by mohlo být v jednání Ministerstva financí (jakožto právního předchůdce obviněného) shledáno zaviněné způsobení stavu exkluzivity, když v době uzavření původních smluv neexistovala v právním řádu právní úprava obsahující pravidla pro zadávání veřejných zakázek, kterou by Ministerstvo financí mohlo svým jednáním obcházet. Stejně tak se obviněný domnívá, že Úřad nemůže odkazovat na v dnešní době uplatňovanou judikaturu a aplikovat ji na dobu, kdy taková právní úprava neexistovala. Obviněný se tedy domnívá, že nebylo možné spravedlivě požadovat, aby Ministerstvo financí podrobně předvídalo, jakou optikou se bude v budoucnosti vyvíjet právní úprava i judikatura v této oblasti. V této souvislosti (tj. neuplatnění novější judikatury v odůvodněných případech) obviněný poukazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R30/2015/VZ-38136/2016/321/OHo ze dne 19. 9. 2016. Obviněný nesouhlasí s Úřadem v tom, že oblast vývoje softwaru na zakázku v 90. letech lze označit za dynamické odvětví ICT, a naopak se domnívá, že nebylo vůbec reálné v dané době předpokládat, jakou rychlostí a jakým směrem se tato oblast bude vyvíjet.

23. Obviněný dále znovu opakuje, že Úřadem tvrzený stav exkluzivity způsobilo Ministerstvo financí a nikoliv obviněný, neboť obviněný ze zákona vstoupil do smluvních vztahů týkajících se majetku státu užívaného Ministerstvem financí výlučně k výkonu působnosti správy daní, a tímto způsobem převzalo mj. i správu předmětného informačního systému VEMA , a to k 1. 1. 2011 na základě zákona č. 199/2010 Sb., jakožto novelou zákona č. 531/1990 Sb., o územních finančních orgánech, ve znění pozdějších předpisů. Stav exkluzivity je dle názoru obviněného objektivní stav, na základě kterého zadalo šetřenou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť ke splnění veřejné zakázky objektivně neexistoval jiný dodavatel, přičemž obviněný tento stav nezpůsobil. Jediným dodavatelem všech služeb souvisejících s provozem IS VEMA je společnost Vema, a.s., a pokud by obviněný nemohl využít jednací řízení bez uveřejnění, pak by se současným dodavatelem nemohl uzavřít potřebné smlouvy a IS VEMA by se pro obviněného stal nepoužitelným. IS VEMA slouží ke správě zaměstnaneckých údajů, systemizaci služebních a pracovních míst a k podpoře souvisejících činností, zejména slouží k řízení platové agendy. Obviněný dodává, že bez uzavření příslušné smlouvy na technickou podporu systému by nebyla zajištěna řádná správa informačního systému zaručující jeho provoz a včasné odstraňování chybových hlášení vzešlých z každodenního provozu systému. V takovém případě by obviněný musel přestat využívat IS VEMA a dostal by se tak do vážných provozních problémů při zpracování výplat pro více jak 15 tisíc zaměstnanců finanční správy.

24. Stanovisko k řízení o přestupku zakončuje obviněný tvrzením, že užívání IS VEMA ze strany obviněného je pouze přechodný stav, neboť jak bylo uvedeno dříve, realizace této zakázky proběhla pouze z důvodu zrušení zadávacího řízení ze strany Úřadu, kdy obviněný jako zadavatel vyhlásil v otevřeném řízení veřejnou zakázku na nový personální informační systém, ale na základě rozhodnutí Úřadu nedošlo k uzavření smlouvy s vítězným uchazečem, a proto neměl obviněný jinou možnost, jak v tomto případě postupovat jinak než právě cestou vyhlášení přezkoumávaného jednacího řízení bez uveřejnění.

Další průběh správního řízení

25. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0320/2017/VZ-26544/2017/521/JRo ze dne 13. 9. 2017 stanovil obviněnému lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

26. Obviněný se v průběhu správního řízení již dále nevyjádřil.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

27. 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. tak, že se obviněný dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za což mu byla uložena pokuta uvedená ve výroku II.; veškeré podklady, z nichž při posouzení případu Úřad vycházel, jsou přitom obsaženy ve správním spise vedeném v této věci pod sp. zn. S0320/2017/VZ.

K postavení obviněného jako zadavatele

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

29. Z ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) zákona plyne, že veřejným zadavatelem je mimo jiné Česká republika, resp. podle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 219/2000 Sb.“), i její organizační složky.

30. Generální finanční ředitelství je organizační složkou státu, jejíž působnost je vymezena v zákoně č. 456/2011 Sb., o finanční správě České republiky, ve znění pozdějších předpisů, přičemž podle ust. § 3 odst. 2 zákona č. 219/2000 Sb. organizační složka není právnickou osobou a její jednání je při výkonu její působnosti nebo výkonu předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů jednáním státu.

31. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že Generální finanční ředitelství je veřejným zadavatelem ve smyslu ust. § 2 odst. 2 písm. a) zákona, pročež se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách, a to ustanovení platná pro veřejné zadavatele.

32. Pro úplnost Úřad uvádí, že na právním postavení obviněného nic nezměnilo ani přijetí zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), účinného od 1. 10. 2016, neboť dle § 4 odst. 1 písm. a) ZZVZ je veřejným zadavatelem Česká republika (blíže viz předchozí obsah odůvodnění tohoto rozhodnutí).

Relevantní ustanovení právních předpisů

33. Zákon v § 21 odst. 1 upravuje tyto druhy zadávacích řízení:

    a) otevřené řízení (§ 27),

    b) užší řízení (§ 28),

    c) jednací řízení s uveřejněním (§ 29),

    d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34),

    e) soutěžní dialog (§ 35),

    f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38).

34. Podle § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.

35. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

36. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

37. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) zákona.

38. Podle § 112 odst. 1 zákona o přestupcích na přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona hledí jako na přestupky podle tohoto zákona.

39. Podle § 2 odst. 2 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), v rozhodném znění (dále jen „autorský zákon“), se za dílo podle tohoto zákona považuje též počítačový program, je-li původní v tom smyslu, že je autorovým vlastním duševním výtvorem. Databáze, která je způsobem výběru nebo uspořádáním obsahu autorovým vlastním duševním výtvorem 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.

40. 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.

41. 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).

42. 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.

43. Podle § 66 odst. 1 autorského zákona do práva autorského nezasahuje oprávněný uživatel rozmnoženiny počítačového programu, jestliže

a) rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu, činí-li tak při zavedení a provozu počítačového programu nebo opravuje-li chyby počítačového programu,

b) jinak rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu v souladu s jeho určením, není-li dohodnuto jinak,

c) zhotoví si záložní rozmnoženinu počítačového programu, je-li nezbytná pro jeho užívání,

d) zkoumá, studuje nebo zkouší sám nebo jím pověřená osoba funkčnost počítačového programu za účelem zjištění myšlenek a principů, na nichž je založen kterýkoli prvek počítačového programu, činí-li tak při takovém zavedení, uložení počítačového programu do paměti počítače nebo při jeho zobrazení, provozu či přenosu, k němuž je oprávněn,

e) rozmnožuje kód nebo překládá jeho formu při rozmnožování počítačového programu nebo při jeho překladu či jiném zpracování, úpravě či jiné změně, je-li k ní oprávněn, a to samostatně nebo prostřednictvím jím pověřené osoby, jsou-li takové rozmnožování nebo překlad nezbytné k získání informací potřebných k dosažení vzájemného funkčního propojení nezávisle vytvořeného počítačového programu s jinými počítačovými programy, jestliže informace potřebné k dosažení vzájemného funkčního propojení nejsou pro takové osoby dříve jinak snadno a rychle dostupné a tato činnost se omezuje na ty části počítačového programu, které jsou potřebné k dosažení vzájemného funkčního propojení.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o veřejné zakázce a z dalších podkladů

44. Úřad zjistil, že právní předchůdce obviněného – Česká republika - Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha – Malá Strana (dále také jako „právní předchůdce“) – uzavřel se společností VEMA počítače a projektování spol. s r.o., (nyní se tato společnost nachází v likvidaci, což je informace dostupná z https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik-firma.vysledky?subjektId=716719&typ=PLATNY), jejímž jediným společníkem aktuálně, dle výše uvedeného výpisu z obchodního rejstříku, je vybraný uchazeč společnost Vema, a.s., kupní smlouvu č. 92/260 ze dne 17. 12. 1992 (dále také jen „původní kupní smlouva“).

45. Z článku II. „PŘEDMĚT“ odst. 2.1 původní kupní smlouvy plyne, že *„[d]odavatel touto smlouvou prodává uživateli aktuální verzi programového vybavení EKOS/VEMA (dále jen projekt) ve sktruktuře uvedené v příloze smlouvy za dále uvedených podmínek. Součástí prodeje je souhlas dodavatele k užívání projektu uživatelem ve vlastní organizaci a v organizacích uvedených v příloze této smlouvy způsobem popsaným v uživatelské dokumentaci*“. Z článku II. odst. 2.2 původní kupní smlouvy plyne, že *„[k] projektu bude dodavatel minimálně po dobu pěti let provádět údržbu. Údržba bude prováděna v návaznosti na změny a nabytí účinnosti celostátně platných předpisů, případně v termínech dohodnutých s uživatelem*“. Dle přílohy č. 1 této původní kupní smlouvy byl projekt určen těmto organizacím: Finanční ředitelství Praha hl. m., Finanční ředitelství Praha, Finanční ředitelství České Budějovice, Finanční ředitelství Plzeň, Finanční ředitelství Ústí nad Labem, Finanční ředitelství Brno a Finanční ředitelství Ostrava.

46. V čl. III. „PODMÍNKY SPOLUPRÁCE“ odst. 3.2.4 původní kupní smlouvy je vymezen závazek uživatele neposkytnout projekt jinému subjektu, nevyužívat ho k obchodním účelům a ani jinak nepoškodit zájmy dodavatele.

47. V článku VI. „ZVLÁŠTNÍ UJEDNÁNÍ“ odst. 6.3 původní kupní smlouvy bylo sjednáno, že *„[v] případě zániku dodavatele bez právního nástupce nebo jeho jednostranného odstoupení od smlouvy se dodavatel zavazuje, že předá uživateli zdrojové tvary poslední verze projektu. Takto předané zdrojové tvary projektu může uživatel použít pouze pro údržbu a inovaci projektu v rozsahu použití vymezeného touto smlouvou. Zdrojové tvary projektu ani jejich část nelze využít v jiných projektech ani k obchodním účelům.“*

48. Dne 24. 6. 2016 obviněný na základě provedeného jednacího řízení bez uveřejnění uzavřel s vybraným uchazečem Smlouvu o dílo. Předmětem této smlouvy jsou dle čl. 2 „PŘEDMĚT PLNĚNÍ“ tato dílčí plnění:

„2.1.1 Servisní podpora a hot-line - zahrnující údržbu veškerého aplikačního programového vybavení Vema a související dokumentace, aktualizace aplikačního programového vybavení Vema ve vazbě na legislativní změny související s obecně právními předpisy, a to nejpozději do data nabytí jejich účinnosti, poskytování servisních prací zahrnujících řešení problémů s provozem programového vybavení, školení uživatelů, odborná poradenská, konzultační a metodická pomoc.

Specifikace programového vybavení je obsažena v Příloze č. 1 této Smlouvy a specifikace servisní podpory a hot-line je obsažena v Příloze č. 2 této Smlouvy.

2.2 Zhotovitel se zavazuje zajistit, že veškeré vlastnosti Programového vybavení[] budou po celou dobu platnosti a účinnosti této Smlouvy odpovídat obecně platným právním předpisům ČR a platným standardům pro systémy veřejné správy.“

49. Specifikace plnění veřejné zakázky je vymezena rovněž v příloze A výzvy, kde je uvedeno následující: 1 Servisní podpora a hot-line – zahrnující údržbu veškerého aplikačního programového vybavení VEMA a související dokumentace, aktualizace aplikačního programového vybavení VEMA ve vazbě na legislativní změny související s obecně právními předpisy, a to nejpozději do data nabytí jejich účinnosti, poskytování servisních prací zahrnujících řešení problémů s provozem programového vybavení, školení uživatelů, odborná poradenská, konzultační a metodická pomoc; 2 Dodávka prací a služeb dle požadavků Objednatele a na základě analýzy prováděné společně s příslušnými zástupci Objednatele – zejména se jedná o analýzu požadovaných prací a služeb, transformace dat, změny číselníků, programové změny aplikačního vybavení.

50. Celková hodnota plnění dle článku 5. „CENA“ odst. 5.1.1 Smlouvy o dílo činí 21 417 000 Kč včetně DPH.

51. Smlouva o dílo byla dle článku 3. „MÍSTO A DOBA PLNĚNÍ“ odst. 3.3 uzavřena na dobu určitou, a to do 31. 12. 2016.

52. Zadavatel použití jednacího řízení bez uveřejnění, na jehož základě byla uzavřena Smlouva o dílo s vybraným uchazečem, odůvodňuje v listině označené jako „VOTUM“ (č. j. 21512/16/7200-30155/807118), která je součástí dokumentace o zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku zaslané Úřadu. Zadavatel v tomto dokumentu ke zdůvodnění výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění uvádí, že se jedná *„o veřejnou zakázku,*

která může být plněna z technických důvodů a z důvodu ochrany práv z průmyslového a jiného duševního vlastnictví pouze původním dodavatelem (Vema, a.s.) a současně jde o dodávku poskytovanou dodavatelem, s nímž byla již uzavřena smlouva, případná změna dodavatele by vedla k dodání zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původním zbožím nebo nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě. Dále je dodavatel výhradním poskytovatelem licenčního oprávnění k plnění, které již bylo zadavatelem pořízeno a požadujeme jeho rozšíření a současně je uplatněn požadavek zadavatele na zajištění kompatibility s majetkem, jimž zadavatel již disponuje (který byl již dříve pořízen).“

53. Z formuláře Oznámení o zadání zakázky, který byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 8. 7. 2016 pod ev. č. zakázky 641918, vyplývá, že zadavatel pro zadání veřejné zakázky zvolil jednací řízení bez uveřejnění. V příloze D1 předmětného formuláře zadavatel jako důvody k použití jednacího řízení bez uveřejnění označil technické důvody a důvody spojené s ochranou výhradních práv.

Právní posouzení Úřadem

54. Vzhledem ke skutečnosti, že dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti 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 zákona o přestupcích hledět jako na přestupky (pro úplnost Úřad uvádí, že v tomto ohledu došlo taktéž ke změně odborného názvosloví, kdy pojem „správní delikt“ byl nahrazen pojmem „přestupek“). Obdobně pak lze konstatovat, že zákon o přestupcích zavádí pojem „obviněný“, kdy podle § 69 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).

55. V šetřeném případě obviněný zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Jednací řízení bez uveřejnění podle tohoto ustanovení zákona je přitom obviněný 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.

56. 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.

57. 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. soutěží 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 28. 11. 2012 nebo z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 95/2013, ze dne 13. 1. 2015.

58. Jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona tedy lze v případě zákonem vyjmenovaných důvodů 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 jednacího řízení bez uveřejnění, např. tedy umožní plnění zadat v otevřenějších druzích zadávacích řízení. V opačném případě by totiž zadavatel byl s budoucím užitím jednacího řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky (a takové jednací řízení bez uveřejnění by pak bylo logicky nezákonné), což by vedlo v konečném důsledku k situaci, že nevybírá dodavatele dalších veřejných zakázek v široké hospodářské soutěži, nýbrž jen „řetězí“ jednací řízení bez uveřejnění s odůvodněním, že neexistuje na trhu jiný subjekt, který by byl schopen předmět plnění dodat, ale přitom takovou situaci vyvolal právě zadavatel.

59. 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 nehospodárné (přičemž až následně vyplyne, že uzavření smlouvy zakládající exkluzivitu bylo, vzhledem ke vzniku potřeby zadat následné plnění, řešením „nešikovným“); zásadní rozdíl je v tom, že vzniklý stav není zadavatelem zaviněný.

60. K právě uvedenému Úřad odkazuje především na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013 sp. zn. 5 Afs 42/2012, ve kterém soud jednoznačně uvedl, že *„[j]ednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity' vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné*

nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit". Pokud pak Nejvyšší správní soud v témže rozsudku uvedl, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážit, „*zda postup zadavatele je skutečně zaviněný či pouze nešikovný*“, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky, odkazuje Úřad na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015 sp. zn. 62 Af 112/2013, podle kterého „*citované argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného ‚zavinění' půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadání navazujících zakázek.“*

61. Shora uvedené restrikce vyplývají rovněž i z odstavce 50 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, s účinností ke dni 18. 4. 2016, ve kterém se uvádí, že „*[…] s ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení*“.

62. K uvedenému Úřad pro úplnost dodává, že i z výše citované směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 tedy vyplývá, že jednací řízení bez uveřejnění by mělo být pouze výjimečným způsobem zadávání veřejných zakázek, a to tehdy, kdy zadavatel skutečně není z objektivních důvodů schopen zajistit požadované plnění jinak, než prostřednictvím vybraného uchazeče, přičemž v žádném případě by nemělo docházet k nadužívání tohoto druhu zadávacího řízení. Přestože citovaná směrnice byla do českého právního řádu transponována až ke dni 1. 10. 2016, lze podpůrně odkázat rovněž na její znění, neboť podmínky stanovené pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění v citované směrnici se oproti podmínkám v době, kdy obviněný zahájil zadávání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle zákona, nezměnily.

63. Je tak zřejmé, že použít jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa nebo náhrada, a dále, jestliže neexistence soutěže není výsledkem jednání (či opomenutí) zadavatele, tedy pokud platí, že se zadavatel sám nepodílel na vytváření omezení, od nichž následně odvozuje možnost využití jednacího řízení bez uveřejnění. Dále je zřejmé, že o použití příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost.

64. Z pohledu posouzení postupu obviněného v případě šetřené veřejné zakázky je tedy s ohledem na výše uvedené nutné posoudit jednak naplnění „formální“ stránky jednacího řízení bez uveřejnění, tj. zda byly dány objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení (autorskoprávní či technické); je však nutné posoudit rovněž „materiální“

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

65. Z dokumentů, které jsou součástí dokumentace o veřejné zakázce, a to konkrétně z dokumentu „VOTUM“ (č. j. 21512/16/7200-30155/807118), který obsahuje zdůvodnění výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, jakož i z formuláře o zadání veřejné zakázky uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek vyplývá, že jednací řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona obviněný pro zadání veřejné zakázky zvolil z důvodu ochrany výhradních práv a důvodů technických. Úřad na tomto místě předesílá, že vzhledem k tomu, že argumentace obviněného jak ve fázi šetření jeho postupu před zahájením správního řízení, tak i v průběhu samotného správního řízení směřovala toliko k odůvodnění jeho postupu v jednacím řízení bez uveřejnění kvůli existenci výhradních práv vybraného uchazeče a technické důvody, které byly pouze v podobě obecné formulace zmíněny v rámci zdůvodnění výzvy (v dokumentu „VOTUM“), již blíže nikterak neupřesnil ani nerozvedl, jinými slovy řečeno svůj postup z tohoto hlediska před Úřadem žádným způsobem „neobhajoval“, nepovažuje Úřad technické důvody za skutečné důvody, pro které obviněný zadal předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a blíže se jimi tudíž nezabýval. Pokud totiž ani sám zadavatel na výzvu Úřadu (již ve fázi před zahájením správního řízení) k prokázání, že podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění byly splněny, žádné technické důvody nespecifikoval, nepřísluší Úřadu tyto důvody za obviněného domýšlet či jakkoli jinak spekulovat o jejich relevanci.

66. Ze smlouvy na veřejnou zakázku vyplývá, že předmětem plnění je poskytování servisní podpory a hot-line, tedy zejména údržba veškerého aplikačního programového vybavení VEMA, přičemž toho plnění navazuje na plnění původní kupní smlouvy z roku 1992, na jejímž základě bylo předmětné programové vybavení pořízeno.

67. 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 obviněném, aby v rámci případného přezkumu jeho postupu ze strany Úřadu prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. Pouze tak může obviněný naplnit požadavek na přezkoumatelnost jeho postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti zakotvené v ust. § 6 odst. 1 zákona (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 5. 2007, sp. zn. 31 Ca 166/2005 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, sp. zn. 5 Afs 131/2007).

68. 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 obviněný naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění prokázal.

69. Z výše uvedeného vyplývá, že důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na obviněném, jehož povinností je, aby doložil veškeré důvody, které svědčí pro naplnění podmínek § 23 zákona, v šetřeném případě podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a objektivně tedy prokázal zákonnost svého postupu. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě přestupků leží na správním orgánu, který musí zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na obviněném. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě obviněný, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem a že z hlediska tvrzeného důvodu opravdu neexistoval v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky. Úřad uvádí, že povinnost zjištění skutkového stavu věci Úřadem se s ohledem na přenos důkazního břemene v souvislosti s doložením naplnění podmínek opravňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda 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 jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona suplovat. Úřad má tedy v šetřeném případě povinnost posoudit,

zda obviněný důkazní břemeno unesl, tedy zda prokázal naplnění důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění.

70. S ohledem na argumentaci obviněného týkající se oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro zadání veřejné zakázky se Úřad nejprve zabýval posouzením naplnění formální stránky jednacího řízení bez uveřejnění, tj. posouzení, zda tvrzený důvod (ochrana výhradních práv) pro použití tohoto druhu zadávacího řízení stojí na objektivních základech.

71. V šetřeném případě obviněný k oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění ve svých vyjádřeních ze dne 13. 3. 2017 a 25. 7. 2017 ve fázi šetření před zahájením správního řízení uvedl, že vybraný uchazeč je výhradním vlastníkem autorských práv k informačnímu systému VEMA a žádnému jinému subjektu majetková práva neposkytnul. Z uvedeného důvodu tento typ činnosti nemohl dle obviněného vykonávat jiný subjekt a zakázka byla proto zadávána formou jednacího řízení bez uveřejnění.

72. Z vyjádření obviněného dále vyplývá, že u systému VEMA došlo po jeho pořízení na základě původní kupní smlouvy následným vývojem ke customizaci na základě řady smluv o dílo (jež však Úřadu nebyly předloženy a uvedené tak zůstává pouze v rovině tvrzení), kterými ale nebyl přenesen výkon majetkových práv k informačnímu systému na objednatele (tj. obviněného) a jejich vykonavatelem tak nadále zůstal zhotovitel. Obviněný uvádí, že programové vybavení potřebuje k zajištění své funkčnosti servisní podporu a dodávku aktuálních verzí, které obviněný nemůže sám vykonávat, protože by tím zasáhl do autorského díla, kterým počítačový program je ve smyslu § 2 odst. 2 autorského zákona.

73. V souhrnu výše uvedených skutečností Úřad rekapituluje, že systém VEMA byl pro právního předchůdce obviněného pořízen na základě původní kupní smlouvy, přičemž lze předpokládat (a Úřad tuto otázku blíže nezkoumal – k tomu viz níže), že jakožto software je chráněn coby dílo ve smyslu příslušných autorskoprávních předpisů. Z původní kupní smlouvy, jakož i z následně uzavřené smlouvy o dílo mezi obviněným a vybraným uchazečem vyplývá, že obviněný je oprávněn systém užívat, přičemž k předání zdrojových kódů má dojít pouze v případě zániku dodavatele systému bez právního nástupce. Z původní kupní smlouvy ani z následně uzavřené smlouvy o dílo nevyplývá, že by byl obviněný do předmětného systému oprávněn na základě těchto smluv, resp. ujednání v nich obsažených zasahovat. Předmětem šetřené veřejné zakázky je pak mj. poskytování servisní podpory informačnímu systému. Z pouhého předložení smluv lze však toliko dovodit, že předmětný informační systém vznikl jakožto autorské dílo ve smyslu § 2 odst. 2 autorského zákona.

74. Do forem užívání autorského díla lze zařadit jak činnosti výslovně upravené v § 12 odst. 4 autorského zákona, tak i činnosti jiné, neboť výčet uvedený v § 12 odst. 4 autorského zákona je s odkazem na § 12 odst. 5 autorského zákona pouze demonstrativní.

75. Autorský zákon dále blíže specifikuje právo užít dílo, jedná-li se o počítačový program, a to v § 66 odst. 1 autorského zákona. Obsahem předmětného ustanovení autorského zákona je vymezení tzv. zákonné licence, s níž je spojováno 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.

76. 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 rozmnožení 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.*“ (ŠTĚDROŇ, B. Ochrana a licencování počítačového programu. Praha: Wolkers Kluwer, 2010, s. 48).

77. Současně jsou další zákonná užití oprávněného uživatele obsažena v § 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) zákona podstatně širší, resp. volnější, neboť s výkonem těchto užívacích práv není spojena podmínka nezbytnosti k využití počítačového programu.

78. 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.

79. V šetřeném případě tedy lze mít za to, že informační systém VEMA je autorským dílem ve smyslu § 2 odst. 2 autorského zákona. Obviněný však v kontextu šetřené veřejné zakázky nijak neprokázal (a ani neprokazoval), že by to byl výhradně vybraný uchazeč, kdo je jediným subjektem, který může do informačního systému zasahovat. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Af 35/2015 ze dne 28. 6. 2017, v němž soud

uvádí, že: *„[p]ožadované zhodnocení* [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".* Úřad však na tomto místě zdůrazňuje, že nastíněnou otázku blíže nezkoumal, neboť i kdyby se snad zadavateli podařilo prokázat to, že neexistuje subjekt odlišný od vybraného uchazeče, jenž by byl oprávněn k zásahu do informačního systému (a tento zásah by přitom byl nezbytný pro plnění předmětu veřejné zakázky), nic to nemění na skutečnosti, že stav exkluzivity výhradních práv vybraného uchazeče byl způsoben zaviněným právním jednáním předchůdce obviněného, pročež nemůže být tento stav oprávněným důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Tím by byl vlastně jen potvrzen stav, že pokud zadavatel vytvoří podmínky v původní veřejné zakázce pro jediného dodavatele, zadavatel může 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. Právní předchůdce obviněného však měl a mohl vědět o skutečnosti, že bude nezbytné do (vybraným uchazečem vytvořeného) informačního systému zasahovat (nejedná se o jednorázový či jednoúčelový informační systém) a v té souvislosti mu tedy mělo být zřejmé, že nevyhradí-li si možnost takového zásahu, bude to právě a jen vybraný uchazeč, kdo bude moci další návazná plnění související s předmětným informačním systémem realizovat (k tomu viz dále).

80. Jak již Úřad uvedl, z judikatury citované v odůvodnění tohoto rozhodnutí jednoznačně vyplývá, že při posuzování naplnění podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona je nezbytné vždy zkoumat nejen to, zda objektivně existují výhradní práva svědčící konkrétnímu dodavateli, s ohledem na něž není možno veřejnou zakázku zadat jinému subjektu (neboť předmět jejího plnění je se zásahem do takových práv imanentně spojen), ale je nutno zkoumat i naplnění materiální podmínky pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění, tj. zda obviněný stav výlučnosti tohoto dodavatele pro plnění veřejné zakázky sám zaviněně nevytvořil. Aniž by tedy bylo nutno se blíže zabývat obsahem v původní smlouvě sjednaného práva obviněného týkajícího se systému VEMA, Úřad konstatuje, že jako oprávněný důvod pro použití jednacího řízení bez uveřejnění by ochrana výhradních práv obstála pouze v případě, že by exkluzivitu jediného dodavatele obviněný sám – zaviněně – nezpůsobil. Z toho důvodu se Úřad dále zabýval naplněním materiální podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, tj. posouzením, zda obviněný jím tvrzený stav, kdy veřejnou zakázku podle něj může splnit pouze vybraný uchazeč, sám zaviněně nevytvořil.

81. V této souvislosti Úřad odkazuje na již výše uvedený rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, který přinesl odpověď na otázku, zda skutečnost, že zadavatel stav exkluzivity způsobil sám, je či není při posouzení naplnění podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona relevantní. Z citovaného rozsudku považuje Úřad za nezbytné opětovně i na tomto místě přímo citovat, že *„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 situaci dostupnými právními*

prostředky změnit.“. Závěry tohoto rozsudku taktéž korespondují se závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 28. 11. 2012, v němž se Nejvyšší správní soud zabýval situací, kdy byl postup zadavatele veřejné zakázky zatížen vadou již při tvorbě nedokonalé a nepodložené projektové dokumentace a dospěl k závěru, že *„…předvídatelnou nedokonalost projektové dokumentace a nemožnost na jejím základě dokončit původní předmět díla nelze následně zhojit zadáním prací pomocí 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.

82. Úřad dále uvádí, že pokud Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013 zdůraznil, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážit, *„zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný“*, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky, pak dle rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015 *„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*.“

83. V návaznosti na shora uvedenou judikaturu je tak zřejmé, že použít jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze v případě důvodu ochrany výhradních práv pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele, kdy tato neexistence však stojí na objektivních základech a není důsledkem vlastní (zaviněné) činnosti obviněného (spočívající např. v předchozím uzavření smluv či nezajištění nezbytných práv). Úřad tedy uvádí, že zadavatel musí před zadáním „prvotní“ veřejné zakázky 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 plnění bez využití jednacího řízení bez uveřejnění, např. tedy umožní plnění zadat v otevřenějších typech zadávacích řízení. V opačném případě by totiž zadavatel byl s budoucím užitím jednacího řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky. Aby tedy bylo možné konstatovat, že obviněný, který svým jednáním při uzavírání prvotní smlouvy o dílo vytvořil exkluzivní postavení dodavatele původní veřejné zakázky, postupoval pouze „nešikovně“, muselo by v daném případě dojít k tomu, „aby zadavatel prokazatelně neměl vědomí o tom, že v budoucnu vznikne potřeba zadat další veřejné zakázky“ (rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015.)

84. K otázce posouzení potřeby navazujících plnění Úřad uvádí, že předmětem plnění dle původní kupní smlouvy č. 92/260 ze dne 17. 12. 1992 bylo dodání programového vybavení EKOS/VEMA (projekt), (viz body 44. a 45. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Součástí této původní kupní smlouvy bylo mj. následující ujednání v článku II. „PŘEDMĚT“, odst. 2.2, v němž se prodávající (dodavatel) zavazuje, že *„k projektu bude dodavatel minimálně po dobu pěti let provádět údržbu. Údržba bude prováděna v návaznosti na změny a nabytí účinnosti celostátně platných předpisů, případně v termínech dohodnutých s uživatelem.“*

Dále v článku III. „PODMÍNKY SPOLUPRÁCE“, odst. 3.1.3 se zavazuje: *„provádět údržbu projektu a předávat uživateli nové verze projektu na disketách dodavatele“*.

85. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle článku II. Smlouvy o dílo a podle vyjádření obviněného ze dne 25. 7. 2017 poskytování servisní podpory a hot-line, tj. zejména servisní podpora ve smyslu pozáruční údržby, v rámci které zhotovitel řeší požadavky související s provozem stanoveného programového vybavení (viz příloha č. 1 Smlouvy o dílo), což spočívá v odstraňování chyb informačního systému a zabezpečení funkčnosti celého komplexu jednotlivých modulů. Tato služba slouží k odstranění chyb či poruch v informačním systému, které nejsou předmětem záručního servisu. Dle čl. II Smlouvy o dílo je předmětem plnění rovněž školení uživatelů, odborná poradenská, konzultační a metodická pomoc.

86. Úřad s ohledem na výše uvedenou judikaturu provedl porovnání předmětu plnění veřejné zakázky dle Smlouvy o dílo s původní kupní smlouvou a uvádí, že Smlouva o dílo se bezprostředně týká informačního systému pořízeného v původní kupní smlouvě, přičemž provázanost s původní kupní smlouvou je zřejmá (jak bude vysvětleno níže). Z předmětu původní kupní smlouvy (viz bod 44. a 45. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a dalšího textu této smlouvy je zřejmé, že právní předchůdce obviněného mohl další služby související s údržbou, provozem a užíváním systém VEMA rozumně očekávat. K takovým činnostem lze dle Úřadu řadit servisní podporu a službu hot – line, údržbu aplikačního programového vybavení, aktualizace aplikačního programového vybavení ve vazbě na legislativní změny, poskytování servisních prací zahrnujících řešení problémů s provozem programového vybavení, atd. Úřad má za to, že se jedná o takový druh činností, které obecně s provozem informačních systémů bezprostředně souvisí a u kterých tedy musel právní předchůdce obviněného v době uzavírání původní kupní smlouvy již z povahy věci rozumně očekávat, že potřeba jejich provedení vznikne, neboť bez alespoň základní metodické a technické podpory nelze obdobné systémy používat (údržba veškerého aplikačního programového vybavení, aktualizace aplikačního programového vybavení ve vazbě na legislativní změny, poskytování servisních prací zahrnujících řešení problémů s provozem programového vybavení, odborná poradenská, konzultační a metodická pomoc, atd.). Nelze tudíž shledat, že činnosti, které jsou předmětem šetřené veřejné zakázky, jsou činnosti neočekávané a vznikly v důsledku nepředvídatelných okolností. Pro úplnost pak Úřad dodává, že z popisu a z účelu informačního systému nevyplývá, že právní předchůdce obviněného pořizoval informační systém „na jedno použití“, resp. informační systém, který by měl být používán jen po limitovanou dobu; naopak je zřejmé, že se jedná o informační systém (personální informační systém sloužící ke správě zaměstnaneckých údajů) s předpokládanou dlouhodobou životností, navíc spravující oblast objektivně podléhající legislativním změnám (ilustrativním příkladem může být problematika platů a s jejich vyplácením spojených odvodů). O to více pak musela být potřeba následné metodické a technické podpory poskytované v průběhu jeho používání zjevná. Dle Úřadu tak právní předchůdce obviněného již v době uzavření původní kupní smlouvy potřebu navazujících plnění mohl rozumně předpokládat a musel být s poptáváním následných plnění od vybraného uchazeče srozuměn, přičemž pokud v původní smlouvě za tímto účelem nezakotvil vhodná smluvní ujednání, zaviněně tak založil stav exkluzivity ve prospěch jediného dodavatele.

87. Úřad v návaznosti na výše uvedené konstatuje, že obviněný ve správním řízení neprokázal opak, tj. že právní předchůdce budoucí návazné plnění původní kupní smlouvy (odpovídající

Smlouvě o dílo) předpokládat nemohl, ani neprokázal, že by právní předchůdce postupoval pouze „nešikovně," tj. nezaviněně. Úřad v této souvislosti uvádí, že je si vědom skutečnosti, že informační systém byl vytvořen na základě postupu právního předchůdce obviněného a stav exkluzivity tedy z povahy věci nemohl vytvořit sám obviněný, který tuto skutečnost sám ovlivnit nemohl, když vstoupil do pozice jiného subjektu (právního předchůdce) a převzal jeho práva a povinnosti (viz body 16. a 23. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Obviněný však bez ohledu na skutečnost, že založení autorskoprávní exkluzivity vybraného uchazeče sám ovlivnit nemohl, má jako zadavatel povinnost při vzniku potřeby dodatečných úprav, aktualizací nebo údržby tohoto systému (který od Ministerstva financí převzal do své kompetence), vždy zvažovat, zda jsou podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění naplněny. Nelze si totiž představit situaci, kdy by pouze formální změna v organizační struktuře mohla mít za následek zbavení se odpovědnosti za předchozí postup právního předchůdce. Přitom je třeba nahlížet jak na formální, tak na materiální stránku těchto podmínek. Jinými slovy řečeno: obviněnému není vytýkán chybný postup jeho právního předchůdce při uzavírání původních smluv, ale chybný postup při vyhodnocení toho, zda jsou splněny podmínky pro uzavření Smlouvy o dílo v jednacím řízení bez uveřejnění. Nebyly-li naplněny zákonné důvody, pak měl obviněný postupovat jinak, přičemž ani toliko tvrzená hospodárnost postupu nemůže nezákonnost postupu zhojit, když to by vedlo k tomu, že se předmětem soutěže na roky či desítky let nestanou veřejné zakázky, které by jinak (bez původních podmínek zadavatele, které vytvořily exkluzivitu rozhodného dodavatele), bylo lze v širokém soutěžním prostředí soutěžit.

88. V rámci posouzení materiální stránky použití jednacího řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky tak Úřad s odkazem na výše zmíněnou konstantní judikaturu na základě výše uvedeného konstatuje, že judikovanou podmínku spočívající v tom, aby se jednalo o plnění, jehož potřebu zadavatel nemohl při zadávání „prvotní" veřejné zakázky předvídat, šetřená veřejná zakázka nesplňuje, jelikož právní předchůdce obviněného mohl budoucí návazná plnění související s původní kupní smlouvou a nyní obsažená ve Smlouvě o dílo uzavřené obviněným na základě jednacího řízení bez uveřejnění, předpokládat, jinými slovy řečeno o potřebě tohoto plnění právní předchůdce obviněného měl a mohl vědět již v době uzavření původní kupní smlouvy. Úřad v této souvislosti uvádí, že je zcela postačující, že tuto známost měl mít již právní předchůdce obviněného, neboť obviněný vstupuje plně do práv a povinností souvisejících se systémem VEMA, který mu byl předán do jeho kompetence, tedy vstupuje i do závazků plynoucích z předchozího postupu Ministerstva financí a důsledků těchto závazků. Obviněný jako právní nástupce Ministerstva financí následně v pozici zadavatele při zadávání veřejné zakázky související s uvedeným informačním systémem musí všechny okolnosti včetně důsledků předchozího postupu Ministerstva financí zvažovat, zejména však, zda jeho postup je v souladu se zákonem. Tuto skutečnost (potřebu budoucího plnění, kterou právní předchůdce obviněného měl a mohl rozumně předpokládat) měl obviněný při zadávání veřejné zakázky vzít v úvahu a v situaci zaviněného založení exkluzivity jeho právním předchůdcem nemohl veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění. V této souvislosti Úřad k argumentu obviněného, který si nedokáže vysvětlit, jak by mohlo být v jednání Ministerstva financí (jakožto právního předchůdce obviněného) shledáno zaviněné způsobení stavu exkluzivity, když v době uzavření původní smlouvy neexistovala v právním řádu právní úprava obsahující pravidla pro zadávání veřejných zakázek, kterou by Ministerstvo financí mohlo svým jednáním obcházet uvádí, že tehdejší

právní úprava je pro šetřený případ zcela nerozhodná, neboť Úřad v tomto řízení neposuzuje zákonnost právního jednání při uzavření původní kupní smlouvy, ale zákonnost použití jednacího řízení bez uveřejnění pro zadání předmětné veřejné zakázky (je tedy možno jen opakovat, že obviněnému není vytýkán chybný postup jeho právního předchůdce při uzavírání původních smluv, ale chybný postup při vyhodnocení toho, zda jsou splněny podmínky pro uzavření Smlouvy o dílo v jednacím řízení bez uveřejnění).

89. Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013: *„není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy by musel veřejnou zakázku přidělit pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách“* a dále: *„zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento stav exkluzivity vytvořil“*, což je závěr, který je dle Úřadu aplikovatelný na šetřený případ, jelikož, jak bylo uvedeno výše, předmět šetřené veřejné zakázky představují činnosti, které obecně s provozem informačního systému bezprostředně souvisí a u kterých tedy musel právní předchůdce obviněného v době uzavírání původní kupní smlouvy rozumně očekávat, že potřeba jejich provedení vznikne, přičemž obviněný jakožto právní nástupce se měl otázkou naplnění podmínek pro použití jednacího řízení pro uveřejnění znovu zabývat. V kontextu výše uvedeného Úřad uvádí, že prakticky každý informační systém technickou podporu a servis potřebuje minimálně jakožto základní údržbu či pro řešení technických obtíží. Již jen z tohoto faktu lze dovozovat potřebu návazných plnění, a tedy zavinění autorskoprávní exkluzivity právním předchůdcem obviněného, když si v původní kupní smlouvě nevyhradil potřebná práva k předmětnému systému, čímž musel být se zadáváním následných plnění v jednacím řízení bez uveřejnění srozuměn.

90. Na základě výše uvedených skutečností 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 splněna, a obviněný se tedy na nutnost ochrany výhradních práv vybraného uchazeče při zdůvodnění svého postupu při zadání veřejné zakázky nemůže účinně odvolávat.

K dalším námitkám obviněného

91. K otázce hospodárnosti postupu obviněného (srov. bod 21. odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad uvádí, že pokud obviněný uvádí, že na postup obviněného je nutné pohlížet z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládaní s veřejnými prostředky, nejedná se rovněž o důvody, jež pro použití jednacího řízení bez uveřejnění uvádí zákon v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a). Obviněný totiž musí v řízení před Úřadem prokázat, že z hlediska ochrany výhradních práv opravdu neexistoval v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky a že byly ve vztahu k použití předmětného jednacího řízení bez uveřejnění splněny podmínky pro jeho použití. Jak již bylo uvedeno výše, obviněný žádné takové důkazy v řízení před Úřadem nepředložil. Argumentace obviněného vycházející z údajné existence dodatečných neúměrných nákladů spojených s případným výběrem jiného dodavatele (získání vlastního informačního systému včetně zdrojových kódů), má přitom zjevně dokládat existenci ekonomických důvodů směřujících k použití jednacího řízení bez uveřejnění. Samotná existence těchto důvodů, resp. to, zda postup obviněného vycházel ze snahy dosáhnout ekonomicky hospodárnějšího postupu, samo o sobě souladnost postupu obviněného se zákonem nedokládá, neboť ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, na jehož

aplikaci se obviněný odvolává, opravňuje k použití jednacího řízení bez uveřejnění pouze v případě exkluzivity vybraného uchazeče ve vztahu k realizaci plnění veřejné zakázky z technických, uměleckých důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu. Nelze přitom odhlédnout ani od toho, že obviněný hospodárnost svého postupu prostřednictvím ekonomické analýzy či jiného relevantního podkladu nijak nedoložil, pouze uvedl úvahu, že pořízení vlastního systému včetně zdrojových kódů by bylo neúměrně nákladné. Obdobné závěry lze dle Úřadu učinit rovněž ve vztahu k požadavku na kompatibilitu plnění se stávajícím systémem, neboť ani v tomto případě se nejedná o zákonem aprobované důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Nejvyšší správní soud přitom v rozsudku sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013 výslovně uvedl, že v jednacím řízení bez uveřejnění se upřednostňují jiné zájmy spíše než transparentní a hospodárné zadání veřejné zakázky. 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 potenciální 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 cit. rozhodnutí předsedy Úřadu označeno za hospodárné.

92. Úřad v této souvislosti dodává, že otázka dodržení zásady hospodárnosti byla řešena např. i v rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř ze dne 29. 9. 2016, ve kterém předseda Úřadu uvedl, že *„[…] snaha zadavatele býti „dobrým hospodářem“ je zcela souladná s obecnými principy ovládající jeho hospodaření s veřejnými finančními prostředky, avšak zcela neudržitelná jako opora pro použití jednacího řízení bez uveřejnění.“* Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015 poznamenává, že: *„sama zásada hospodárnosti, nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacího řízení bez uveřejnění zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže“.*

93. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015 ve vztahu k předchozí judikatuře své i Krajského soudu v Brně, dle které i v případě přezkumu zadávacího řízení je třeba chování obviněného posuzovat z hlediska hospodárnosti, efektivity a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, poukázal na to, že i zde platí, že důkazní břemeno, pokud jde o prokázání naplnění podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, svědčí obviněnému. 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 nijak 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 (obviněný nepředložil ekonomickou analýzu ani žádný jiný

dokument, který by ekonomickou výhodnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění prokazoval).

94. Obviněný v návaznosti na oznámení o zahájení řízení o přestupku č. j. ÚOHS-S0320/2017/VZ-23095/2017/521/JRo ze dne 10. 8. 2017, ve kterém Úřad uvedl pochybnost, že obviněný mohl potřebu budoucích navazujících plnění předpokládat, mj. s ohledem na to, že se jedná o dynamické odvětví ICT, vyjádřil s tímto tvrzením Úřadu nesouhlas. Uvádí, že oblast vývoje softwaru na zakázku v 90. letech nelze označit na dynamické odvětví ICT, a naopak se domnívá, že nebylo reálné v dané době předpokládat, jakou rychlostí a jakým směrem se tato oblast bude vyvíjet. Obviněný dále uvádí, že Ministerstvo financí nemohlo v roce 1992 rozumně očekávat, že bude v budoucnu potřebovat zasahovat do informačního systému, který na základě původní kupní smlouvy ze dne 17. 12. 1992 pořídilo. Zdůrazňuje mj., že vzhledem k rozvinutosti vývoje počítačových programů a neexistenci právní úpravy týkajících se zadávání zakázek na jejich vývoj, odpovídal postup Ministerstva financí tehdejším podmínkám a nelze jej dnes považovat za vytváření určitých právních omezení za účelem obcházení řádného postupu zadávání veřejných zakázek. K tomu Úřad s odkazem na výše uvedené (mj. bod 88. odůvodnění tohoto rozhodnutí) opětovně uvádí, že v šetřeném případě je posuzován postup obviněného z hlediska naplnění podmínek pro využití jednacího řízení bez uveřejnění v roce 2016, kdy jeho povinností bylo vyhodnotit možnost postupu v tomto druhu zadávacího řízení, a to v situaci, kdy byl stav exkluzivity ve vztahu k předmětnému informačnímu systému vytvořen jeho právním předchůdcem. Argumentu obviněného, že Ministerstvo financí nemohlo rozumně očekávat, že bude potřeba zasahovat do předmětného informačního systému, pak nelze rovněž přisvědčit (k tomu Úřad odkazuje na výše uvedené ve vztahu k předvídatelnosti požadovaného plnění), a to mj. už jen s ohledem na to, že v původní kupní smlouvě, která byla uzavřena na dobu neurčitou, byla údržba projektu (jež je mj. předmětem plnění šetřené veřejné zakázky) sjednána pouze na dobu 5 let.

95. Obviněný dále uvádí, že ačkoliv je vybraný uchazeč vlastníkem výhradních práv k předmětnému informačnímu systému, tak přes uvedené dále činil kroky pro vyvázání ze stavu exkluzivity (snaha o postoupení majetkových autorských práv společnosti Vema, a.s., obviněnému, a tedy možnost získat oprávnění do systému zasahovat, k tomu srov. bod 18. odůvodnění tohoto rozhodnutí; a snaha o „vysoutěžení“ nového informačního systému prostřednictvím veřejné zakázky zadané v roce 2014 v otevřeném řízení, které ale bylo následně Úřadem ve správním řízení zrušeno, přičemž ohledně tohoto zadávacího řízení probíhá v současnosti dle vyjádření obviněného ze dne 25. 7. 2017 soudní řízení před Krajským soudem v Brně). K uvedenému Úřad konstatuje, že tyto kroky jsou jistě na místě, avšak na skutečnosti, že podmínky pro jednací řízení bez uveřejnění v době zadání veřejné zakázky splněny nebyly, nic nemohou změnit.

96. Úřad shrnuje, že obviněný neunesl důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť nenaplnil materiální podmínku jeho použití. Dle Úřadu totiž nelze dojít k závěru, že stav autorskoprávní „exkluzivity” svědčící vybranému uchazeči právní předchůdce obviněného nezpůsobil, neboť, jak bylo výše vyloženo, již při uzavírání původní smlouvy musel právní předchůdce obviněného rozumně očekávat, že potřeba provedení činností, které jsou předmětem šetřené veřejné zakázky, v budoucnu může (resp. z povahy věci dokonce musí) vzniknout, přičemž obviněný jakožto

právní nástupce se měl otázkou naplnění podmínek pro použití jednacího řízení pro uveřejnění znovu zabývat.

97. Úřad na tomto místě pro úplnost dodává, že jelikož obviněný v šetřeném zadávacím řízení postupoval podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení, a v mezidobí od zahájení zadávacího řízení do vydání tohoto rozhodnutí, konkrétně dne 1. 10. 2016, nabyl účinnosti ZZVZ, bylo nutno v rámci správního řízení posoudit, zda právní úprava zakotvená v ZZVZ není pro obviněného příznivější, a zda ji tudíž není nutno s ohledem na čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod na šetřený případ aplikovat. Pokud jde o podmínky pro možnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tyto ZZVZ upravuje v § 63, který stanoví, že jednací řízení bez uveřejnění může být zadavatelem použito mj. v případě, kdy veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví. Tato úprava tedy příznivější oproti právní úpravě účinné v době uzavření Smlouvy o dílo není. Úřad současně dodává, že jelikož v daném případě byla na základě jednacího řízení bez uveřejnění uzavřena (samostatná) smlouva, která nemění původní smlouvu, nelze na šetřený případ jako případnou pozdější příznivější právní úpravu aplikovat ani ustanovení § 222 ZZVZ týkající se změny závazků ze smlouvy.

98. Úřad na základě výše uvedených skutečností shrnuje, že obviněný zadal šetřenou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoliv k tomu nebyly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, když důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče byl zaviněně vytvořen postupem právního předchůdce obviněného při uzavření původní kupní smlouvy, a proto obviněný nemohl citovanou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na důvody ochrany výhradních práv vybraného uchazeče zadat.

99. Uvedený nezákonný postup obviněného přitom mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť použitím jednacího řízení bez uveřejnění obviněný nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacího řízení zúčastnit, resp. zcela vyřadil možnost účasti jakéhokoliv jiného uchazeče než vybraného uchazeče. Nelze vyloučit, že pokud by obviněný postupoval v souladu se zákonem a zvláštní druh zadávacího řízení (jednací řízení bez uveřejnění), který v daném případě zcela vyloučil hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku, nepoužil, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří mohli nabídnout výhodnější plnění než vybraný uchazeč.

100. K otázce posouzení podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky Úřad uvádí, že výkladem ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona ve vztahu k naplnění druhého znaku skutkové podstaty, kterým je podstatné ovlivnění nebo možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, se zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 9 Afs 78/2012 ze dne 25. 7. 2013, podle něhož *„[z]e zákonného znění přitom expressis verbis plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.“*

101. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že *„z dikce ‚podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit‘ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností)*

spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu […]. Již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách."

102. Shora uvedený závěr Krajského soudu v Brně potvrdil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 4 As 61/2016-38 ze dne 28. 6. 2016, když konstatoval, že v případě, kdy správní orgán (Úřad) shledá, že *„se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu (…) Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem (…), že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ."*

103. Na základě výše uvedeného tedy Úřad dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku z důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. rozhodnutí – uložení pokuty

104. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupku dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

105. 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.

106. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.

107. 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 24. 6. 2016 (Smlouva o dílo). Od spáchání přestupku tedy neuplynuly více než 3 roky, přičemž Úřad se o jeho spáchání logicky nemohl dovědět dříve, než byl spáchán. Z právě uvedeného plyne, že v šetřeném případě byla zachována i subjektivní lhůta 3 let nutná pro zahájení správního řízení. Obdobně neuplynula ani promlčecí doba dle § 270 ZZVZ, která činí 5 let. Úřad konstatuje, že byly

zachovány obě lhůty (jak subjektivní, tak objektivní) pro zahájení správního řízení dle zákona, jakož i dle ZZVZ, resp. neuplynula ani promlčecí lhůta dle § 270 ZZVZ ve znění účinném od 1. 7. 2017.

108. Vzhledem ke skutečnosti, že je Úřad ode dne 1. 7. 2017 povinen aplikovat v řízení o přestupku zákon o přestupcích, zabýval se Úřad 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.

109. Celková hodnota plnění dle článku V. „CENA“ odst. 5.1.1 Smlouvy o dílo činí 21 417 000 Kč s DPH.

110. 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. Z výše uvedeného vyplývá, že za spáchání přestupku dle výroku I. tohoto rozhodnutí činí horní hranice pokuty částku 2 141 700 Kč. Vzhledem k tomu, že se zadavatel dopustil přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí dne 24. 6. 2016, když uzavřel smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku, posoudil Úřad při ukládání sankce obviněnému – s ohledem na čl. 40 odst. 6 větu druhou Listiny – možnou aplikaci ZZVZ. V této souvislosti lze uvést, že jednání obviněného je přestupkem jak podle zákona, tak podle ZZVZ [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona, § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ], přičemž zadavateli by při ukládání sankce dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona účinného do 30. 9. 2016 hrozila stejně vysoká pokuta jako dle ZZVZ [srov. ust. § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ], tj. do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. Za tohoto stavu věci není dle Úřadu pozdější právní úprava [tj. právní úprava obsažená v ust. § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ] pro obviněného příznivější, a proto jednání obviněného Úřad posuzoval a sankci uložil podle právní úpravy účinné v době spáchání přestupku.

111. 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.

112. 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 spáchání 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).

113. 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.

114. 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).

115. 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).

116. 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.

117. 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 totiž nebyl v souvislosti s předmětem veřejné zakázky zadané v jednacím řízení bez uveřejnění vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky. Úřad konstatuje, že nezákonné vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, jehož hlavním cílem je právě zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže.

118. Úřad dále uvádí, že nepřehlédl, že zadavatel se snažil získat od společnosti Vema, a.s., majetková autorská práva k předmětnému systému (k tomu viz Zápis z jednání mezi zástupci obviněného a společností Vema, a.s., ze dne 13. 10. 2015, srov. bod 18. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a dále, že se rovněž snažil získat nový informační systém na základě otevřeného zadávacího řízení, kdy obě tato jednání by mohla znamenat snahu zadavatele vyvázat se ze stavu exkluzivity. Úřad k těmto skutečnostem tedy při stanovování výměry pokuty přihlédl, jejich význam coby polehčující okolnosti je však velmi limitován, a to s ohledem na to, že nepřinesly žádné reálné výsledky.

119. Úřad jako polehčující okolnost hodnotí skutečnost, že autorskoprávní „exkluzivitu“ vybraného uchazeče zaviněně založil právní předchůdce obviněného, a nikoliv sám obviněný, který vstoupil do práv a povinností Ministerstva financí. Tato skutečnost však obviněného nezbavila povinnosti zkoumat důsledně naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění a zkoumat nejen formální, ale i materiální stránku těchto podmínek.

120. Po pečlivém posouzení šetřeného případu ve všech vzájemných souvislostech neshledal Úřad další polehčující či přitěžující okolnosti, které by měly vliv na uloženou výši pokuty.

121. Úřad ke konkrétnímu významu „*závažnosti přestupku*“ v šetřeném případě shrnuje, že posoudil způsob spáchání přestupku, jeho následky a intenzitu těchto následků, a dále okolnosti, za nichž byl přestupek spáchán, přičemž stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) vzhledem k vysoké intenzitě následků přestupku a přihlédnutím k okolnostem jeho spáchání označuje Úřad přestupek jako závažný.

122. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť v určitém případě se pokuta – ať už uložená v jakékoli výši – může jevit jako krajně „nespravedlivá“, a to konkrétně v situaci, kdy by zcela „zmařila“ ekonomickou podstatu pachatele přestupku. Nepřípustné jsou totiž takové pokuty, jež mají likvidační charakter. V případě organizační složky státu lze uvažovat o tom, že účinek obdobný onomu „zmaření“ ekonomické podstaty daného subjektu by tu měla pokuta, která by např. byla způsobilá paralyzovat činnost takové organizační složky. Úřad dospěl k závěru, že pokuta uložená ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí není způsobilá negativně ovlivnit (ve smyslu paralýzy jeho činnosti) působení zadavatele, který je organizační složkou České republiky, neboť z rozpočtu obviněného na rok 2017 zveřejněného na internetových stránkách http://monitor.statnipokladna.cz/2017/statni-rozpocet/oss-sf/72080043# totiž vyplývá, že obviněný podle schváleného rozpočtu předpokládá v roce 2017 příjmy ve výši 290 093 tis. Kč.

123. 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.

124. 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.

125. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační.

126. 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.

127. Uložená pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:
Česká republika - Generální finanční ředitelství, Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy