



UOHSX00AJZEE

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0321/2017/VZ-29765/2017/541/JCh

Brno: 12. října 2017

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

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

ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona obviněným – Česká republika – Ministerstvo zahraničních věcí, IČO 45769851, se sídlem Loretánské náměstí 101/5, 118 00 Praha – při zadávání veřejné zakázky „Podpora a rozvoj konzulárních systémů ePasy a EVC2 MZV v letech 2016 – 2019“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě písemné výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 11. 2. 2016, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 8. 6. 2016 pod evidenčním číslem 520773, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 112-200227,

**rozhodl takto:**

### I.

Obviněný – Česká republika – Ministerstvo zahraničních věcí, IČO 45769851, se sídlem Loretánské náměstí 101/5, 118 00 Praha – **se dopustil přestupku** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Podpora a rozvoj konzulárních systémů ePasy a EVC2 MZV v letech 2016 – 2019“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě písemné výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 11. 2. 2016, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek

uveřejněno dne 8. 6. 2016 pod evidenčním číslem 520773, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 112-200227, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč – společnost IBM Česká republika, spol. s r. o., IČO 14890992, se sídlem V parku 2294/4, 148 00 Praha 4 – a zároveň důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv jmenovaného vybraného uchazeče vytvořil jmenovaný obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění výše specifikované veřejné zakázky, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 24. 5. 2016 se jmenovaným vybraným uchazečem dvě smlouvy, a to smlouvu o podpoře konzulárních systémů ePasy MZV a EVC2 MZV (2016-2019) č. j. 114468-6/2015-OAIS a smlouvu o rozvoji konzulárních systémů ePasy MZV a EVC2 MZV (2016-2019) č. j. 114468-7/2015-OAIS na veřejnou zakázku.

## II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – Česká republika – Ministerstvo zahraničních věcí, IČO 45769851, se sídlem Loretské náměstí 101/5, 118 00 Praha – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

**pokuta ve výši 500 000,- Kč (pět set tisíc korun českých).**

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

## ODŮVODNĚNÍ

### I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, získal na základě vlastní činnosti pochybnosti o tom, zda se obviněný – Česká republika – Ministerstvo zahraničních věcí, IČO 45769851, se sídlem Loretské náměstí 101/5, 118 00 Praha (dále jen „obviněný“ či „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Podpora a rozvoj konzulárních systémů ePasy a EVC2 MZV v letech 2016 – 2019“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě písemné výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 11. 2. 2016, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 8. 6. 2016 pod evidenčním číslem 520773, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 112-200227 (dále jen „veřejná zakázka“), nedopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona,

a proto si vyžádal od zadavatele veškerou dokumentaci související s předmětnou veřejnou zakázkou a vyjádření zadavatele, včetně zdůvodnění použití jednacího řízení bez uveřejnění.

2. Vzhledem k tomu, že po přezkoumání obsahu předložené dokumentace a vyjádření zadavatele získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při zadávání předmětné veřejné zakázky, zahájil správní řízení z moci úřední, přičemž z obdržených dokumentů zjistil následující skutečnosti.
3. Dne 21. 1. 1997 uzavřel obviněný s dodavatelem IBM Česká republika, spol. s r. o., IČO 14890992, se sídlem V parku 2294/4, 148 00 Praha 4 (dále jen „vybraný uchazeč“), smlouvu č. SI-CI6001 (dále jen „původní smlouva“), jejímž předmětem je dle citované smlouvy komplexní návrh a dodávka informačního systému pro zadavatele – pilotní část. V bodu „Předmět smlouvy“ citované smlouvy je uvedeno: *„Pokud bude IS úspěšně dokončen a převzat MZV, IBM ČR se zavazuje na žádost MZV uzavřít s ním smlouvu na budoucí rozšíření řešení informačního systému MZV dodaného v rámci této smlouvy, v souladu se schváleným Globálním návrhem systému. Pokud z viny IBM ČR nedojde k uzavření smlouvy na budoucí rozšíření řešení IS MZV, nebude IBM ČR bránit dokončení IS MZV jinými dodavateli a poskytne MZV potřebná práva a informace nezbytná k dokončení výše uvedeného rozšíření.“* Podle bodu A.1.4 přílohy A „Přehled činností“ citované smlouvy bude vybraný uchazeč jako systémový integrátor zodpovědný za vývoj aplikačního programového vybavení a jeho instalaci na všech relevantních uživatelských pracovištích pilotního projektu mj. pro evidenci cizinců. Podle bodu A.1.4.8 přílohy A „Přehled činností“ citované smlouvy: *„Evidence cizinců pro ústředí a ZÚ v souladu se schengenskými dohodami, zahrnující:*
  - *Technickou specifikaci a vytvoření funkčního modelového pracoviště na ústředí MZV v Praze (vlastní hardwarové prostředky budou dodány MZV, viz Příloha D), návrh technologie pro tisk vízových nálepek, vývoj a instalaci aplikačního programového vybavení na modelovém pracovišti. Úloha bude zajišťovat následující funkce:*
  - *Zpracování žádosti o vízum,*
  - *Kontrolu úplnosti dat,*
  - *Tisk vízové nálepky,*
  - *Vyúčtování vízové služby s možností ovlivnění konzul. úředníkem,*
  - *Archivaci dat žadatelů,*
  - *Skenování dokumentů (žádosti o vízum, fotografie a pasu),*
  - *Tisk dokladů,*
  - *Vydávání víz na hraničních přechodech.“*
4. Podle čl. 4 „Vlastnictví“ původní smlouvy: *„Programy, vzniklé a dodané v rámci této smlouvy a zaplacené MZV, má MZV ve smyslu autorského zákona č. 35/1965 Sb. právo využívat zdarma na všech svých strojích a pracovištích bez časového omezení. Zdrojové tvary těchto programů budou předány MZV současně s Protokolem o převímce jednotlivých úloh a aktualizovány v průběhu záruční doby. Ke společně vytvořeným programům má MZV spolu s dodavatelem nedílné autorské právo. V souvislosti s licencovanými programy IBM nebo*

*licencovanými programy jiných dodavatelů nejsou MZV poskytnuta žádná vlastnická nebo autorská práva.“*

5. Podle přílohy F „Autorské právo a ostatní práva“ původní smlouvy:

*„MZV je dovoleno:*

- Použít program pouze na jednom stroji v daném čase (pokud firma IBM neuvede jinak),*
- Kopírovat program tak, aby jej mohl přístroj přečíst nebo pořídit výtisk za účelem vytvoření zálohy nebo úpravy, a to pouze za účelem podpory takového použití. (Určité programy ovšem mohou obsahovat mechanismus určený k omezení nebo zabránění kopírování),*
- Upravit program nebo jej spojit s jiným programem pro své užití na jednotlivém přístroji. (Jakákoliv část programu tímto způsobem sloučená podléhá nadále zde uvedeným podmínkám),*
- Převést program s kopií těchto podmínek na jinou stranu, pokud tato souhlasí s přijetím těchto podmínek.*

*IBM také požaduje následující:*

- MZV musí zopakovat a uvést upozornění o autorském právu na všech kopiích, úpravách a částech programu sloučených s jiným programem,*
- MZV nesmí provádět zpětné sestavení ani zpětnou kompilaci programu bez předcházejícího písemného souhlasu firmy IBM.*
- MZV nesmí použít, kopírovat, upravovat nebo převádět program ani jakoukoliv jeho kopii, úpravu nebo sloučenou část, vcelku nebo po částech, s výjimkou případů dále výslovně uvedených.*
- Pokud MZV převádí program jiné straně, musí převést nebo zničit všechny kopie a sloučené části programu: na převedený program si MZV neponechává žádná práva, konkrétně oprávnění firmy IBM poskytnuté na použití programu je zrušeno.*
- MZV nesmí pronajmout tento program.“*

6. Dne 4. 4. 2006 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. j. 111329/2006-ST (dále jen „původní smlouva na ePasy“), jejímž předmětem je dle čl. 1 „Předmět smlouvy“ bodu 1.1 citované smlouvy: „...závazek zhotovitele provést pro MZV návrh a vytvoření „Systému na pořizování, přenos a zpracování žádostí o cestovní doklad s biometrickými prvky““ Z čl. 10 „Autorská a užívací práva“ bodu 10.2 původní smlouvy na ePasy vyplývá, že: „Zhotovitel se zavazuje zajistit pro MZV právo užívat patenty, ochranné známky, licence, průmyslové vzory, know-how, software a práva z duševního vlastnictví vztahující se k předmětu Díla a nutné pro jeho provoz a užití, jestliže se takové právo odvozuje od osoby zhotovitele nebo jeho subdodavatele, kterého si zhotovitel sám vybral, nebo jehož výběr schválil, a to za předpokladu, že MZV akceptuje rozsah a podmínky postoupení těchto práv.“ V bodu 10.3 původní smlouvy na ePasy je uvedeno: „Autorské právo k programům, projektům a koncepcím zůstává zhotoviteli, resp. případným subdodavatelům zhotovitele. IBM se zavazuje, že poskytne užívací práva pouze subjektům, které se nebudou nacházet na seznamu „Denied Parties List“ (DPL) v souladu s US Government Export Regulations

*a zároveň nebude poskytnutí uživatelského práva v rozporu s právním řádem České republiky.“*  
V bodu 10.4 původní smlouvy na ePasy je dále uvedeno: *„Zhotovitel okamžikem předání systému, resp. jeho částí poskytne MZV nevýhradní neomezené právo k užívání systému, resp. těchto částí na všech pracovištích MZV, včetně zastupitelských Úřadů ČR v zahraničí...“*  
V bodu 10.8 původní smlouvy na ePasy je uvedeno: *„Zhotovitel se zavazuje zajistit pro sebe přístup ke zdrojovému kódu aplikačního software za účelem zajištění podpory systému v případě selhání subdodavatele.“*

7. Dne 25. 3. 2009 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o poskytnutí služeb podpory a rozvoje vizových aplikací č. j. 98908-2/2009-SZI, jejímž předmětem je dle čl. 1 citované smlouvy oblast průběžné podpory infrastruktury pro oblast vizových aplikací a oblast rozvoje vizových a konzulárních agend. V bodu 10.1 citované smlouvy je uvedeno: *„Vznikne-li při plnění Zhotovitele dílo podléhající ochraně podle zák. č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů, Zhotovitel touto smlouvou poskytuje Objednateli oprávnění k výkonu práva dílo užít (licenci) dle § 46 a násl. autorského zákona v následujícím rozsahu:*
  - *Územní rozsah licence na území České republiky a ostatních států specifikovaných v příloze č. 7 této smlouvy,*
  - *Časový rozsah licence – na dobu trvání majetkových práv ve smyslu ust. § 27 odst. 1 cit. zák. 121/2000 Sb. v platném znění, a to po dobu autorova života a na dobu dalších 70 let po jeho smrti, pokud nebude časový rozsah licence u konkrétního díla smluvně upraven odlišně na základě písemného požadavku Objednatele,*
  - *Množstevní rozsah licence – na neomezený počet užití díla (frekvence užití díla),*
  - *Objednatel není povinen licenci využít.“*
8. V příloze č. 4 k citované smlouvě bodu 4.1 „Právo k užívání“ je stanoveno: *„Poté, co IBM akceptuje objednávku zákazníka, udělí zákazníkovi nevýhradní, nepřevoditelnou licenci k používání licencovaného programu v České republice. Licencované programy vlastní společnost International Business Machines Corporation, některá z jejích dceřiných společností, případně jejich dodavatel či třetí strana a jsou k nim udělována práva pořídit kopii a práva k užívání (nejsou prodávány).“*
9. Na výše uvedené smlouvy navazovaly další smlouvy, přičemž z žádných z následujících smluv týkajících se evidence cizinců (později EVC2) ani systému ePasy nevyplývá z hlediska autorskoprávní ochrany, že by v tomto ohledu do okamžiku zadání šetřené veřejné zakázky nastala jakákoliv změna, resp. zadavateli po celou dobu zůstávají uživatelská práva k předmětným informačním systémům a autorská práva zůstávají vybranému dodavateli.
10. V příloze dokumentu „Informace o přípravě nadlimitní veřejné zakázky „Podpora a rozvoj konzulárních systémů ePasy a EVC2 MZV v letech 2016 – 2019““ ze dne 18. 12. 2015, který předkládal ministr zahraničních věcí členům vlády, je odůvodněn způsob zadání předmětné veřejné zakázky postupem podle § 23 zákona následovně: *„Oba systémy vyvinula a do současnosti rozvíjí IBM. IBM je vlastníkem zdrojových kódů a neumožní do nich přístup třetí straně. S ohledem na skutečnost, že uvedená činnost může být z technických důvodů a důvodů ochrany výhradních práv plněna pouze jedním dodavatelem, rozhodl zadavatel*

*zadat veřejnou zakázku v JŘBU dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona společnosti IBM Česká republika, spol. s r. o.“*

11. Zadavatel zahájil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku na základě písemné výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 11. 2. 2016 (dále jen „výzva“). Ve výzvě je uvedeno: *„Jednací řízení bez uveřejnění je pro tuto zakázku použito na základě ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona zejména z důvodu ochrany práv z průmyslového a jiného duševního vlastnictví podle zákona č. 121/2000 Sb., autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů.“* V předmětném zadávacím řízení uzavřel zadavatel na předmět plnění veřejné zakázky následující dvě smlouvy.
12. Dne 24. 5. 2016 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem na předmět plnění veřejné zakázky smlouvu o podpoře konzulárních systémů ePasy MZV a EVC2 MZV (2016-2019) č. j. 114468-6/2015-OAIS (dále jen „smlouva o podpoře“), jejímž předmětem plnění je dle čl. 1 „předmět smlouvy“) bodu 1.2 citované smlouvy: *„...poskytování technické a konzultační podpory pro Systém na pořizování, přenos a zpracování žádostí o cestovní doklad s biometrickými prvky (dále jen „ePasy“ nebo „pasový systém“) a poskytování technické a konzultační podpory infrastruktury pro oblast vízových aplikací (dále jen EVC2), která je realizována formou jednorázových zásahů technické podpory nebo dílčím plněním technické podpory...“* Podle bodu 12.1 smlouvy o podpoře: *„Vznikne-li při plnění Zhotovitele dílo podléhající ochraně podle zák. č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů, Zhotovitel touto smlouvou poskytuje Objednateli oprávnění k výkonu práva dílo užít (licenci) dle § 2358 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v následujícím rozsahu:*
  - *Územní rozsah licence na území celého světa,*
  - *Časový rozsah licence – na dobu trvání majetkových práv ve smyslu ust. § 27 odst. 1 cit. zák. 121/2000 Sb. v platném znění, a to po dobu autorova života a na dobu dalších 70 let po jeho smrti, pokud nebude časový rozsah licence u konkrétního díla smluvně upraven odlišně na základě písemného požadavku Objednatele,*
  - *Množstevní rozsah licence – na neomezený počet užití díla (frekvence užití díla),*
  - *Objednatel není povinen licenci využít.“*
13. Dne 24. 5. 2016 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem na předmět plnění veřejné zakázky smlouvu o rozvoji konzulárních systémů ePasy MZV a EVC2 MZV (2016-2019) č. j. 114468-7/2015-OAIS (dále jen „smlouva o rozvoji“), jejímž předmětem plnění je dle čl. 1 „Předmět smlouvy“ bodu 1.2 citované smlouvy: *„...rozvoj Systému na pořizování, přenos a zpracování žádostí o cestovní doklad s biometrickými prvky (dále též „ePasy“) a vízového systému MZV pro oblast vízových aplikací (dále též „EVC2“)“* Podle bodu 11.1 smlouvy na rozvoj: *„Vznikne-li při plnění Zhotovitele dílo podléhající ochraně podle zák. č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů, Zhotovitel touto smlouvou poskytuje Objednateli oprávnění k výkonu práva dílo užít (licenci) dle § 2358 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v následujícím rozsahu:*
  - *Územní rozsah licence na území celého světa,*

- *Časový rozsah licence – na dobu trvání majetkových práv ve smyslu ust. § 27 odst. 1 cit. zák. 121/2000 Sb. v platném znění, a to po dobu autorova života a na dobudalších 70 let po jeho smrti, pokud nebude časový rozsah licence u konkrétního díla smluvně upraven odlišně na základě písemného požadavku Objednatele,*
- *Množstevní rozsah licence – na neomezený počet užití díla (frekvence užití díla),*
- *Objednatel není povinen licenci využít.“*

## **II. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU**

14. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona obviněný.
15. Zahájení správního řízení oznámil Úřad obviněnému přípisem pod č. j. ÚOHS-S0321/2017/VZ-23146/2017/541/JCh ze dne 10. 8. 2017, přičemž ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Oznámení o zahájení řízení o přestupku bylo obviněnému doručeno dne 10. 8. 2017 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona v návaznosti na § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích), zahájeno řízení o přestupku z moci úřední.
16. Následně Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0321/2017/VZ-23168/2017/541/JCh ze dne 10. 8. 2017 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, a ve které byl oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.

### **Vyjádření zadavatele ze dne 21. 8. 2017**

17. Dne 21. 8. 2017 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, ve kterém namítá, že Úřad v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 10. 8. 2017 zredukoval zjištěné skutečnosti a popis skutku na chronologický popis jednotlivých veřejných zakázek, resp. smluv uzavřených na předmět plnění těchto veřejných zakázek, které obviněný uzavřel s vybraným uchazečem, čímž dle zadavatele došlo k opomenutí rozsáhlé korespondence mezi Úřadem a zadavatelem (v rámci šetření sp. zn. P0185/2017/VZ před zahájením správního řízení – pozn. Úřadu), kde se zadavatel zabýval důvody zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, a to technickými, ochrany výhradních práv, ekonomickými a bezpečnostními. Dle zadavatele Úřad opomenul v citovaném oznámení o zahájení řízení o přestupku zmínit smlouvu o podpoře systému na pořizování, přenos a zpracování žádostí o cestovní doklad s biometrickými prvky MZV (2012-2015), smlouvu o rozvoji pasového systému MZV (2012-2015) a všechny dalších smlouvy uváděné v korespondenci mezi Úřadem a zadavatelem v rámci šetření sp. zn. P0185/2017/VZ před zahájením správního řízení, které jsou dle zadavatele klíčové pro porozumění vzájemné souvislosti těchto smluv a smlouvy uzavřené na předmět plnění předmětné veřejné zakázky v kontextu existence technických důvodů, které odůvodňují zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Proto je dle zadavatele nezbytné v souladu s ustanovením § 78 odst. 3 zákona o přestupcích při popisu skutku zohlednit veškerá výše uvedená vyjádření, doplnění informací a podkladů ze strany zadavatele zasláná Úřadu.
18. Dle zadavatele bylo k zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění přistoupeno z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv, neboť jen jediný, stávající dodavatel, byl objektivně schopen poskytnout zadavateli požadované plnění.

19. Technické důvody spočívají dle zadavatele v potřebě zajištění systémové kompatibility, eliminace provozních rizik, vysoké specifičnosti a kustomizace požadovaného plnění a vysoké odbornosti pracovníků dodavatele. Informační systémy EVC2 a ePasy mají dle zadavatele politický a ekonomický rozměr, nepřetržitá funkčnost jednoho informačního článku CS-VIS se podílí na ochraně celého schengenského prostoru. Bezproblémové vydávání vstupních víz má pozitivní vliv na oživení domácí hospodářské činnosti a dále na dobré jméno ČR. Kromě politického a nepřímého ekonomického dopadu je přímým finančním dopadem systému EVC2 na příjmovou stránku státního rozpočtu výběr poplatků za přijetí žádostí, což činí přes 500 mil. Kč ročně.
20. Zadavatel dále upozorňuje na široký rozsah působnosti obou systémů na všech kontinentech, z čehož vyplývají vysoké nároky na všechny atributy těchto systémů od bezpečnosti, přes výkonnost a uživatelskou přívětivost až po dostupnost služeb. Výsledkem jsou dle zadavatele komplexní informační systémy, jejichž zdrojový kód obsahuje přes 1 mil. řádků v případě ePasy, resp. přes 0,75 mil. řádků v případě EVC2, což je řadí mezi rozsáhlé informační systémy.
21. Zadavatel uvedl, že oba informační systémy obsahují množství integrací do informačních systémů zadavatele, ostatních složek státu i Evropské unie, přičemž nefunkčnost EVC2 či omezení jeho funkčnosti by měla dle zadavatele významný dopad na vydávání víz ve všech členských státech Evropské unie. Oba informační systémy patří dle zadavatele mezi významné informační systémy dle vyhlášky č. 317/2014 Sb., o významných informačních systémech a jejich určujících kritériích, ve znění vyhlášky č. 205/2016 Sb. Uvedené skutečnosti a okolnost, že oba systémy prostřednictvím svých výstupů mohou umožnit libovolné osobě na světě vstup do České republiky, resp. celého Schengenského prostoru, implikuje dle zadavatele významná bezpečnostní rizika, přičemž v oblasti kybernetické bezpečnosti se jedná o extrémně rychle se měnící prostředí a rizika, která je třeba ošetřit bez prodlení a s vysokou mírou odbornosti. To klade dle zadavatele enormní požadavky na odbornost pracovníků zadavatele i dodavatele, přičemž dodavatel je dle zadavatele v současné době jediným dodavatelem, který má pro splnění předmětné veřejné zakázky dle požadavků a potřeb zadavatele a dalších do procesu zapojených složek dostatečné know-how, lidské zdroje, kapacity a schopnosti při dodržení všech parametrů řešení.
22. Zadavatel dále podotýká, že má zkušenost s veřejnou zakázkou na náhradu systému EVC2, kde dodavatel Asseco Czech Republic, a.s., nyní Asseco Central Europe, a.s., IČO 27074358, se sídlem Budějovická 778/3a, 140 00 Praha 4 (dále jen „Asseco Central Europe a. s.“), nebyl schopen dostát svým závazkům, protože bylo od smlouvy odstoupeno. Na uvedeném příkladu zadavatel demonstruje náročnost změny stávajícího systému a upozorňuje na skutečnost, že oba systémy musely po dobu přípravy nového řešení fungovat paralelně. Dle zadavatele je neustálá udržitelnost aktivního stavu systému prioritou, kterou je schopen zajistit pouze vybraný dodavatel. Vzhledem k tomu, že předmětné systémy, které lze dle zadavatele dále budovat a programovat pouze na základě zdrojových kódů, považoval zadavatel plnění předmětné veřejné zakázky stejným dodavatelem za nezbytné z důvodu udržení kompatibility stávajících systémů a nepřerušené kontinuity jejich provozu a ekonomicky výhodného uspokojení vlastních potřeb. Dle zadavatele lze případný další pokus o výměnu předmětných systémů považovat za provozně, ekonomicky a bezpečnostně rizikové, což



zadavatel dle svého tvrzení prokázal uvedeným neúspěšným pokusem o změnu dodavatele, resp. výměnu řešení systému EVC2 v roce 2008.

23. Zadavatel má za to, že uvedené technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění potvrzuje i konstantní judikatura českých soudů. Jako příklad uvádí zadavatel rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 30 Af 78/2013 - 148, ze dne 21. 12. 2015, kde je uvedeno, že technický důvod může spočívat v potřebě zadavatele na zajištění kompatibility a že technickými důvody mohou být též „*provozní problémy, které by vznikly změnou dodavatele*“ s tím, že je třeba, aby se jednalo „*o riziko značné, zapříčiněné technickými parametry*“. Dále zadavatel odkazuje na závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu, č. j. 5 Afs 42/2012-53, ze dne 11. 1. 2013, dle něhož technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění mohou spočívat např. v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility, v požadavku odůvodněném také technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění, v daném případě informačního systému. Zadavatel odkazuje rovněž na rozsudek Nejvyššího správního soudu, č.j. 1 As 256/2015-95, ze dne 12. 5. 2016, dle kterého mohou technické důvody zahrnovat faktickou technickou neschopnost jiného hospodářského subjektu provést požadovaný výkon či nezbytnost použít specifické know-how, nástroje či prostředky, které má k dispozici pouze jeden hospodářský subjekt.
24. Zadavatel má s ohledem na uvedené za to, že pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění existovaly zásadní technické důvody spočívající v potřebě zajistit plnou kompatibilitu se stávajícími informačními systémy EVC2 a ePasy při zajištění jejich stálého a bezchybného provozu, ti. eliminaci provozního rizika, a dále s ohledem na nutnost zajištění kybernetické bezpečnosti těchto i souvisejících informačních systémů s přihlédnutím ke zhoršující se mezinárodní bezpečnostní situaci.
25. Zadavatel podotýká, že již v rámci šetření pod sp. zn. P0185/2017/VZ před zahájením správního řízení uvedl a doložil, že k zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4, písm. a) zákona, přistoupil i z důvodu, že byl limitován výhradními právy, která vznikala v souvislosti s veřejnými zakázkami předcházejícími předmětné veřejné zakázce od roku 1997, a která musel zadavatel respektovat. Zadavatel specifikuje, že se jedná o autorská práva k softwaru a k databázi, jejichž oprávněným nositelem je dodavatel. Zadavatel podle svého tvrzení postupoval v souladu s relevantní judikaturou Nejvyššího správního soudu, např. s rozsudkem, č.j. 5 Afs 43/2012-54, ze dne 11. 1. 2013.
26. Dle zadavatele nelze zadavateli existenci těchto výhradních práv přičítat k tíži, a to jednak z důvodu, že v roce 1997 před přístupem České republiky k Evropské unii a k Schengenské dohodě nebylo objektivně možno předvídat další vývoj vizových systémů a vyhrázovat si v této souvislosti autorská práva, a také proto, že tehdy účinná legislativa, konkrétně zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a navazující judikatura vyhrázení si předmětných autorských práv, včetně přístupu ke zdrojovému kódu, po zadavateli vůbec nevyžadovala. Tento požadavek se dle zadavatele objevil až mnohem později v kontextu komunitární legislativy a návazné rozhodovací praxe Evropského soudního dvora (nyní Soudního dvora Evropské unie). Přestože existovala shora uvedená výhradní autorská práva, zadavatel se dle svého tvrzení v minulosti pokusil zadat veřejnou

zakázku na náhradu systému EVC2 v otevřeném řízení v roce 2008, dle zadavatele se však ukázala technická nemožnost provedení této veřejné zakázky jiným dodavatelem. Dle zadavatele by při volbě jiného druhu zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku došlo z důvodu komplexnosti systémů EVC2 a ePasy k podstatnému riziku zmaření dosud vynaložené investice na vytvoření a další vývoj těchto systémů, a to i za předpokladu, že by se po technické stránce našel jiný dodavatel. Dle zadavatele by bylo novým dodatelem nutno vytvořit informační systém znovu s nepřiměřenými náklady, přičemž v dané věci zadavatel odkazuje na vyčíslení nákladů v rámci svého vyjádření ze dne 19. 6. 2017 k šetření pod sp. zn. P0185/2017/VZ před zahájením správního řízení.

27. Přestože hospodárnost nemá aplikační přednost před transparentností, jsou dle zadavatele úvahy ohledně ekonomické stránky zakázky učiněné v souvislosti s existencí výhradních práv pro posouzení oprávněnosti zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění relevantní, přičemž zadavatel v této souvislosti odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, ze dne 11. 1. 2013 a na směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/17/ES, která dle zadavatele umožňuje zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, jestliže stavební práce, dodávky nebo služby mohou být dodány jen konkrétním hospodářským subjektem z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví. Bod 50 preambule k této směrnici pak upřesňuje, že JŘBU by mělo být používáno jen výjimečně, a to pouze pokud tuto situaci nevytvořil sám zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení.
28. Zadavatel uzavírá, že k zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění byl dán i důvod ochrany výhradních autorských práv, jelikož jediným dodavatelem, který mohl realizovat předmětnou veřejnou zakázku, byl oprávněný nositel autorských práv ke zdrojovým kódům obou informačních systémů, a to vybraný uchazeč. Vznik těchto výhradních autorských práv se dle zadavatele datuje hluboko do minulosti, tedy do roku 1997, resp. 2006, a proto nelze zadavateli tuto skutečnost s ohledem na tehdy platnou legislativu přičítat k tíži.
29. Zadavatel kromě důkazů listinami, které poskytl v rámci šetření pod sp. zn. P0185/2017/VZ před zahájením správního řízení, navrhuje důkazy listinami týkajícími se veřejné zakázky na náhradu systému EVC2, zadanou v otevřeném řízení v roce 2008. Dále zadavatel navrhuje jako důkaz znalecké posudky z oboru IT a z oboru práva, jejichž účelem je důkladně a objektivně osvědčit, zda byly při zadávání předmětné veřejné zakázky dány důvody aplikace jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4, písm. a) zákona, přičemž odkazuje na judikaturu Nejvyššího správního soudu, např. rozsudek Nejvyššího správního soudu, č. j. 5 Afs 43/2012-54, ze dne 11. 1. 2013. Zadavatel podotýká, že Úřad může podle ustanovení § 117c odst. 2 zákona přerušit řízení při výkonu dohledu podle § 112 zákona s cílem získat odborné stanovisko nebo znalecký posudek a navrhuje, aby si Úřad výše uvedené znalecké posudky opatřil, eventuálně je zadavatel připraven znalecké posudky v oboru IT a oboru práva k výzvě Úřadu opatřit.
30. Zadavatel je přesvědčen, že v předmětném zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem, především s § 23 odst. 4, písm. a) tohoto zákona, neboť se jedná o specializovanou veřejnou zakázku, kterou nebylo možné zajistit jiným dodavatelem, který by byl schopen požadované plnění z technických důvodů a důvodů existence výhradních práv

provést, aniž by byla současně dotčena účelnost, efektivita a hospodárnost veřejné zakázky, a to především s ohledem na dlouhodobý vývoj a unikátnost daných informačních systémů, a proto se nedopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 zákona. Zadavatel proto navrhuje, aby Úřad řízení o přestupku podle § 86 odst. 1, písm. a) zákona o přestupcích zastavil.

### **Další průběh správního řízení**

31. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0321/2017/VZ-25236/2017/541/JCh ze dne 30. 8. 2017 určil zadavateli lhůtu, k provedení úkonu – sdělení informace ze kterých konkrétních smluv, ze kterých jejich částí, případně konkrétních ustanovení vyplývají jednoznačně technické důvody pro zadání veřejné zakázky jedinému konkrétnímu dodavateli, a to vybranému uchazeči v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Usnesením č. j. ÚOHS-S0321/2017/VZ-25500/2017/541/JCh ze dne 1. 9. 2017 Úřad na žádost zadavatele ze dne 31. 8. 2017 citovanou lhůtu prodloužil.

### **Vyjádření zadavatele ze dne 6. 9. 2017**

32. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 6. 9. 2017 k usnesení č. j. ÚOHS-S0321/2017/VZ-25236/2017/541/JCh ze dne 30. 8. 2017 resp. usnesení č. j. ÚOHS-S0321/2017/VZ-25500/2017/541/JCh ze dne 1. 9. 2017 podotýká, že důkazy, ze kterých vyplývají technické důvody zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění formou příslušných smluvních dokumentů vztahujících se k věci a podrobných konkrétních vysvětlení k nim předložil, přičemž v této souvislosti odkazuje na svá vyjádření č. j. 96683-2/2017-OKZ ze dne 10. 3. 2017, č. j. 106622/2017-OKZ ze dne 19. 6. 2017, č. j. 109531-2/2017-OKZ ze dne 28. 7. 2017 a č. j. 112369-2/2017-OKZ ze dne 21. 8. 2017.
33. Vyjádřením zadavatele ze dne 21. 8. 2017 č. j. 112369-2/2017-OKZ byla Úřadu dle zadavatele poskytnuta komplexní odpověď, včetně uvedení technických důvodů, přičemž se dle zadavatele jedná o důvody:
1. Potřeba zajištění systémové kompatibility,
  2. Eliminace provozních rizik,
    - a. Provozní problémy, které by vznikly změnou dodavatele,
    - b. Požadavek odůvodněný technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady,
    - c. Značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění,
  3. Vysoká specifičnost plnění, kustomizace požadovaného plnění a nezbytná vysoká odbornost pracovníků dodavatele
    - a. Faktická technická neschopnost jiného hospodářského subjektu provést požadovaný výkon
    - b. Nezbytnost použít specifické know-how, nástroje či prostředky, které má k dispozici pouze jeden hospodářský subjekt,
34. V citovaných vyjádřeních je dle zadavatele uveden detailní a konkrétní popis jednotlivých důvodů. Zadavatel uvádí, že Úřad přes uvedené skutečnosti neshledal jeho předchozí

vyjádření dostatečně jasným, a proto zadavatel následovně zpřesnil svoji odpověď, s odvoláním na ustálenou judikaturu českých soudů.

35. V rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 30 af 78/2013 - 148, ze dne 21. 12. 2015, se dle zadavatele explicitně uvádí, že *„(o) technické důvody se může jednat např. v situaci, kdy zadavatel již z dřívějšího období disponuje nějakým plněním a nyní potřebuje toto plnění nějakým způsobem rozšířit/doplnit a je nezbytné, aby toto nové plnění bylo kompatibilní s plněním zadavatelem již vlastněným. Jinými slovy, technický důvod může spočívat v potřebě zadavatele pro jištění kompatibility (slučitelnosti)“*. Dále zadavatel uvedl, že dle citovaného rozsudku mohou být technickými důvody též *„provozní problémy, které by vznikly změnou dodavatele“* s tím, že je třeba, aby se jednalo *„o riziko značné, zapříčiněné technickými parametry“*.
36. Zadavatel dále podotýká, že, dle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013, technické důvody pro zadání veřejné zakázky v JŘBU mohou spočívat *„např. v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility, v požadavku odůvodněném také technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění „(zde informačního systému)“*.
37. Podle zadavatele dále z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 256/201-95 ze dne 12.5.2016 vyplývá, že mohou technické důvody zahrnovat *„faktickou technickou neschopnost jiného hospodářského subjektu provést požadovaný výkon či nezbytnost použít specifické knot-how, nástroje či prostředky, které má k dispozici pouze jeden hospodářský subjekt“*.
38. K potřebě zajištění systémové kompatibility zadavatel dle svého tvrzení v předchozích odpovědích doložil, že již z dřívějších období disponuje plněním a nyní potřebuje toto plnění rozšířit resp. doplnit a je nezbytné, aby toto nové plnění bylo kompatibilní s plněním zadavatele již vlastněným. Zadavatel dle svého tvrzení doložil, že provozuje informační systémy EVC2 a ePasy, které jsou díly, ke kterým se váží autorská práva, jejichž oprávněným nositelem je vybraný uchazeč. Tyto informační systémy byly dle zadavatele následně provozovány, podporovány a rozvíjeny na základě řetězců smluv popsanych v předchozí komunikaci s Úřadem. Každé návazné plnění muselo a musí i nyní dle zadavatele být kompatibilní s původním plněním a všemi ostatními předchozími i budoucími plněními. Tento požadavek je dle zadavatele zachycen ve smlouvách v částech popisujících předmět plnění prostřednictvím slov typu podpora, profylaxe, aktualizace, upgrade, změna, rozšíření, rozvoj, doplnění apod., která bezpochyby informují o záměru zadavatele předchozí plnění dále používat v rozsahu upraveném pouze o změny definované v předmětném plnění. Konkrétní odkazy na specifikace předmětu plnění jsou dle zadavatele uvedeny v předchozí odpovědi zadavatele č. j. 109531-2/2017-OKZ ze dne 28. 7. 2017. Výše uvedené dle zadavatele dokládá požadavek dodavatele na zajištění kompatibility.
39. K provozním problémům, které by vznikly změnou dodavatele, zadavatel uvedl, že ve své předchozí odpovědi ze dne 21. 8. 2017 č. j. 112369-2/2017-OKZ v této souvislosti odkázal na předchozí pokus zadavatele o změnu dodavatele jednoho z předmětných systémů, přičemž se změnu právě z technických důvodů nepodařilo realizovat, a tak byl zadavatel dle svého tvrzení nucen pokračovat v podpoře a rozvoji stávajícího řešení se stávajícím dodavatelem. Dle zadavatele byly výše uvedeným jednoznačně prokázány provozní problémy, které by

vznikly změnou dodavatele, a zároveň skutečnost, že se jednalo o riziko značné, zapříčiněné technickými parametry.

40. Zadavatel má za to, že ke skutečnosti, že se jedná o požadavek odůvodněný technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady, poskytl Úřadu ve svém č. j. 106622/2017-OKZ ze dne 19. 6. 2017 kalkulace alternativních postupů k předmětné veřejné zakázce v jednacím řízení bez uveřejnění. Oba alternativní postupy, předpokládající dodávky realizované jiným dodavatelem, by byly dle zadavatele výrazně nákladnější než zvolená varianta, přičemž skutečnost, že se jedná o technické důvody, je dle zadavatele doložena v citovaném stanovisku. Výše uvedeným zadavatel dle svého tvrzení doložil, že plnění od jiného dodavatele by vyvolalo nepochybně vyšší náklady.
41. Ke značnému riziku nefunkčnosti již pořízeného plnění zadavatel uvádí, že popsal ve svých předchozích odpovědích, např. č. j. 106622/2017-OKZ ze dne 19. 6. 2017, alternativní postup spočívající v náhradě stávajícího dodavatele resp. stávajících informačních systémů EVC2 a ePasy. Vývojem těchto nových informačních systémů by oba stávající informační systémy byly dle zadavatele duplicitní k novým systémům a zároveň by z důvodů existence výhradních (autorských) práv, jejichž oprávněným nositelem je stávající dodavatel, a z výše uvedených technických důvodů nemohly být dále rozvíjeny a podporovány, tudíž by se téměř okamžitě staly zastaralými (z pohledu technologického, legislativního - včetně právních předpisů EU, bezpečnostního atd.), tzn. nepoužitelnými pro svůj účel, a tedy nefunkčními. Výše uvedeným bylo dle zadavatele vysvětleno, že existuje značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění.
42. K faktické technické neschopnosti jiného hospodářského subjektu provést požadovaný výkon zadavatel uvedl, že ve své předchozí odpovědi č. j. 106622/2017-OKZ ze dne 19. 6. 2017 popsal situaci při počátečním vývoji systému ePasy, kdy soutěž o veřejnou zakázku vyhrála spol. Logica CMG s.r.o., která nebyla schopna dostát svým závazkům v souladu s požadavky zadavatele a vlastní nabídkou, a proto byl zadavatel v důsledku jejího přístupu nucen přistoupit k řešení kritické situace, kterou nezapříčinil. Nakonec plnění v souladu s požadavky dle zadavatele dodal vybraný uchazeč. Zadavatel odkazuje na svou předchozí odpověď č. j. 112369-2/2017-OKZ ze dne 21. 8. 2017, kde uvedl a doložil předchozí pokus zadavatele o změnu dodavatele jednoho z předmětných systémů, kterou se z technických důvodů nepodařilo realizovat a zadavatel byl nucen pokračovat v podpoře a rozvoji stávajícího řešení s vybraným uchazečem, což dle zadavatele dokládá faktickou technickou neschopnost jiného hospodářského subjektu provést požadovaný výkon.
43. K nezbytnosti použít specifické know-how, nástroje či prostředky, které má k dispozici pouze jeden hospodářský subjekt, zadavatel uvedl, že ve svých předchozích odpovědích např. č. j. 106622/2017-OKZ ze dne 19. 6. 2017 a dále č. j. 112369-2/2017-OKZ ze dne 21. 8. 2017 opakovaně poukazoval na skutečnost, že u obou systémů jde o složité, rozsáhlé, unikátní, komplexní a pro Českou republiku významné informační systémy ve smyslu vyhlášky č. 317/2014 Sb., o významných informačních systémech a jejich určujících kritériích, ve znění vyhlášky č. 205/2016 Sb, což samo o sobě vytváří vysoké nároky na odbornost dodavatele v množství vzájemně provázaných oblastí. Dodavatel navíc dle zadavatele vlastnil a vlastní specifické know-how, které pouze jemu umožnilo vyvinout systémy EVC2 a ePasy, přičemž neúspěšné pokusy o použití jiného dodavatele pro tyto účely, jak je uvedeno výše, to jen potvrzují. Roky trvající podpora a rozvoj těchto systémů umožnil dodavateli dle zadavatele

toto specifické know-how udržet a dále jej rozvíjet. Vzhledem k tomu, že zadavatel musí zajistit nepřetržitou funkčnost obou systémů, nemůže si dle svého tvrzení dovolit experimentovat s nedokonalými řešeními alternativních dodavatelů. Specifické know-how vybraného uchazeče je dle zadavatele klíčové pro zajištění provozu a rozvoje obou systémů. Uvedené dle zadavatele dokládá nezbytnost použití specifického know-how, které má k dispozici pouze jeden hospodářský subjekt.

44. Jmenované technické důvody dle zadavatele vyplývají z více faktorů, např.:
- předmětu plnění (jeho rozsahu, unikátnosti, složitosti, specifičnosti, provedeným kustomizacím apod.),
  - know-how potřebném pro řešení předmětu plnění (např. získané konkrétními předchozími plněními v řetězci smluv od prvních až po předmětné),
  - odbornosti potřebné pro předmět plnění (v tomto případě vysoké úrovně v množství oblastní),
  - situace na trhu (neexistence alternativního dodavatele schopného plnění realizovat).
45. Zadavatel dále uvedl, že odkazy na konkrétní ustanovení smlouvy definující předmět plnění a časovou návaznost jednotlivých smluv byly již popsány ve stanovisku zadavatele č.j. 109531- 2/2017-OKZ ze dne 28.7.2017 zaslaném Úřadu, přičemž zadavatel opětovně vyjmenovává jednotlivé smlouvy týkající se systémů EVC2 a ePasy, které uvedl v citovaném vyjádření.
46. Zadavatel zdůrazňuje, že z uvedených smluv mohou být explicitně seznatelné pouze některé z výše uvedených důvodů, zatímco další vyplývají nepřímou po komplexním zhodnocení obou systémů. Ty jsou dle zadavatele nejlépe viditelné na vlastním předmětu plnění, a to informačních systémech EVC2 a ePasy, jejichž parametry (např. uváděný rozsah lokalit a časových pásem, ve kterých operují, provoz 24x7, uváděné množství řádků zdrojového kódu apod.) dle zadavatele jednoznačně poukazují na složitost (komplexnost) plnění, z něhož se dle zadavatele dá dále odvodit know-how potřebné pro možnost plnit návazné plnění (předmětné smlouvy) či požadovaná odbornost pracovníků dodavatele, přičemž je na těchto základech dle zadavatele možné zhodnotit situaci na trhu, a to zda existuje alternativní dodavatel či nikoliv.
47. Dle zadavatele jsou nepřímou i tyto ostatní faktory zachyceny v uvedených smlouvách případně návazných dokumentech, a to opět prostřednictvím specifikace předmětu plnění, což dle zadavatele vyplývá při odborném posouzení předložených dokladů, jejich zdůvodnění i časových souvislostí. V souvislosti se všemi uvedenými důkazy a skutečnostmi zadavatel uvádí, že ve smyslu § 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 důvodů nebo z důvodu ochrany výhradních práv jediným dodavatelem, přičemž ze zákona dle zadavatele vyplývá, že za tímto účelem je ze strany zadavatele plně postačující, je-li splněn pouze jeden ze zákonem explicitně uvedených důvodů. Dle zadavatele byly prokazatelně splněny oba výše uvedené zákonné důvody.
48. Pokud jde o důvody technické, odkazuje zadavatel na výše uvedené s tím, že v přetrvávajících pochybnostech ze strany Úřadu zadavatel opětovně navrhuje, aby si Úřad

vyžádal znalecký posudek mimo jiné v oboru IT a aby Úřad řízení přerušil do doby doručení tohoto znaleckého posudku.

49. Pokud jde o důvod ochrany výhradních práv, odkazuje zadavatel předchozí vyjádření ze dne 19. 8. 2017.
50. Obviněný s ohledem na výše uvedené trvá na závěru, že v předmětném zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem a že byl dodržen postup pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4, písm. a) tohoto zákona, neboť se jedná o specializovanou veřejnou zakázku, kterou nebylo možné zajistit jiným dodavatelem, který by byl schopen požadované plnění z technických důvodů a důvodů existence výhradních práv provést, aniž by byla současně dotčena účelnost, efektivita a hospodárnost veřejné zakázky, a to především s ohledem na dlouhodobý vývoj a unikátnost daných informačních systémů. Zadavatel dle svého tvrzení doložil oprávněnost použití jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a nedopustil se tak přestupku podle ustanovení § 120 odst. 1 zákona, spočívajícího v nedodržení postupu stanoveného zákonem.

#### **Další průběh správního řízení**

51. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0321/2017/VZ-27099/2017/541/JCh ze dne 22. 9. 2017 určil zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 3. 10. 2017**

52. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 3. 10. 2017 k podkladům k rozhodnutí uvádí, že správní spis neobsahuje všechny podklady, které byly Úřadu zaslány, přičemž zadavatel přílohou zaslal seznam dokumentů, které v obsahu spisu nedohledal. Skutečnost, že do podkladů rozhodnutí nebyly zahrnuty všechny materiály zaslané zadavatelem, zakládá dle zadavatele pochybnost ohledně posouzení vývoje celého informačního systému EVC2 a ePasy, bez něhož není dle zadavatele možno řádně posoudit technické důvody, které dle zadavatele vedly k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel uvedl, že v obsahu spisu nejsou uvedeny referátníky zadavatele, z nichž lze dle zadavatele vysledovat postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky a přílohy č. j. 112369-2/2017-OKZ, tedy přílohy k vyjádření zadavatele ze dne 21. 8. 2017. Dle zadavatele je nutné, aby byly do správního spisu zahrnuty všechny dokumenty poskytnuté zadavatelem, a proto zadavatel žádá o doplnění správního spisu s tím, že takto doplněné podklady budou sloužit jako podklad pro rozhodnutí.
53. Zadavatel dále opětovně podotýká, že navrhl k posouzení technických důvodů, které vedly k zadání předmětné veřejné zakázky, vypracování znaleckého posudku. Zároveň zadavatel dle svého tvrzení uvedl, že je připraven znalecký posudek k výzvě Úřadu opatřit. Dle zadavatele se však Úřad pravděpodobně možností získat znalecké posudky nezabýval.

### **III. ZÁVĚRY ÚŘADU**

54. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o šetřené veřejné zakázce, smlouvy o dílo na původní veřejnou zakázku, vyjádření předložených účastníkem řízení a na základě vlastního šetření konstatuje, že se obviněný při zadávání

veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč a zároveň důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil jmenovaný obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění výše specifikované veřejné zakázky, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 24. 5. 2016 s vybraným uchazečem dvě smlouvy, a to smlouvu o podpoře a smlouvu o rozvoji na veřejnou zakázku. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

### **K právnímu postavení zadavatele**

55. Podle § 2 odst. 1 zákona za zadavatele veřejné zakázky se pro účely zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
56. Z ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) zákona plyne, že veřejným zadavatelem je mimo jiné Česká republika, resp. podle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, i její organizační složky.
57. Ministerstvo zahraničních věcí je ústředním orgánem státní správy, jehož působnost je vymezena ust. § 6 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů. Ministerstvo zahraničních věcí je tedy organizační složkou státu ve smyslu ust. § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, přičemž podle ust. § 3 odst. 2 citovaného zákona organizační složka není právnickou osobou a její jednání je při výkonu její působnosti nebo výkonu předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů jednáním státu.
58. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že Ministerstvo zahraničních věcí je veřejným zadavatelem ve smyslu ust. § 2 odst. 2 písm. a) zákona, pročež se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách, a to ustanovení platná pro veřejné zadavatele.

### **Relevantní ustanovení zákona**

59. Podle § 21 odst. 1 zákona upravuje zákon tyto druhy zadávacích řízení
  - a) otevřené řízení (§ 27),
  - b) užší řízení (§ 28),
  - c) jednacím řízení s uveřejněním (§ 29),
  - d) jednacím řízení bez uveřejnění (§ 34),
  - e) soutěžní dialog (§ 35),
  - f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38).
60. 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 jednacím řízení



s uveřejněním nebo jednacím řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.

61. 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.
62. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

#### **K výroku I. tohoto rozhodnutí**

63. V šetřeném případě zadavatel zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Jednacím řízení bez uveřejnění podle tohoto ustanovení zákona je přitom zadavatel oprávněn využít tehdy, pokud příslušná veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů, z uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
64. Úřad obecně uvádí, že jednacím 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 fakticky zcela vyloučena; vyloučen je tak ten aspekt zadávacího řízení, který má zajistit ekonomickou výhodnost pořízení předmětu plnění veřejné zakázky. Současně je tento druh zadávacího řízení postupem podle zákona nejméně formalizovaným a kontrolovatelným.
65. Jednacím 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 č. j. 1 Afs 23/2012, ze dne 20. 11. 2012 nebo z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 95/2013, ze dne 13. 1. 2015.
66. Jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona tedy lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv využít pouze tehdy, neexistuje-li 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 požizuje určité plnění) posoudit potřebu budoucích

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

67. Úřad v této souvislosti dále uvádí, že s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013) je třeba od tohoto zaviněného vytvoření stavu exkluzivity odlišovat situaci, kdy zadavatel budoucí plnění předpokládat nemohl a uzavřel smlouvu zakládající exkluzivitu jednoho dodavatele, tj. situaci, kdy by uzavření smlouvy v jiném znění, tj. např. při požadavcích na širší licenční oprávnění, bylo dle aktuálně dostupných vědomostí zadavatele nevhodné (příčemž až následně vyplyne, že uzavření smlouvy zakládající exkluzivitu bylo, vzhledem ke vzniku potřeby zadat následné plnění, řešením „nešikovným“); zásadní rozdíl je v tom, že vzniklý stav není zadavatelem zaviněný.
68. 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]ednacích řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit“*. Pokud pak Nejvyšší správní soud v témže rozsudku uvedl, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážít, *„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.“*
69. Pro „dokreslení“ shora uvedeného, resp. restriktivního charakteru využitelnosti jednacích řízení bez uveřejnění, je v dalším možno odkázat i na odstavec 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 jednacích řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu*

*samotného uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení.“*

70. Na základě uvedeného je tak zřejmé, že použít jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa nebo náhrada, a zároveň tato situace není důsledkem vlastní činnosti zadavatele.
71. Z pohledu posouzení postupu zadavatele v případě šetřené veřejné zakázky je tedy s ohledem na výše uvedené nutné posoudit jednak naplnění „formální“ stránky jednacího řízení bez uveřejnění, tj. zda byly dány objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení (autorskoprávní či technické), je však nutné posoudit rovněž „materiální“ podmínku pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, a to, zda zadavatel stav výlučnosti dodavatele sám nevytvořil.
72. Ze zadavatelem předložené dokumentace, konkrétně z písemné výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 11. 2. 2016, vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je podpora a rozvoj konzulárních systémů ePasy MZV a EVC2 MZV pro období 4 let. Z vyjádření zadavatele ze dne 28. 7. 2017 a z předložené dokumentace vyplývá, že systémy EVC2 a ePasy navazují na předmět plnění původní smlouvy resp. původní smlouvy na ePasy, přičemž z žádné z následujících smluv týkajících se evidence cizinců (později EVC2) ani systému ePasy nevyplývá z hlediska autorskoprávní ochrany, že by v tomto ohledu do okamžiku zadání šetřené veřejné zakázky zadavatel získal jiná než uživatelská práva k předmětným informačním systémům, přičemž autorská práva zůstávají vybranému dodavateli.
73. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 19. 6. 2017 v rámci šetření pod sp. zn. P0185/2017/VZ před zahájením správního řízení uvedl, že jednací řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro zadání šetřené veřejné zakázky zvolil z technických a bezpečnostních důvodů a z důvodů ochrany autorských práv. V příloze dokumentu „Informace o přípravě nadlimitní veřejné zakázky „Podpora a rozvoj konzulárních systémů ePasy a EVC2 MZV v letech 2016 – 2019““ ze dne 18. 12. 2015, který předkládal ministr zahraničních věcí členům vlády je uvedeno, že v důsledku situace, kdy oba systémy (EVC2 a ePasy) vyvinul a do současné doby rozvíjí vybraný uchazeč, který je i vlastníkem zdrojových kódů a neumožní do nich přístup třetí straně, může být předmět veřejné zakázky z **technických důvodů a důvodů ochrany výhradních práv** plněna pouze jedním dodavatelem, proto obviněný rozhodl zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona vybranému uchazeči. V písemné výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 11. 2. 2016 je způsob zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění odůvodněno zejména ochranou práv z průmyslového a jiného duševního vlastnictví podle zákona č. 121/2000 Sb., autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů.
74. S ohledem na argumentaci zadavatele týkající se oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro zadání veřejné zakázky se Úřad nejprve zabýval posouzením naplnění formální stránky jednacího řízení bez uveřejnění, tj. posouzení,

zda byly skutečně dány objektivní důvody (autorskoprávní či technické) pro použití tohoto druhu zadávacího řízení.

75. Úřad uvádí, že aplikace ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. Je na zadavateli, aby v rámci případného přezkumu jeho postupu ze strany Úřadu prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. Pouze tak může zadavatel naplnit požadavek na přezkoumatelnost jeho postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti stanovené v ust. § 6 odst. 1 zákona (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 5. 2007 ve věci č. j. 31 Ca 166/2005 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, sp. zn. 5 Afs 131/2007).
76. Prokázání důvodů použití jednacího řízení bez uveřejnění je tak plně na zadavateli, který by měl být schopen objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení doložit již před zahájením zadávacího řízení (k tomu srov. např. závěry vyplývající z rozsudků Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 3. 1987, C-199/85 Komise Evropských společenství proti Italské republice, či z rozsudku ze dne 28. 3. 1996, C-318/94 Komise Evropských společenství proti Spolkové republice Německo), a tyto důvody by měly trvat po celou dobu trvání jednání s dodavateli. V této souvislosti je rovněž možné odkázat na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C385/02 ze dne 14. 9. 2004, v němž Soudní dvůr konstatoval, že ustanovení o možném použití 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 (směrnice), 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). Úřad v této souvislosti v dalším 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 na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, v němž bylo explicitně uvedeno, že „*smyslem daného řízení (pozn. – tj. řízení vedeného před Úřadem ve věci oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění příslušným zadavatelem) bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění.*“ (pozn. – zvýraznění textu provedeno Úřadem).*

77. Ze shora řečeného je tak zřejmé, že důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na obviněném, jehož povinností je, aby doložil, že pro zadání předmětné veřejné zakázky formou jednacím řízení bez uveřejnění byly prokazatelně splněny všechny podmínky předvídané v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a že tedy předmět takto zadané zakázky nemohl být zadán v jiném druhu zadávacím řízení, které je oproti jednacím řízení bez uveřejnění z podstaty transparentnější. 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 jednacím řízení bez uveřejnění je to tedy právě zadavatel, resp. obviněný, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem, přičemž dospěl k závěru, že obviněný důkazní břemeno neunesl. Ke svému závěru uvádí Úřad následující.

*K existenci technických důvodů pro použití jednacím řízení bez uveřejnění*

78. K existenci technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění Úřad z dokumentace o veřejné zakázce zjistil, že sice např. v příloze dokumentu „Informace o přípravě nadlimitní veřejné zakázky „Podpora a rozvoj konzulárních systémů ePasy a EVC2 MZV v letech 2016 – 2019““ ze dne 18. 12. 2015 a ve svém vyjádření ze dne 21. 8. 2017 uvedl technické důvody vedle důvodů ochrany autorských práv jako důvod zadání předmětné veřejné zakázky postupem podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona v jednacím řízení bez uveřejnění, avšak zadavatel ani v těchto listinách ani v jiných částech zadávací dokumentace žádné konkrétní relevantní technické důvody fakticky neuvádí. V písemné výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 11. 2. 2016 pak zadavatel jako důvod uvedeného způsobu zadání šetřené veřejné zakázky uvádí „...zejména z důvodu ochrany práv z průmyslového a jiného duševního vlastnictví podle zákona č. 121/2000 Sb., autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů,“ přičemž technické důvody ani neuvádí.
79. Z uvedeného je zřejmé, že zadavatel před zadáním předmětné veřejné zakázky žádné konkrétní technické důvody, jež by vedly k faktické nemožnosti plnění veřejné zakázky jiným dodavatelem, ve svých vyjádřeních ani v poskytnutých dokumentech nedokládal. Vzhledem k výše uvedenému tak dle Úřadu z informací poskytnutých zadavatelem nelze dojít k závěru, že by zadavatel před zadáním veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona tvrzené „technické důvody“ prokázal, a že tak má zadavatel najisto postaveno, že konkrétní a relevantní technické důvody pro zadání veřejné zakázky opravdu existují.
80. Úřad na tomto místě opětovně poznamenává, že zadavatel, resp. obviněný, musí v řízení před Úřadem prokázat, že z hlediska technického opravdu **neexistoval** v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky. Obviněný však tuto skutečnost neprokázal. Obviněný danou skutečnost totiž toliko tvrdí.
81. Nadto obviněný ve svém vyjádření ze dne 19. 6. 2017 v rámci šetření pod sp. zn. P0185/2017/VZ před zahájením správního řízení připustil možnost otevřeného výběrového řízení na předmětnou veřejnou zakázku po odkupu autorských práv na úpravu zdrojových kódů, přičemž uvedl, že u vybraného uchazeče poptal odkup autorských práv na úpravu zdrojových kódů s tím, že vybraný uchazeč odkup práv na komplex obou systémů (EVC2 a ePasy) nacenil částkou 56 mil. Kč bez DPH a 68 mil. Kč s DPH. Tuto skutečnost zadavatel

doložil dopisem ze dne 2. 3. 2015, kterým nacenění zdrojových kódů mj. informačních systémů ePasy a EVC2 poptává a odpovědí vybraného uchazeče ze dne 19. 8. 2015, ve které vybraný uchazeč odkup zdrojových kódů ke čtyřem informačním systémům zahrnujícím ePasy a EVC2 včetně s nimi souvisejícím poskytnutím nevýhradních užívacích práv k autorským dílům a práva měnit a aktualizovat tato díla zadavatelem či prostřednictvím třetích osob nacenil vybraný uchazeč na 56 000 000,- Kč bez DPH. Zadavatel tedy uvedeným postupem projevil vůli získat autorská práva k předmětným informačním systémům tak, aby mohly být následující veřejné zakázky související s předmětnými informačními systémy zadávány v „otevřenějším“ režimu. Kdyby takový postup nebyl ani po odkoupení autorských práv na úpravu zdrojových kódů z technických důvodů možný, neměla by snaha zadavatele o odkup autorských práv na úpravu zdrojových kódů žádný smysl. I z uvedeného postupu zadavatele je tedy zřejmé, že technické důvody pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dány nebyly.

82. Na základě právě uvedeného tak Úřad konstatuje, že obviněný ve zde projednávané věci v souvislosti s prokázáním technických důvodů opravňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona důkazní břemeno neunesl, jelikož neprokázal, že by celý předmět plnění musel realizovat výhradně vybraný uchazeč; tuto skutečnost obviněný pouze tvrdí, avšak jím předložené podklady ji neprokazují.
83. Jak vyplývá z uvedeného, obviněný ve svém vyjádření ze dne 19. 6. 2017 v rámci šetření pod sp. zn. P0185/2017/VZ před zahájením správního řízení, na které se v níže uvedené části odkazuje ve svém vyjádření ze dne 21. 8. 2017, připustil možnost otevřeného výběrového řízení na předmětnou veřejnou zakázku po odkupu autorských práv na úpravu zdrojových kódů, přičemž uvedl, že u vybraného uchazeče poptal odkup autorských práv na úpravu zdrojových kódů s tím, že vybraný uchazeč odkup práv na komplex obou systémů (EVC2 a ePasy) nacenil částkou 56 mil. Kč bez DPH a 68 mil. Kč s DPH. Následně zadavatel v citovaném vyjádření dovozuje, že vzhledem k současným nákladům na provoz systémů ePasy a EVC2 by postup zadavatele spočívající v odkupu zdrojových kódů a s nimi souvisejících autorských práv nebyl ekonomicky efektivní.
84. Úřad v této souvislosti primárně odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015, ve kterém soud – přílehlavě i na posuzovaný případ – uvedl: *„Tu soud také poznamenává, že sama zásada hospodárnosti, nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacího řízení bez uveřejnění zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže.“* Z uvedeného vyplývá, že nelze akceptovat takový postup zadavatele, při kterém by ve jménu zásady hospodárnosti docházelo k diskriminaci určitého okruhu uchazečů a omezování hospodářské soutěže. Obdobný závěr pak vyplývá z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř ze dne 29. 9. 2016, v jehož rámci předseda Úřadu mimo jiné konstatoval, 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.“* Dále pak k této argumentaci Úřad s odkazem na již citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013 uvádí, že zadavatel by si před zadáním veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona měl vždy (a to zejména v případě, že „hospodárností“ a „efektivností“ míní následně

argumentovat, resp. svůj postup obhajovat) provést porovnání nákladů na realizaci zakázky stávajícím dodavatelem a dodavatelem odlišným. Úřad konstatuje, že zadavatel musí dbát na to, aby se veřejné zadávání uskutečnilo za podmínek hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí, jedině pak je možné dosáhnout i sekundárního cíle zákona, tj. zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky.

85. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 19. 6. 2017 připouští, že je technicky možné, aby odkoupil autorská práva od vybraného uchazeče, tedy i práva na úpravu zdrojových kódů, a následně realizoval předmět veřejné zakázky v otevřeném řízení. V rámci citovaného vyjádření dále zadavatel popisuje variantu pořízení nového informačního systému, tedy alternativy k systému EVC2 a ePasy, přičemž na základě vyčíslených nákladů na odkup autorských práv a zadavatelem odhadovaných úspor při realizaci otevřeného řízení dovozuje, že žádná z těchto variant není ekonomicky výhodnější než postup spočívající v pokračování spolupráce s vybraným uchazečem. K předloženým ekonomickým variantám řešení provozu informačního systému zadavatele Úřad konstatuje, že v daném případě se nejedná o plnohodnotnou ekonomickou analýzu, neboť zadavatel pro výpočet používá mimo jiné odhadované hodnoty možných úspor nákladů na hodinovou práci dodavatelů a zadavatel nereflektuje možnou změnu nabídkových cen plnění ke dni případného zadání předmětné veřejné zakázky (např. v otevřeném řízení), která je vzhledem k oblasti plnění veřejné zakázky, tj. oblasti ICT např. s ohledem na technický pokrok a vývoj znalosti v daném oboru velmi pravděpodobná. Na základě zadavatelem předložených výpočtů nákladů na jednotlivé varianty, které operují pouze s odhadovanými hodnotami úspor nákladů na hodinovou práci dodavatelů, nelze jednoznačně stanovit, jaké by byly reálné nabídkové ceny v případě soutěže mezi více dodavateli.
86. Úřad však v této souvislosti podotýká, že ani případné dovození ekonomické výhodnosti v postupu zadavatele nemá přednost před aplikací zákona. Úřad v této souvislosti opětovně odkazuje na již zmíněný rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, podle kterého *„zásada hospodárnosti nemůže mít automaticky aplikační přednost před splněním striktních zákonných podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, a to zvláště tehdy, pokud stěžovatel nemá k dispozici důkladný ekonomický rozbor svědčící takové výhodnosti.“* Úřad dále k dané argumentaci dodává, že postup obviněného, jenž od uzavření původní smlouvy a původní smlouvy na ePasy opakovaně uzavírá na základě jednacích řízení bez uveřejnění s vybraným uchazečem smlouvy týkající se podpory a rozvoje systémů ePasy a EVC2, lze jen stěží považovat za postup hospodárný, resp. hospodárnější, než kdyby předmětné služby byly zajišťovány dodavatelem vybraným např. na základě otevřeného řízení. Úřad proto, ve světle shora řečeného, považuje tuto argumentaci obviněného pro rozhodnutí věci za irelevantní.
87. Ačkoli obviněný v rámci správního řízení nepředložil žádný ekonomický posudek (vyjma odhadu úspor při realizaci jednacích řízení bez uveřejnění) považuje Úřad za vhodné uvést, že „kalkulace“ prokazující výhodnost jednacích řízení bez uveřejnění jsou ve většině případu vztaženy k velmi krátkému období, případně se jedná o jednorázovou investici, která se bude patrně vždy jevit výhodněji při zadání již stávajícímu dodavateli, avšak v případě, kdy by byl proveden kvalifikovaný ekonomický posudek ve středně dobém či dlouhodobém horizontu, je zřejmé, že by mohlo dojít k přehodnocení „výhodnosti“ zadávání veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť by při vhodném nastavení podmínek byly navazující

veřejné zakázky zadávány v konkurenčním prostředí a nabídnutá cena by vznikla za podmínek hospodářské soutěže a nikoliv na základě „jednání“ mezi zadavatelem a jedním konkrétním subjektem na trhu.

88. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 21. 8. 2017 dále uvádí, že v oznámení o zahájení přestupkového řízení vůbec nejsou zmiňovány dvě smlouvy uzavřené na předmět plnění veřejných zakázek z let 2011 a 2012, konkrétně smlouva o podpoře systému na pořizování, přenos a zpracování žádostí o cestovní doklad s biometrickými prvky MZV (2012-2015) a Smlouva o rozvoji pasového systému MZV (2012-2015). Zohlednění jak těchto dvou smluv, tak zejména všech dalších smluv uváděných v korespondenci Úřadu se zadavatelem v rámci šetření pod sp. zn. P0185/2017/VZ před zahájením správního řízení je dle zadavatele klíčové pro porozumění vzájemné souvislosti těchto smluv a smlouvy uzavřené na předmět plnění předmětné veřejné zakázky v kontextu existence technických důvodů, které odůvodňují zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. K tomu Úřad uvádí, že zadavatel ve vyjádření ze dne 21. 8. 2017 ani ve vyjádření ze dne 6. 9. 2017 Úřadu nesdělil, ze kterých uvedených smluv a ze kterých jejich částí vyplývají jednoznačně technické důvody pro zadání předmětné veřejné zakázky jedinému konkrétnímu dodavateli, a to vybranému uchazeči, v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a proto Úřad nevyhodnotil všechny uvedené smlouvy jako podklad pro předmětné rozhodnutí.
89. Ve svém vyjádření ze dne 6. 9. 2017 zadavatel uvádí výčet smluv od roku 2006 týkajících se systému ePasy, resp. od roku 1997 týkajících se systému EVC2, přičemž zdůrazňuje, že z nich mohou být explicitně seznatelné pouze některé technické důvody pro užití jednacího řízení bez uveřejnění, zatímco další vyplývají z komplexního hodnocení obou systémů. Dle zadavatele jsou tyto technické důvody nejlépe viditelné na vlastním předmětu plnění předmětných informačních systémů, kdy jejich parametry poukazují na složitost plnění, z něhož dle zadavatele vyplývá nutné know-how pro plnění předmětu veřejné zakázky a požadavek na odbornost zadavatele, z čehož je dle zadavatele možno zhodnotit, zda existuje alternativní dodavatel či nikoliv. Zadavatel však žádné zmiňované komplexní hodnocení předmětných informačních systémů, ze kterého by jednoznačně vyplývaly technické důvody pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, nepředložil. Úřad na tomto místě odkazuje na bod 76. a následující tohoto rozhodnutí, kde je dovozeno, že důkazní břemeno, že byly naplněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, nese zadavatel. V šetřeném případě však zadavatel jím zmiňované komplexní hodnocení informačních systémů ePasy a EVC2, ze kterého by byly zřejmé technické důvody pro užití jednacího řízení bez uveřejnění, nepředložil.
90. Zadavatel rovněž nevedl, ze kterých konkrétních parametrů předmětných informačních systémů a jakým způsobem by mělo vyplývat, že nutné know-how pro plnění předmětu veřejné zakázky a požadavek na odbornost dodavatele pro plnění předmětu veřejné zakázky, je schopen splnit pouze jediný dodavatel (ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013), přičemž Úřad opětovně odkazuje na bod 76. a následující tohoto rozhodnutí, kde je dovozeno, že důkazní břemeno, že byly naplněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, nese zadavatel.
91. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 21. 8. 2017 dále uvedl, že technické důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění spočívají v zajištění systémové kompatibility, eliminace provozních rizik, vysoké specifičnosti a kustomizace požadovaného plnění a vysoké



odbornosti pracovníků dodavatele, zdůraznil politický a ekonomický rozměr předmětných informačních systémů, jejich rozsah, význam dle vyhlášky č. 317/2014 Sb., o významných informačních systémech a jejich určujících kritériích, i návaznost na další informační systémy. Dále zadavatel v citovaném vyjádření zdůraznil složitost předmětných informačních systémů kladoucí velké nároky na jejich údržbu. Ve vyjádření zadavatele ze dne 6. 9. 2017 zadavatel opětovně poukazuje na skutečnost, že předmětné informační systémy jsou rozsáhlé, specifické, unikátní a významné, přičemž pouze vybraný uchazeč vlastní potřebné know-how. Žádné z uvedených tvrzení zadavatele však neprokazuje takové technické důvody, v jejichž důsledku by bylo možné zadat předmět plnění šetřené veřejné zakázky pouze vybranému uchazeči. Zadavatel nedoložil žádné podklady, ze kterých by jednoznačně vyplývalo, že žádný jiný dodavatel není schopen plnit předmět veřejné zakázky, přičemž důkazní břemeno nese, jak bylo dovozeno výše (bod 76. a následující tohoto rozhodnutí), zadavatel. Úřad dále uvádí, že výše citované pojmy, rizika a specifika jsou ve své obecné podstatě aplikovatelná na provoz většiny informačních systémů státní správy, přičemž technické důvody ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona je v případě, že se jich zadavatel dovolává, nutné specifikovat konkrétně a precizně tak, aby nebylo pochyb o jedinečnosti těchto technických důvodů vztahujících se ke konkrétní veřejné zakázce, a nejedná se o obecnou proklamaci, která je přítomná u většiny informačních systémů.

92. Dále zadavatel v citovaném vyjádření uvedl, že zadal plnění veřejné zakázky, jejímž předmětem byla náhrada informačního systému EVC2, v otevřeném řízení společnosti Asseco Central Europe, a.s., která dle zadavatele nebyla schopna dostát svým závazkům. Zadavatel navrhuje jako důkaz dokumenty související se zakázkou zadanou uvedenému dodavateli. Dle vyjádření zadavatele ze dne 6. 9. 2017 tato skutečnost dokládá problémy, které by vznikly změnou dodavatele. Dle zadavatele lze případný další pokus o výměnu předmětných informačních systémů považovat za značné provozní, ekonomické a bezpečnostní riziko. K tomu Úřad konstatuje, že skutečnost, že existuje dodavatel (výše uvedený), který nebyl schopen v roce 2008 splnit zakázku, jejímž předmětem byla alternativa informačního systému EVC2, neprokazuje existenci jediného možného dodavatele na splnění předmětu šetřené veřejné zakázky. Skutečnost, že v roce 2008 nedostala výše uvedená společnost svým závazkům, nemůže být důvodem, na základě kterého zadavatel v roce 2016, tedy o 8 let později, dovozuje nemožnost realizaci předmětu plnění veřejné zakázky (kterým je rozvoj a podpora systémů EVC2 a ePasy), jiným než vybraným dodavatelem. Z uvedených důvodů Úřad nepřistoupil k provedení důkazů listinami souvisejícími s výše popsaným otevřeným řízením, jak navrhuje zadavatel.
93. Zadavatel dále odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 30 Af 78/2013 - 148, ze dne 21. 12. 2015, kde je uvedeno, že technický důvod může spočívat v potřebě zajištění kompatibility a že technickým důvodem mohou být také značné provozní problémy, které by vznikly změnou dodavatele. Dle vyjádření zadavatele ze dne 6. 9. 2017 je nezbytné, aby plnění bylo kompatibilní s plněním, které zadavatel již vlastní, přičemž tento požadavek je dle zadavatele zachycen ve smlouvách v částech popisujících předmět plnění prostřednictvím slov typu podpora, profylaxe, aktualizace, upgrade, změna, rozšíření, rozvoj a doplnění, která informují o záměru zadavatele dále používat v rozsahu upraveném pouze o změny definované v předmětném plnění. K tomu Úřad konstatuje, že zadavatel neposkytl žádné podklady, ze kterých by jednoznačně vyplývalo, že kompatibilní plnění předmětné veřejné zakázky je schopen poskytnout pouze jediný dodavatel, a to vybraný uchazeč. Zadavatel

rovněž nepředložil podklady, ze kterých by jednoznačně vyplývalo, že změnou dodavatele by při plnění šetřené veřejné zakázky, jejímž předmětem je podpora a rozvoj informačních systémů EVC2 a ePasy, vznikly značné provozní problémy. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na specifikace předmětu veřejné zakázky, které popisuje ve svém vyjádření ze dne 28. 7. 2017, avšak ani z žádné části citovaného vyjádření zadavatele nevyplývá, že v době zadání šetřené veřejné zakázky byly dány takové technické důvody, v jejichž důsledku by byl schopen poskytnout předmět plnění šetřené veřejné zakázky pouze vybraný uchazeč. Zadavatelem uvedená skutečnost, že existuje jeden konkrétní dodavatel, a to společnost Asseco Central Europe, a.s., který nebyl schopen v roce 2008, tedy 8 let před zadáním šetřené veřejné zakázky, dostát svému závazku a dodat alternativu k informačnímu systému EVC2, tedy jiný předmět plnění, než je předmět plnění šetřené veřejné zakázky, tyto možné provozní problémy při změně dodavatele na podporu a rozvoj předmětných informačních systémů neprokazuje, neboť tato skutečnost nevyklučuje existenci jiných dodavatelů schopných splnit předmět plnění veřejné zakázky. Úřad v této souvislosti opětovně odkazuje na bod 76. a následující tohoto rozhodnutí, kde je dovozeno, že v případě použití jednacího řízení bez uveřejnění nese důkazní břemeno zadavatel.

94. Zadavatel dále uvádí, že v případě stávajících systémů ePasy a EVC2 by se staly oba předmětné informační systémy duplicitními a zastaralými, čímž je dle zadavatele „značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění“. Úřad konstatuje, že z vyjádření zadavatele není zřejmé, v čem by mělo spočívat „riziko“ nefunkčnosti původního informačního systému zadavatele, když jej nahradí novým informačním systémem. V této souvislosti Úřad uvádí, že zadavatelem popisovaná situace tak není možným „provozním problémem“ ve smyslu rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 30 Af 78/2013 - 148, ze dne 21. 12. 2015.
95. K odkazu zadavatele na rozsudek Nejvyššího správního soudu, č. j. 5 Afs 42/2012-53, ze dne 11. 1. 2013, dle něhož technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění mohou spočívat např. v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility, v požadavku odůvodněném také technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění, v daném případě informačního systému, Úřad uvádí, že právě v zadavatelem odkazovaném rozhodnutí je taktéž dovozena nutnost zadávat veřejné zakázky za podmínek hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí, což znamená, že nelze použít automaticky jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona s odkazem na existenci technických důvodů vždy, když je možné předpokládat, že by jiný způsob pořízení patrně vyvolal vyšší náklady či existovalo riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění.
96. K odkazu zadavatele na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 256/2015-95, ze dne 12. 5. 2016, dle kterého mohou technické důvody zahrnovat faktickou technickou neschopnost jiného hospodářského subjektu provést požadovaný výkon či nezbytnost použít specifické know-how, nástroje či prostředky, které má k dispozici pouze jeden hospodářský subjekt, Úřad opětovně uvádí, že z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel nedoložil žádné podklady, ze kterých by bylo zřejmé, že žádný jiný hospodářský subjekt není z technických důvodů schopen zajistit předmět plnění šetřené veřejné zakázky, tudíž přestože závěry soudu jsou takto obecně platné, v daném případě tuto skutečnost zadavatel neprokázal.
97. K argumentu zadavatele, že nelze zadavateli existenci výhradních práv přiřítat k tíži, a to jednak z důvodu, že v roce 1997 před přístupem České republiky k Evropské unii a

k Schengenské dohodě nebylo objektivně možno předvídat další vývoj vízových systémů a vyhrázovat si v této souvislosti autorská práva, a také proto, že tehdy účinná legislativa, konkrétně zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a navazující judikatura vyhrázení si předmětných autorských práv, včetně přístupu ke zdrojovému kódu, po zadavateli vůbec nevyžadovala, Úřad uvádí následující. Přestože se dle zadavatele uvedený požadavek objevil až mnohem později v kontextu komunitární legislativy a návazné rozhodovací praxe Evropského soudního dvora (nyní Soudního dvora Evropské unie), Úřad konstatuje, že ani poté zadavatel neučinil nic pro to, aby se „odpoutal“ od vybraného uchazeče, tj. kupříkladu aby následující veřejné zakázky souvisejícími s předmětnými informačními systémy zadal v otevřeném řízení, popř. aby „vysoutěžil“ dodavatele nových informačních systémů. Zadavatelem uvedená skutečnost, že jediný konkrétní dodavatel v roce 2008, tedy 8 let před zadáním šetřené veřejné zakázky, nebyl schopen dodat v otevřeném řízení alternativní informační systém k informačnímu systému EVC2, nemohou v žádném případě prokazovat nemožnost zadavatele „odpoutat se“ ani v takto dlouhém časovém horizontu od jediného dodavatele.

98. Úřad v této souvislosti odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 256/2015 – 95 ze dne 12. 5. 2016, kde je uvedeno, že žalobce „...měl za situace, kdy se o zakázku ucházel jediný subjekt, přinejmenším dvě legální cesty. Mohl postupovat buď způsobem, který navrhl krajský soud, tedy zadávací řízení zrušit a vypsat je poté případně znovu s určitými modifikacemi tak, aby je otevřel širšímu okruhu potenciálních uchazečů. Nebo mohl postupovat tak, jak postupoval, tedy zadávací řízení nezrušit a přistoupit na licenční podmínky společnosti HAGUESS, a.s. Při zvolení této varianty si však musel být vědom omezení, které pro něj z takového postupu vyplývá, tedy následné nemožnosti zadat navazující zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, a podle toho dále jednat. Žalobce b) si zvolil třetí, nelegální variantu, v rámci níž přistoupil na omezující licenční podmínky jediného uchazeče a zároveň následné zakázky zadával v jednacím řízení bez uveřejnění tomuto jedinému uchazeči. Takový postup byl však v rozporu se zákonem, jak uzavřel soud výše“.
99. Úřad dále odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. ÚOHS-R185/2011/VZ-532/2012/310/ASc/JSI ze dne 1. 2. 2012, ve kterém je k problematice odstranění „závislosti na původním dodavateli“ uvedeno, že „Právní vztah, jenž podmiňuje existenci výhradních práv vybraného uchazeče k předmětu veřejné zakázky, kterým je informační právní systém, vznikl v důsledku jednání zadavatele, resp. jeho právního předchůdce a zadavatel nepodnikl relevantní kroky k odstranění tohoto, pro něj nevýhodného, právního stavu. Zadavatel nevyvíjel žádnou snahu odstranit právní omezení spojená s tímto informačním systémem. Nevýhodnost tohoto právního stavu je zcela objektivní a jeho odstranění by znamenalo nutnost zadání veřejné zakázky v transparentnějším zadávacím řízení, do kterého by se mohlo přihlásit více zájemců a zadavatel by předmět veřejné zakázky získal pravděpodobně za nižší cenu nebo za výhodnějších podmínek.“.
100. Na základě výše uvedeného dospěl Úřad k závěru, že technické důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona zadavatel v daném případě neprokázal a neunesl tak důkazní břemeno ohledně existence těchto důvodů.

*K existenci objektivních důvodů pro použití jednacím řízení bez uveřejnění spočívajících v nutnosti ochrany autorských práv*

101. Pokud jde o obviněným tvrzenou existenci objektivních důvodů pro použití jednacního řízení bez uveřejnění spočívajících v nutnosti ochrany autorských práv, pak Úřad uvádí následující.
102. Z vyjádření zadavatele a jím předložených listin vyplývá, že předmětem šetřené veřejné zakázky jsou rozvoj a podpora systémů ePasy a EVC2.
103. Z vyjádření zadavatele ze dne 28. 7. 2017 v rámci šetření pod sp. zn. P0185/2017/VZ před zahájením správního řízení i z předložených listin vyplývá, že systém evidence vízových cizinců, později nazývaný EVC2, vychází z původní smlouvy ze dne 21. 1. 1997, jejímž předmětem byla mj. evidence cizinců pro ústředí v souladu se schengenskými dohodami. Z citované smlouvy vyplývají (viz bod 3. tohoto rozhodnutí) uživatelská práva k systému evidence cizinců, právo zadavatele na zdrojové tvary programů, které jsou předmětem smlouvy, a nedílné autorské právo zadavatele a vybraného uchazeče k programům, které jsou předmětem smlouvy. Zadavatel se zároveň ve smlouvě zavázal neupravovat programy (vyjma v původní smlouvě stanovených výjimek), které jsou předmětem původní smlouvy. Ze smlouvy o poskytnutí služeb podpory a rozvoje vízových aplikací č. j. 98908-2/2009-SZI ze dne 25. 3. 2009 vyplývá, že vznikne-li v oblasti průběžné podpory infrastruktury pro oblast vízových aplikací a oblast rozvoje vízových a konzulárních agend plnění podléhající autorskému zákonu, poskytuje k němu vybraný uchazeč zadavateli pouze uživatelská práva.
104. Z vyjádření zadavatele ze dne 28. 7. 2017 v rámci šetření pod sp. zn. P0185/2017/VZ před zahájením správního řízení, z vyjádření zadavatele ze dne 21. 8. 2017 i ze zadavatelem předložených listin rovněž vyplývá, že systém ePasy vychází z původní smlouvy na ePasy ze dne 4. 4. 2006, jejímž předmětem byl mj. návrh na vytvoření systému na pořizování, přenos a zpracování žádostí o cestovní doklad s biometrickými prvky. V citovaných smlouvách (viz bod 103. tohoto rozhodnutí) je dále sjednáno, že zadavatel má k programům uživatelská práva, zatímco autorská práva a přístup ke zdrojovým kódům zůstávají vybranému uchazeči (viz také bod 6. tohoto rozhodnutí).
105. Z vyjádření zadavatele ze dne 28. 7. 2017 z vyjádření zadavatele ze dne 21. 8. 2017 a z podkladů poskytnutých zadavatelem je zřejmé, že systémy EVC2 a ePasy byly od jejich vytvoření na základě původní smlouvy a původní smlouvy na ePasy do podpisu smluv na předmět plnění šetřené veřejné zakázky podporovány a rozvíjeny na základě dalších smluv, které v mezidobí uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem. Ze žádných dalších zadavatelem předložených smluv ani podkladů nevyplývá jiná úroveň autorskoprávní ochrany systémů EVC2 a ePasy, než jaká je zakotvena ve výše uvedených smlouvách (viz bod 103. tohoto rozhodnutí), resp. zadavatel měl až do dne podpisu dvou smluv na šetřenou veřejnou zakázku pouze uživatelská práva k předmětným informačním systémům.
106. Z podkladů poskytnutých zadavatelem dále vyplývá, že na původní smlouvu a původní smlouvu na ePasy navazovaly další smlouvy, přičemž z žádné z následujících smluv týkajících se evidence cizinců (později EVC2) ani systému ePasy nevyplývá z hlediska autorskoprávní ochrany, že by v tomto ohledu do okamžiku zadání šetřené veřejné zakázky nastala jakákoliv změna, resp. zadavateli po celou dobu zůstávají uživatelská práva k předmětným informačním systémům a autorská práva zůstávají vybranému dodavateli.
107. V souhrnu výše uvedených skutečností Úřad rekapituluje, že systémy EVC2 (původně evidence cizinců) a ePasy byly pro zadavatele vytvořeny na základě původní smlouvy, resp. původní smlouvy na ePasy, přičemž jsou jakožto počítačový program chráněny coby dílo ve

smyslu příslušných autorskoprávních předpisů. Z původní smlouvy, smlouvy o poskytnutí služeb podpory a rozvoje vizových aplikací č. j. 98908-2/2009-SZI ze dne 25. 3. 2009, resp. smlouvy na ePasy, jakož i z následně uzavřených smluv mezi zadavatelem a vybraným uchazečem také vyplývá, že zadavatel je oprávněn systémy EVC2 a ePasy užívat, ale nemá autorská práva, přičemž dle vyjádření zadavatele ze dne 19. 6. 2017 a jeho příloh (Žádost o cenovou kalkulaci zdrojových kódů ze dne 2. 3. 2015 a ze dne 19. 3. 2015) zadavatel nacenil odkup autorských práv na úpravu zdrojových kódů mj. na komplex obou systémů na 56 mil. Kč bez DPH a 68 mil. Kč s DPH. Z předložené dokumentace ani z žádného vyjádření zadavatele však nevyplývá, že by zadavatel zdrojové kódy a s nimi související autorská práva k předmětným informačním systémům odkoupil. Předmětem šetřené veřejné zakázky je zajištění podpory a rozvoje konzulárních systémů ePasy a EVC2, tedy zásah do systémů ePasy a EVC2.

108. Jak již Úřad uvedl, z judikatury citované v odůvodnění tohoto rozhodnutí jednoznačně vyplývá, že při posuzování naplnění podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona je nezbytné vždy zkoumat nejen to, zda objektivně existují výhradní práva svědčící konkrétnímu dodavateli, s ohledem na něž není možno veřejnou zakázku zadat jinému subjektu, ale je nutno zkoumat i naplnění materiální podmínky pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění, tj. zda zadavatel stav výlučnosti tohoto dodavatele pro plnění veřejné zakázky sám nevytvořil. Úřad konstatuje, že i pokud by zadavatelem tvrzená autorskoprávní ochrana systémů EVC2 a ePasy a z ní plynoucí nemožnost zadavatele (resp. jiného dodavatele) do systému zasahovat objektivně existovala, jako oprávněný důvod pro použití jednacím řízení bez uveřejnění by obstála pouze v případě, že by ji zadavatel sám nezpůsobil. Z toho důvodu se Úřad dále zabýval naplněním materiální podmínky použití jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany autorských práv, tj. posouzením, zda zadavatel jím tvrzený stav, kdy veřejnou zakázku podle něj může splnit pouze vybraný uchazeč, sám nevytvořil.
109. V této souvislosti Úřad odkazuje na již výše uvedený rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, který přinesl odpověď na otázku, zda skutečnost, že zadavatel stav exkluzivity způsobil sám, je či není při posouzení naplnění podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona relevantní. Z citovaného rozsudku považuje Úřad za nezbytné opětovně i na tomto místě přímo citovat, že *„jednacím řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně i fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné 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 jednacím řízení bez uveřejnění.“* Nejvyšší správní soud také odkázal na dřívější rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 3/2002 ze dne 5. 11. 2002, v němž soud konstatoval, že okolnosti, které by mohly odůvodňovat postup, kdy zadavatel osloví jednoho konkrétního zájemce,

nemohou vycházet ze stavu, kdy si zadavatel nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až je následně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolává se postupu dle daného ustanovení zákona.

110. Úřad zdůrazňuje i to, co uvedl již v bodě 64. odůvodnění tohoto rozhodnutí, a sice, že pokud Nejvyšší správní soud dále zdůraznil, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážit, „zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný“, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky, dle rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015: *„citované argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného „zavinění“ půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem, kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadání navazujících zakázek“.*
111. Z výše uvedeného vyplývá, že aby bylo možno konstatovat, že zadavatel, který svým jednáním při zadávání původní veřejné zakázky vytvořil exkluzivní postavení dodavatele původní veřejné zakázky, postupoval pouze „nešikovně“, muselo by v daném případě dojít k tomu, *„aby zadavatel prokazatelně neměl vědomí o tom, že v budoucnu vznikne potřeba zadat další veřejné zakázky“* (rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015).
112. K tomuto Úřad uvádí, že předmětem plnění dle Původní smlouvy byl komplexní návrh a dodávka informačního systému pro zadavatele – pilotní část. V bodu „Předmět smlouvy“ citované smlouvy je uvedeno: *„Pokud bude IS úspěšně dokončen a převzat MZV, IBM ČR se zavazuje na žádost MZV uzavřít s ním smlouvu na budoucí rozšíření řešení informačního systému MZV dodaného v rámci této smlouvy, v souladu se schváleným Globálním návrhem systému. Pokud z viny IBM ČR nedojde k uzavření smlouvy na budoucí rozšíření řešení IS MZV, nebude IBM ČR bránit dokončení IS MZV jinými dodavateli a poskytne MZV potřebná práva a informace nezbytná k dokončení výše uvedeného rozšíření.“.* Podle bodu A.1.4 přílohy A „Přehled činností“ původní smlouvy bude vybraný uchazeč jako systémový integrátor zodpovědný za vývoj aplikačního programového vybavení a jeho instalaci na všech relevantních uživatelských pracovištích pilotního projektu mj. pro evidenci cizinců. Podle bodu A.1.4.8 přílohy A „Přehled činností“ citované smlouvy: *„Evidence cizinců pro ústředí a ZÚ v souladu se schengenskými dohodami, zahrnující:*
- *Technickou specifikaci a vytvoření funkčního modelového pracoviště na ústředí MZV v Praze (vlastní hardwarové prostředky budou dodány MZV, viz Příloha D), návrh technologie pro tisk vízových nálepek, vývoj a instalaci aplikačního programového vybavení na modelovém pracovišti. Úloha bude zajišťovat následující funkce:*
  - *Zpracování žádosti o vízum,*
  - *Kontrolu úplnosti dat,*
  - *Tisk vízové nálepky,*
  - *Vyúčtování vízové služby s možností ovlivnění konzul. úředníkem,*
  - *Archivaci dat žadatelů,*
  - *Skenování dokumentů (žádosti o vízum, fotografie a pasu),*

- *Tisk dokladů,*
- *Vydávání víz na hraničních přechodech.“*

113. Úřad s ohledem na výše uvedenou judikaturu provedl porovnání předmětu plnění veřejné zakázky, kterým je mj. podpora a rozvoj systému EVC2 sjednaného na základě smluv na předmět plněná šetřené veřejné zakázky a konstatuje, že zadavatel již při podpisu původní smlouvy počítal s uzavřením smlouvy na: „*budoucí rozšíření řešení informačního systému MZV*“, tedy dle předmětu původní smlouvy také informačního systému Evidence cizinců (později EVC2), přičemž „rozvoj“ informačního systému EVC2, který je předmětem plnění šetřené veřejné zakázky, lze definovat jako „rozšíření“ a „zlepšení“ stávajícího informačního systému.
114. V rámci posouzení materiální stránky použití jednacích řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky tak Úřad s odkazem na výše zmíněnou judikaturu konstatuje, že judikovanou podmínku o potřebě plnění, které zadavatel nemohl předvídat, šetřená veřejná zakázka minimálně v části jejího předmětu plnění, týkající se rozvoje informačního systému EVC2, nesplňuje, jelikož zadavatel si již v původní smlouvě zakotvil budoucí rozšíření informačního systému evidence vízových cizinců na základě smluv na žádost zadavatele. Z uvedeného je zřejmé, že zadavatel o potřebě rozšíření plnění z původní smlouvy věděl již v době uzavření původní smlouvy. Nelze tak konstatovat, že by potřeba předmětných služeb vznikla nezávisle na vůli zadavatele a že jeho postup by byl pouze „nešikovný“. Zadavatel prokazatelně měl vědomí o tom, že v budoucnu vznikne potřeba předmětný informační systém rozšiřovat, jelikož to byl právě on, kdo si ujednání týkající se budoucího rozšíření předmětného informačního systému činností zakotvil již v roce 1997 v původní smlouvě.
115. K dalším činnostem sjednaným ve smlouvách na předmět plnění šetřené veřejné zakázky, tedy podpora informačních systémů EVC2 a ePasy a rozvoj informačního systému ePasy Úřad uvádí následující. Předmětem plnění původní smlouvy byla mj. dodávka informačního systému zahrnujícího evidenci cizinců (později EVC2). Předmětem plnění původní smlouvy na ePasy bylo vytvoření systému na pořizování, přenos a zpracování žádostí o cestovní doklad s biometrickými údaji, tj. vytvoření informačního systému ePasy. V obou případech šlo tedy o informační systémy. Je tedy zřejmé, že už při uzavírání původní smlouvy a původní smlouvy na ePasy, tedy smluv, jejichž předmětem byla implementace takto pro zadavatelem spravovanou agendu významných informačních systémů, zadavatel mohl a měl očekávat potřebu jejich následné podpory a rozvoje. U předmětu plnění šetřené veřejné zakázky, kterým je podpora a rozvoj předmětných informačních systémů, tedy nelze dle Úřadu dojít k opačnému závěru, tedy že zadavatel nemohl mít při uzavírání původní smlouvy vědomí o potřebě jejich budoucího provedení, neboť se jedná o takový druh činností (podpora a rozvoj), které obecně s provozem počítačového systému bezprostředně souvisí a u kterých tedy musel zadavatel v době uzavírání původní smlouvy resp. původní smlouvy na ePasy rozumně očekávat, že potřeba jejich provedení nastane.
116. Samotná potřeba podpory vyplývá *ipso facto* ze samotné povahy informačních systémů. K povaze systému se vyjádřil i předseda Úřadu v rozhodnutí R74,75/2011/VZ-17614/2011/310-ASc ze dne 9. 11. 2011, ve kterém konstatoval: „*Zadruhé k této problematice uvádím poněkud obiter dictum, že autorskoprávní ochrana počítačových programů má zvláštní povahu. V případech, kdy je počítačový program zhotovován*

*na zakázku právníčkou osobou, sice nese většinu nákladů objednatel, a přesto ve smyslu autorského zákona majetková práva vykonává dle současné autorskoprávní úpravy zhotovitel, a tedy je právně problematické provádět změny počítačového programu bez výslovného ujednání se zhotovitelem. Nelze se však v současné době vyhnout nutnosti přizpůsobení funkcionality počítačového programu do budoucna, tj. možnosti jeho změn a úprav, neboť na rozdíl od autorských děl jsou počítačové programy ze své podstaty dynamickými systémy. Touto úvahou se proto musí řídit každý zadavatel a mít ji na paměti při uzavírání smluv na dodávky a provoz informačních systémů.“. Vzhledem k uvedenému nelze tvrdit, že zadavatel nemohl předvídat případnou nutnost uzavřít dodatečně smluvní ujednání navazující na předmět plnění veřejné zakázky.*

117. 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, jejichž budoucí poskytnutí vybraným uchazečem bylo zakotveno již na základě původní smlouvy v roce 1997, resp. činnosti, u kterých zadavatel musel v době uzavírání původní smlouvy a původní smlouvy na ePasy důvodně očekávat, že nastane potřeba jejich provedení.
118. Z uvedeného je tedy zřejmé, že zadavatel musel v šetřeném případě vědět již při uzavírání původní smlouvy a původní smlouvy na ePasy, že v budoucnu vznikne potřeba podpory a rozvoje předmětných informačních systémů, přičemž zadavatel přesto sám vytvořil, resp. přistoupil na autorskoprávní omezení, zabraňující zadat předmět plnění šetřené veřejné zakázky v otevřenějším typu řízení. Autorskoprávní omezení si tak zadavatel v šetřeném případě způsobil svým předchozím postupem sám.
119. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uzavírá, že z materiální stránky nebyla podmínka pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu ochrany výhradních práv splněna a zadavatel se tedy na nutnost ochrany autorských práv vybraného uchazeče při zdůvodnění svého postupu při zadání veřejné zakázky nemůže účinně odvolávat.

*K ostatním argumentům zadavatele*

120. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 21. 8. 2017 namítá, že Úřad v oznámení o zahájení řízení o přestupku v rozporu s § 78 odst. 3 zákona o přestupcích zredukoval popis skutku na prostý výčet jednotlivých smluv, resp. smluv uzavřených zadavatelem na předmět plnění těchto veřejných zakázek od r. 1997 do roku 2016. Dle zadavatele tak došlo k opomenutí rozsáhlé korespondence mezi Úřadem a zadavatelem předcházející oznámení o zahájení řízení o přestupku. V uvedené korespondenci se zadavatel dle svého tvrzení zabýval vysvětlením důvodů technických, ochrany výhradních práv, ekonomických a bezpečnostních pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.



121. K tomu Úřad uvádí, že v oznámení o zahájení řízení o přestupku, ze dne 10. 8. 2017, které bylo zadavateli doručeno téhož dne, Úřad uvedl: „...Úřadu tak na základě doposud zjištěných skutečností vzniká pochybnost, zda se obviněný nedopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když dne 24. 5. 2016 uzavřel s vybraným uchazečem na předmět plnění šetřené veřejné zakázky dvě smlouvy, a to smlouvu o podpoře a smlouvu o rozvoji v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, aniž by k tomu byly splněny zákonem stanovené podmínky, neboť z dokumentace o veřejné zakázce ani z vyjádření obviněného, resp. dalších informací, není zcela zřejmé, zda z technických důvodů byly dány podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona a zda s i tedy zadavatel technické důvody či důvody ochrany výhradních práv pro použití tohoto druhu zadávacího řízení, tedy „stav exkluzivity“, nevytvořil obviněný sám, a to uzavřením smluv předcházející smlouvě o podpoře a smlouvě o rozvoji uzavřených s vybraným uchazečem a specifikovaných ve vyjádření obviněného ze dne 28. 7. 2017, když z vyjádření obviněného a dalších informací jednoznačně nevyplývá, že potřebu zadání následných plnění souvisejících s předmětem nyní šetřené veřejné zakázky nemohl obviněný rozumně očekávat při uzavírání „skupiny původních smluv“ (smluv předcházejících smlouvě o podpoře a smlouvě o rozvoji) uzavřených s vybraným uchazečem, přičemž nelze vyloučit, že tento postup mohl mít rovněž podstatný vliv na výběr nevhodnější nabídky a obviněný dne 24. 5. 2016 uzavřel s vybraným uchazečem na předmět plnění šetřené veřejné zakázky dvě smlouvy, a to smlouvu o podpoře a smlouvu o rozvoji.“ Podle § 78 odst. 3 zákona o přestupcích obsahuje oznámení o zahájení řízení o přestupku popis skutku, o kterém má být v řízení rozhodováno, a jeho předběžnou právní kvalifikaci. Z uvedené citace oznámení o zahájení řízení o přestupku ze dne 10. 8. 2017 je zřejmé, že popis skutku i předběžnou právní kvalifikaci obsahuje proto považuje Úřad argumentaci zadavatele v uvedené části za neopodstatněnou.
122. K argumentu zadavatele, že by byly v důsledku jiného dodavatele zmařeny dosud vynaložené investice, Úřad opětovně odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015, ve kterém soud – přílehavě i na posuzovaný případ – uvedl: „Tu soud také poznamenává, že sama zásada hospodárnosti, nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacím řízení bez uveřejnění zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže.“ (viz bod 84. tohoto rozhodnutí).
123. K odkazu zadavatele na rozsudek Nejvyššího správního soudu, č. j. 5 Afs 42/2012-53, ze dne 11. 1. 2013, který dle zadavatele obsahuje úvahy ohledně ekonomické stránky veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění v souvislosti s existencí výhradních práv, Úřad konstatuje, že v zadavatelem citovaném rozsudku je dospěno právě k závěru, že: „Přestože cílem zákona je zejména zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelovosti nakládání s veřejnými prostředky, musí zadavatel dbát na to, aby veřejné zadávání se uskutečnilo za podmínek hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí.“
124. K odkazu zadavatele na směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/17/ES, která dle zadavatele umožňuje zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, jestliže stavební práce, dodávky nebo služby mohou být dodány jen konkrétním hospodářským subjektem z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví, Úřad uvádí,

že právě zadavatelem citovaný bod 50 preambule k této směrnici upřesňuje, že jednací řízení bez uveřejnění by mělo být používáno jen výjimečně, a to pouze pokud tuto situaci nevytvořil sám zadavatel, což, jak Úřad dovodil výše, je případ právě šetřené veřejné zakázky.

125. K odkazu zadavatele na kalkulace alternativních postupů uvedené ve vyjádření zadavatele ze dne 19. 6. 2017, kde zadavatel odhaduje náklady na pořízení nových informačních systémů namísto systémů ePasy a EVC2 a náklady na plnění veřejné zakázky jiným subjektem v případě odkoupení autorských práv na úpravu zdrojových kódů, Úřad konstatuje, že předložené výpočty zadavatele vychází pouze z odhadovaných ničím nepodložených hodnot nákladů na tato alternativní řešení. Dále Úřad odkazuje na bod 85. a následující tohoto rozhodnutí, kde je dovozeno, že zásada hospodárnosti nemůže mít automaticky přednost před splněním zákonem stanovených podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění.
126. K zadavatelem navrhovanému důkazu znaleckými posudky z oboru IT a z oboru práva, jejichž účelem by mělo být důkladně a objektivně osvědčit, zda jsou při zadávání předmětné veřejné zakázky dány důvody aplikace jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, Úřad opětovně s odkazem na bod 76. tohoto rozhodnutí uvádí, že důkazní břemeno v případě prokázání zákonem stanovených podmínek pro postup podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona nese zadavatel. Zadavatel v citovaném vyjádření uvádí, že je eventuálně či na výzvu Úřadu připraven znalecké posudky opatřit. Zadavatel však ani ve lhůtě stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S0321/2017/VZ-23168/2017/541/JCh ze dne 10. 8. 2017, ve které byl podle § 39 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, oprávněn navrhovat důkazy a činit jiné návrhy, znalecký posudek Úřadu nepředložil.
127. K tvrzení zadavatele, že správní spis neobsahuje všechny podklady, které byly Úřadu zaslány, Úřad uvádí, že správní spis neobsahuje všechny podklady, které byly zadavatelem Úřadu zaslány, ale pouze podklady pro vydání rozhodnutí. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 3. 10. 2017 neoznačil, z jakého důvodu by měly být ostatní zadavatelem doručené dokumenty podkladem pro vydání rozhodnutí, tedy jaké konkrétní technické či jiné důvody ve vztahu k oprávněnosti zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění by měly prokazovat a ze které jejich konkrétní části by tyto důvody měly vyplývat. Proto Úřad neučinil součástí správního spisu naprosto všechny zadavatelem zasláné dokumenty, ale pouze relevantní podklady pro vydání rozhodnutí.

#### *Další závěry Úřadu*

128. Úřad dále uvádí, že dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“). Úřad se proto v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod zabýval otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba jednání obviněného posuzovat. V této souvislosti lze uvést, že jednání obviněného je přestupkem podle obou právních předpisů [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona, § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kdy o případném naplnění znaku skutkové podstaty spočívajícím v alespoň potenciálním vlivu na výběr dodavatele nemůže být v situaci, kdy o veřejnou zakázku neproběhla žádná soutěž, pochyb], přičemž obviněnému by při ukládání sankce podle ZZVZ hrozila stejně vysoká pokuta [srov. ust. § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ] jako podle právní úpravy aplikované v šetřeném případě. Co se týče merita vedeného správního řízení, tzn. posouzení splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tak ani v tomto ohledu není ZZVZ právní úpravou příznivější, neboť § 63 odst. 3

ZZVZ stanovuje pro možnost využití jednacího řízení bez uveřejnění stejné podmínky, jako § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Za tohoto stavu věci není podle Úřadu pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ pro obviněného příznivější, a proto jednání obviněného Úřad posuzoval v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny podle právní úpravy účinné v době spáchání přestupku. Závěrem v této souvislosti lze uvést, že uplatnění výše uvedeného principu v rámci správního trestání vyplývá rovněž z judikatury Nejvyššího správního soudu konkrétně pak např. z rozsudku č. j. 5 Afs 68/2011-99 ze dne 21. 3. 2012, v jehož rámci Nejvyšší správní soud dovodil povinnost správních orgánů zabývat se dodržáním ústavního principu povinnosti použít pozdější právní úpravu, pokud je pro obviněného příznivější (obdobně též i rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2012 – 48 ze dne 12. 4. 2013).

129. Úřad na základě výše uvedených skutečností shrnuje, že obviněný zadal šetřenou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv a z důvodů technických, ačkoliv k tomu nebyly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, když důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil sám obviněný v důsledku svého předchozího postupu při uzavření smlouvy o dílo, popř. smluv následných a současně obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč.
130. 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 dodavatele než vybraného uchazeče. Nelze vyloučit, že pokud by obviněný dodržel postup stanovený zákonem a zadával veřejnou zakázku v jiném, otevřenějším, druhu zadávacího řízení, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří mohli nabídnout výhodnější plnění než vybraný uchazeč.
131. K potencialitě vlivu, jakožto znaku skutkové podstaty přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, Úřad uvádí, že jak již uvedl předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014, zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Jak rovněž konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 *„Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou (...) K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat“*. Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že *„v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „...nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.“*. V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009 již předseda konstatoval, že *„Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo*

„podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. (...) k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nevhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění“. Je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nevhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí „pouhá“ eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nevhodnější nabídky. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovedil, že „pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky“.

132. 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 nevhodnější 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.“.
133. Se shora uvedeným závěrem Krajského soudu v Brně vyslovil souhlas i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 4 As 61/2016-38 ze dne 28. 6. 2016, když konstatoval, že v případě, kdy správní orgán (Úřad) shledá, že „se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu (...) Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem (...), že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“.
134. Vzhledem k výše uvedenému a vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel uzavřel dne 24. 5. 2016 se jmenovaným vybraným uchazečem dvě smlouvy, a to smlouvu o podpoře a smlouvu o rozvoji Úřad konstatuje, že zadavatel svým jednáním naplnil všechny znaky skutkové podstaty přestupku.
135. Na základě výše uvedeného tedy Úřad dospěl k závěru, že obviněný spáchal přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu

byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč a zároveň důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil jmenovaný obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění výše specifikované veřejné zakázky, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 24. 5. 2016 s vybraným uchazečem dvě smlouvy, a to smlouvu o podpoře a smlouvu o rozvoji na veřejnou zakázku.

136. Z výše uvedených důvodů rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **K výroku II. tohoto rozhodnutí**

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

138. Jelikož obviněný při zadávání šetřené veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč a zároveň důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče vytvořil jmenovaný obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění výše specifikované veřejné zakázky, přičemž výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 24. 5. 2016 s vybraným uchazečem dvě smlouvy, a to smlouvu o podpoře a smlouvu o rozvoji na veřejnou zakázku, spáchal přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

139. Jak vyplývá z ustanovení **§ 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.

140. 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 správní delikty, tedy i na správní delikty upravené zákonem, hledět jako na přestupky podle zákona o přestupcích. Z uvedeného důvodu Úřad dospěl k závěru, že obviněný spáchal podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona přestupek (pro úplnost Úřad uvádí, že v tomto ohledu došlo pouze ke změně odborného názvosloví, kdy pojem „správní delikt“ byl nahrazen pojmem „přestupek“, pozn. Úřadu). Tatáž argumentace se pak vztahuje i vzhledem k pojmu „obviněný“, kdy podle § 69 zákona o přestupcích se podezřelý z přestupku stává obviněným, jakmile vůči němu správní orgán učiní první úkon v řízení. Vzhledem ke skutečnosti, že předmětné správní řízení je vedeno ve věci podezření za spáchání přestupku, je zadavatel v tomto rozhodnutí označován v souladu se zákonem o přestupcích jako obviněný (i v tomto případě se jedná pouze o změnu odborného názvosloví nemající vliv na hmotněprávní posouzení jednání obviněného, resp. zadavatele, pozn. Úřadu).

141. Pro úplnost Úřad dodává, že jednání obviněného, jak již uvedl výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, posuzoval při zohlednění čl. 40 odst. 6 Listiny podle právní úpravy účinné v době spáchání přestupku, neboť jednání obviněného je přestupkem jak podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tak i podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ a ZZVZ ani zákon o přestupcích nepředstavují v šetřené věci příznivější právní úpravu (k posouzení zániku odpovědnosti obviněného za spáchání přestupku dle přestupkového zákona podrobněji viz dále).
142. 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.
143. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. Úřad zjistil pochybnosti o zákonnosti postupu obviněného dne 16. 2. 2017, přičemž řízení o přestupku bylo zahájeno dne 10. 8. 2017. Smlouvy na veřejnou zakázku (tj. smlouva o podpoře a smlouva o rozvoji) byly obviněným uzavřeny dne 24. 5. 2016. Z uvedeného vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost obviněného za přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nezanikla, neboť Úřad zahájil správní řízení před uplynutím 5 let ode dne, kdy byl přestupek spáchán, a současně do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl.
144. K uvedenému dále Úřad dodává, že z ustanovení § 112 odst. 2 zákona o přestupcích vyplývá, že ustanovení dosavadních zákonů o lhůtách pro projednání přestupku nebo jiného správního deliktu, lhůtách pro uložení pokuty za přestupek nebo jiný správní delikt a lhůtách pro zánik odpovědnosti za přestupek nebo jiný správní delikt se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona nepoužijí. Odpovědnost za přestupek a dosavadní jiný správní delikt však nezanikne dříve, než by uplynula některá ze lhůt podle věty první, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.
145. 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.
146. Vzhledem ke skutečnosti, že je Úřad ode dne 1. 7. 2017 povinen aplikovat v řízení o přestupku zákon o přestupcích, zabýval se Úřad opětovně v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba postupovat a tedy posuzovat otázku týkající se uplynutí lhůt odpovědnosti za přestupek, tedy zda právní úprava zániku odpovědnosti za spáchání přestupku obsažená v ZZVZ a v zákoně o přestupcích neobsahuje pro obviněného příznivější úpravu, než jak je tato lhůta upravena v zákoně. Protože ani ZZVZ, ani zákon o přestupcích neobsahuje ustanovení, na základě kterých by odpovědnost obviněného za spáchání přestupku již zanikla, není pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ a v zákoně o přestupcích pro obviněného příznivější, a proto Úřad posoudil zánik odpovědnosti za spáchání přestupku podle zákona, a na základě uvedených skutečností konstatuje, že v šetřené veřejné zakázce nedošlo k zániku odpovědnosti obviněného za spáchání přestupku.
147. 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.

148. Obviněný uzavřel dne 24. 5. 2016 dvě smlouvy na předmět plnění veřejné zakázky, a to smlouvu o podpoře a smlouvu o rozvoji.
149. Z čl. 4.3 „Cena plnění“ smlouvy o podpoře ze dne 24. 5. 2016 vyplývá, že cena za uvedené dílčí plnění předmětu veřejné zakázky činí 18 590 880 Kč bez DPH a z čl. 4.3 „Cena plnění“ smlouvy o rozvoji ze dne 24. 5. 2016 vyplývá, že cena za dílčí plnění předmětu veřejné zakázky činí 18 590 880 Kč bez DPH, tedy celková cena za plnění předmětu veřejné zakázky činí 37 181 760,- Kč bez DPH, což činí při sazbě DPH 21 % částku 44 989 929,60 Kč včetně DPH. Horní hranice pokuty za spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tak činí částku ve výši 4 498 993 Kč.
150. Pro úplnost Úřad uvádí, že výše uvedené ceny jsou ceny maximální možné, přičemž s ohledem na dobu trvání uvedených smluv, která je stanovena do 31. 12. 2019 není možné konečnou cenu za plnění veřejné zakázky určit (neboť stále probíhá plnění veřejné zakázky), avšak při určení horní hranice pokuty je nutné vycházet právě z maximální možné ceny plnění jednotlivých částí veřejné zakázky, přičemž horní hranici pokuty ve výši 20 000 000 Kč (ve smyslu § 120 odst. 2 písm. a) zákona) nelze v daném případě aplikovat.
151. Podle § 37 písm. a), b), c) a g) zákona o přestupcích (Úřad zde cituje pouze ta ustanovení, která jsou v daném případě pro určení druhu a výměry trestu relevantní, pozn. Úřadu) se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku, k tomu, že o některém z více přestupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky, nebylo rozhodnuto ve společném řízení, k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem a u právnické osoby nebo podnikající fyzické osoby k povaze její činnosti.
152. Podle § 38 písm. a), b), c), d), f) a g) zákona o přestupcích je povaha a závažnost přestupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, významem a rozsahem následku přestupku, dále způsobem spáchání přestupku, okolnostmi spáchání přestupku, rovněž i délkou doby, po kterou trvalo protiprávní jednání pachatele nebo po kterou trval protiprávní stav udržovaný protiprávním jednáním pachatele a počtem jednotlivých dílčích útoků, které tvoří pokračování v přestupku.
153. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná, nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. S požadavky soudu na řádné odůvodnění pokuty, obsaženými ve výše citovaném rozsudku, se Úřad vypořádává následující způsobem.
154. S ohledem na povahu spáchaného přestupku (viz odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí) Úřad v souladu s Hlavou VII přestupkového zákona zohlednil při ukládání pokuty následující skutečnosti.
155. K významu zákonem chráněného zájmu Úřad konstatuje, že podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť tento postup zcela vylučuje soutěžní prostředí,

keré je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků. Jelikož v posuzovaném případě zadavatel nezadal veřejnou zakázku v příslušném zadávacím řízení a znemožnil tak účast širokému okruhu dodavatelů, čímž došlo k výraznému narušení soutěžního prostředí, jedná se z hlediska významu zákonem chráněného zájmu o přestupek velmi závažného charakteru.

156. Co se týče způsobu, resp. okolností, za kterých byl přestupek spáchán, pak Úřad konstatuje, že spáchání přestupku bylo způsobeno nesprávným právním posouzením zadavatele, který neoprávněně zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byla splněna podmínka stanovená v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, kdy veřejná zakázka může být z technických důvodů nebo důvodu ochrany výhradních práv splněna pouze určitým dodavatelem. Zadavatel tak nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, přičemž doba spáchání přestupku nastala dne 24. 5. 2016, kdy obviněný uzavřel s vybraným uchazečem dvě smlouvy, a to smlouvu o podpoře a smlouvu o rozvoji na předmětnou veřejnou zakázku. Vzhledem k tomu, že zadavatel použil pro zadání předmětu plnění veřejné zakázky jednacím řízení bez uveřejnění, aniž k tomu byly splněny předpoklady stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, způsobil, že se šetřeného zadávacího řízení mohl zúčastnit pouze jeden oslovený dodavatel, tj. vybraný uchazeč, a zcela tak vyloučil soutěžní prostředí.
157. Co se týče následků postupu zadavatele, pak Úřad uvádí, že následkem shora popsaného nezákonného postupu zadavatele byla situace, kdy se potenciální zájemci o veřejnou zakázku nemohli ucházet. Vybraný uchazeč tak nebyl vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídek, v důsledku čehož mohlo dojít k nevhodnému využití veřejných prostředků. Nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mohli nabídnout nižší cenu požadovaného plnění.
158. Jako polehčující okolnost v této souvislosti Úřad při stanovení pokuty hodnotí skutečnost, že obviněný měl snahu svým jednáním před uzavíráním smlouvy na šetřenou veřejnou zakázku napravit vzniklou situaci tím, že, jak vyplývá z vyjádření zadavatele ze dne 19. 6. 2017 a jeho příloh (Žádost o cenovou kalkulaci zdrojových kódů ze dne 2. 3. 2015 a ze dne 19. 3. 2015), požádal vybraného uchazeče o nacenění odkupu autorských práv na úpravu zdrojových kódů mj. na komplex obou systémů, aby stav exkluzivity odstranil, z předložené dokumentace ani z žádného vyjádření zadavatele však nevyplývá, že by zadavatel zdrojové kódy a s nimi související autorská práva k předmětným informačním systémům zadavatel odkoupil.
159. Úřad neshledal v šetřeném případě žádné přitěžující okolnosti, které by ovlivnily stanovení výše udělené pokuty.
160. Úřad pro úplnost uvádí, že nejsou ani dány důvody pro konstatování toho, že by obviněný za spáchaný přestupek neodpovídal z důvodu, že by vynaložil veškeré úsilí k tomu, aby porušení právní povinnosti zabránil, neboť obviněný v tomto smyslu ani neargumentoval.
161. Úřad ve vztahu ke způsobu stanovení výše uložené pokuty na tomto místě rovněž odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 As 245/2015 – 33 ze dne 16. 8. 2016, v němž je mimo jiné konstatováno následující: *„Podle § 35 trestního zákona se při postihu souběhu trestných činů ukládá úhrnný nebo souhrnný trest. Tyto tresty „představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího*



*trestného činu“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: cit. dílo, str. 301). Z téhož ustanovení pak plyne zásada uložení shodného trestu za sbíhající se trestné činy bez ohledu na to, zda je o těchto činech vedeno společné řízení (§ 20 odst. 1 trestního řádu) či ne. Při ukládání úhrnného i souhrnného trestu soud vychází ze stejných zásad. Z hlediska trestního práva tedy nehraje roli, kdy všechny sbíhající se trestné činy vyjdou najevo, tato skutečnost nesmí být pachateli ani ku prospěchu, ani na újmu. Je zřejmé, že pro trestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale naopak je zcela nezbytné použití absorpční zásady, tedy vzájemné posouzení veškerých souvisejících trestních sazeb.“*

162. S ohledem na výše uvedené provedl Úřad šetření, zda je v daném případě na místě zohlednit i jiné sbíhající delikty (přestupky), za které již zadavateli byla uložena pokuta podle zákona. Jak již bylo uvedeno v bodě 143. odůvodnění tohoto rozhodnutí, ke spáchání právě projednávaného přestupku došlo dne 24. 5. 2016. Úřad ověřil, že v právě projednávaném případě není přestupek zadavatele v souběhu s žádným jiným přestupkem, o kterém by bylo Úřadem rozhodováno.
163. Vzhledem k výše uvedenému Úřad nepřikročil k uplatnění institutu souhrnného trestu.
164. S ohledem na výše uvedené Úřad rekapituluje, že obviněnému uložil za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí pokutu ve výši 500 000,- Kč.
165. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť v určitém případě se pokuta – ať už uložená v jakékoli výši – může jevit jako krajně „nespravedlivá“, a to konkrétně v situaci, kdy by zcela „zmařila“ ekonomickou podstatu pachatele přestupku. Nepřípustné jsou totiž takové pokuty, jež mají likvidační charakter. V případě organizační složky státu lze uvažovat o tom, že účinek obdobný onomu „zmaření“ ekonomické podstaty daného subjektu by tu měla pokuta, která by např. byla způsobilá paralyzovat činnost takové organizační složky. Úřad dospěl k závěru, že pokuta uložená ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí není způsobilá negativně ovlivnit (ve smyslu paralýzy jeho činnosti) působení zadavatele, který je organizační složkou České republiky, neboť obviněný disponuje prostředky v řádu miliard korun. Z rozpočtu obviněného na rok 2017 zveřejněného na specializovaném informačním portálu Ministerstva financí<sup>1</sup> vyplývá, že obviněný má na rok 2017 schválený rozpočet ve výši 7 645 217 tis. Kč.
166. Nad rámec výše popsaného Úřad dodává, že k uhrazení pokuty za spáchaný přestupek může obviněný využít i jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.
167. Pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, jež nelze oddělit, 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. Uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložení velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku č. j. 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

<sup>1</sup> <http://monitor.statnipokladna.cz/2017/statni-rozpocet/#rozpocet-vydaje-organizacni>

postih dostatečně znatelný v obviněného materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro obviněného likvidačním. Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam.

168. Po zvážení všech okolností případu Úřad při určení výměry uložené pokuty dospěl k závěru, že pokuta ve výši 500 000,- Kč (tj. při samé spodní hranici zákonné sazby), naplňuje vzhledem k okolnostem případu obě shora uvedené funkce právní odpovědnosti. Úřad nad rámec právě řečeného dodává, že při uvažování o výši uložené pokuty jsou Úřadem zohledňovány ty okolnosti, jež vyplývají přímo ze zákona, případně okolnosti, které tvoří základní postuláty, na nichž je zákon vystavěn. Úřad je tudíž v rámci své činnosti při přezkumu zadávání veřejných zakázek vázán zákonem, a tedy přezkoumává postupy zadavatelů (a případně za zjištěné pochybení ukládá pokutu) v intencích zákona. Úřad podotýká, že výše uložené pokuty v žádném případě nedosahuje zákonem připuštěné maximální výše, je naopak třeba konstatovat, že uložená pokuta se pohybuje při spodní hranici zákonné sazby a plní tak výrazně preventivní funkci.
169. 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.
170. 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, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda

### Obdrží:

Česká republika – Ministerstvo zahraničních věcí, Loretánské náměstí 101/5, 118 00 Praha

### Vypraveno dne:

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